

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1124

(Ano XIV)

(26/11/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QR Code do Volume 1124



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1124, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 554 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**A incomunicabilidade de preso ressureta e a constituição morta**  
*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

**A forma de contagem de prazo do pedido principal em sede de tutela cautelar antecedente e suas repercussões à luz dos entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça.**

*Raul Yusef Cruz Fraiha, 17.*

**Características e desdobramentos do inquérito policial como instrumento de investigação policial**

*Hendryl Rocha Cardoso, 28.*

**Estelionato virtual e como as pessoas são induzidas ao erro**

*Laura da Silva Franco, 41.*

**Multiparentalidade e decisão judicial: a troca de bebês nas maternidades do Brasil**

*Elvira Araujo dos Santos, 54.*

**A sucessão hereditária de bens digitais**

*Weslaine Asevêdo Ribeiro, 68.*

**A responsabilidade civil da empresa sobre a incidência de assédio moral no ambiente de trabalho**

*Valéria Sales de Oliveira, 81.*

**O princípio da presunção de inocência nas prisões preventivas**

*Klayvet Lima Guimarães, 98.*

**Os Conceitos de Commercial and Civil matters e a perspectiva dos estados soberanos na Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras de 2019 da Conferência da Haia**

*Vitor Veloso Barros e Santos, 112.*

**Stalking e sua repercussão jurídica à luz da Lei 14.132/2021**

*Amarilis de Cassia Cabral Carvalho, 124.*

**Mudanças na Lei de Licitação: aspectos relevantes acerca das principais mudanças efetivas pela Lei Geral de Licitação**

*Ayrton Francisco Gonçalves Maia, 137.*

**Direitos sucessórios dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga post mortem**

*Pedro Câmara Guimarães, 151.*

**Aspectos regulatórios da servidão ambiental**

*Letícia Namie Yamada, 168.*

**Possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal em ações penais iniciadas antes da vigência da Lei nº 13.964/2019**

*Alberto Genesis de Auzier Ferreira, 182.*

**A possibilidade de “renúncia” ao direito ao silêncio no acordo de colaboração premiada e a constitucionalidade do § 14, do art. 4º, da Lei 12.850/2013.**

*Gustavo da Costa Silva, 196.*

**O compliance como instrumento de combate à corrupção no direito tributário: A instrumentalização dos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança do contribuinte**

*Verônica Marcondes, 210.*

**Inteligência artificial no judiciário brasileiro: panorama do mundo jurídico pós-pandêmico**

*Thamara de Sousa Santarém, 226.*

**Ministério Público e o controle externo da atividade policial: Funcionamento do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**

*Izailton Lopes Grana, 241.*

**Uma análise da proteção jurídica acerca da utilização do crime de violência psicológica contra a mulher como mecanismo de controle sobre a vítima nas relações afetivas**

*Evellin Rodrigues Fernandes, 256.*

**A Lei de Acesso à Informação como instrumento de transparência administrativa**

*Ivan do Nascimento Gomes, 276.*

**Acidente de trabalho - uma análise jurídica da responsabilidade civil**

*Gutemberg Cintra Pinheiro, 292.*

**Diretivas antecipadas de vontade: limites e aplicabilidade**

*Nadja de Oliveira Figueiredo de Sousa, 309.*

**Alienação parental no Brasil**

*Isadora Cristina da Silva Reis, 326.*

**Validade da penhora efetivada sobre o bem de família do fiador nos contratos de locação**

*Julianna Karen Pinto Falcão, 342.*

**A prisão domiciliar como meio substitutivo da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro**

*Matheus Demosthenes Marinho Benacon Lins, 357.*

**O direito constitucional do indígena a suas terras nativas**

*Marina De Matos Maciel, 374.*

**A influência da mídia no tribunal do júri**

*Kayllon Carneiro de Castro, 381.*

**Os princípios processuais no Código de Processo Civil de 2015**

*Caroline Austregesilo de Athayde Pessôa, 399.*

**Considerações sobre o Direito Internacional na Constituição Federal**

*Vitor Veloso Barros e Santos, 410.*

**O Regime Jurídico Da Inclusão De Portadores De Necessidades Especiais Nas Escolas**

*Dourival Carvalho da Silva, 418.*

**Responsabilidade penal dos psicopatas no Brasil e sua eficácia: qual a diferença para os outros países?**

*Letícia Magalhães Marinho, 428.*

**A regulamentação da função social da propriedade urbana**

*Daniel Tadeu Duarte Calvet,,43.*

**Inseminação artificial pós morte e o impacto nas relações interpessoais e jurídicas**

*Juliana Duarte da Silva, 449.*

**O aumento do cyberbullying durante a época pandêmica e suas jurídicas consequências**

*Kathlen Vitória Valério de Melo de Souza, 462.*

**A responsabilidade afetiva dos genitores na guarda compartilhada**

*Rute Alves Lopes, 480.*

**A maternidade atrás das grades e a falta de atenção aos direitos básicos à saúde da mulher gestante aprisionada**

*Paulo Henrique Vieira Aquino, 496.*

**Traumas psicológicos em decorrência da alienação parental**

*Meridalva Alves dos Santos, 510.*

**Alienação parental: contornos jurídicos, soluções e controvérsias**

*Karen Cristina Domiciano Ferreira e Bárbara Vidal Saad Pereira da Silveira, 524.*

**A união estável nas relações extraconjugais e a partilha de bens post-mortem**

*Laryssa Coelho Portilho, 543.*

## A INCOMUNICABILIDADE DE PRESO RESSURETA E A CONSTITUIÇÃO MORTA

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

O ex – deputado Roberto Jefferson foi preso em flagrante e teve sua prisão domiciliar reconvertida em preventiva. Havia, inicialmente, condutas abusivas no decreto de sua prisão, inclusive domiciliar, derivadas, como se sabe, da ilegalidade e inconstitucionalidade do inquérito de que provinha. Não obstante, indefensável moral e legalmente sua conduta em relação às ofensas pessoais à Ministra Cármen Lúcia, configuradoras, como já dissemos alhures, de maneira indecorosa pela qual não se deve tratar **qualquer** mulher, acaso se pretenda preservar um mínimo de decência. Também com relação a abusos em sua prisão, o ex - deputado acabou tornando justa a privação de sua liberdade, inclusive mediante prisão em flagrante, considerando sua indefensável reação armada à atuação da Polícia Federal.

É claro que a legitimidade de sua atual Prisão em Flagrante não tem o condão de convalidar os constrangimentos ilegais anteriores e muito menos pode ser motivação idônea para seguir com novas violações flagrantes da legislação e da Constituição.

No texto que segue não se pretende fazer qualquer defesa do ex – deputado Roberto Jefferson com relação às suas últimas condutas, mas tão somente demonstrar e denunciar abusos cometidos no seguimento, sempre lembrando que um vício nunca justifica outro, o que vale para o ex – deputado e para o Supremo Tribunal Federal.

A grande questão é que na decisão que determinou o encarceramento de Roberto Jefferson, o Ministro Alexandre de Moraes estabeleceu proibição de visitas a ele e até mesmo o contato com advogado, que ficou condicionado a petição e deferimento pelo STF.

Para que não paire dúvida, segue o texto do “decisum” com indicação da fonte:

FICA O DENUNCIADO PROIBIDO de conceder qualquer entrevista ou receber quaisquer visitas no estabelecimento prisional, salvo mediante prévia autorização judicial por este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, inclusive no que diz respeito a líderes religiosos, familiares e advogados. 1

---

1 MORAES, Alexandre. Decisão Monocrática Roberto Jefferson. Disponível em [https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2022/10/Moraes-decisao\\_monocratica-Roberto-Jefferson-23-out-2022.pdf](https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2022/10/Moraes-decisao_monocratica-Roberto-Jefferson-23-out-2022.pdf), acesso em 24.10.2022.



Essa espécie de determinação significa uma desbragada ressurreição do nefasto instituto da “Incomunicabilidade de Preso”. E não se pretenda o emprego de eufemismos dissimuladores, tais como “restrição de visitas”, “controle de comunicação” etc. Em nada importa o não emprego da expressão “Incomunicabilidade de Preso” em termos formais, já que o conteúdo é visível.

A incomunicabilidade, embora persista na redação do artigo 21 e seu Parágrafo Único, CPP, é amplamente reconhecida como não recepcionada pela nova ordem constitucional que veio a lume em 1988. Não poderia ser de outra forma, já que essa espécie de instituto é típica de sistemas totalitários ou ditatoriais que não respeitam os Direitos Humanos, a dignidade da pessoa e outros princípios que orientam a chamada Constituição Cidadã.

Conforme observa Marcão, nossa Constituição Federal não permite a incomunicabilidade do preso nem mesmo em situação de “Estado de Defesa”, o que dizer de circunstâncias corriqueiras? Vejamos:

Sob a atual ordem constitucional, não é possível falar em incomunicabilidade do preso. Está revogado o art. 21 do CPP.

Com efeito, ao regular o *estado de defesa*, situação excepcional que impõe restrições ao exercício de direitos fundamentais, a Constituição Federal proíbe expressamente a incomunicabilidade do preso (CF, art. 136, § 3º., IV), daí não se admitir que em condições normais, de estabilidade jurídica, política e social, seja constitucional impor restrição de tal magnitude. 2

Mas, não poderia o STF, por meio do Ministro Alexandre de Moraes ou por seu pleno, decretar o “Estado de Defesa”? A resposta obviamente é negativa. O Estado de Defesa é medida excepcional de competência exclusiva do Presidente da República por meio de decreto (artigo 136 c/c 84, IX, CF). 3 Ademais, ainda que tal fosse possível, não ocorreu e ainda que ocorresse (e fosse possível), até mesmo no Estado de Defesa é proibida a decretação de incomunicabilidade do preso, conforme já visto (artigo 136, § 3º., IV, CF).

Bonfim aponta corrente minoritária para a qual haveria ainda possibilidade de incomunicabilidade para “presos comuns”, embora vedada para “presos políticos”. Atualmente pode-se afirmar ser insignificante esse posicionamento. Ademais, o autor chama a atenção para além da questão da vedação da incomunicabilidade no Estado de Defesa. Lembra que parte da doutrina também aponta que a incomunicabilidade “fere os direitos fundamentais”, tais como os de assistência da família e de advogado e a comunicação da prisão ao juiz e aos familiares ou a

---

2 MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 192 – 193. O autor ainda apresenta outros doutrinadores que se manifestam no mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 123. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 134.

3 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 988.



pessoa indicada pelo preso (inteligência do artigo 5º., LXIII e LXII, CF). Nessa perspectiva inviável advogar a tese de recepção da incomunicabilidade de preso pela Constituição Federal de 1988. 4

Ainda que estivéssemos em tempos anteriores à Magna Carta de 1988, a forma como o Ministro tomou sua decisão estaria contrariando a letra da lei ordinária.

Isso porque, mesmo na redação do Código de Processo Penal, a incomunicabilidade não pode ser estabelecida por prazo indeterminado como foi. A lei ordinária estabelece o limite de no máximo 3 (três) dias para essa situação excepcional. Assim, ainda que não houvesse inconstitucionalidade, o Ministro teria de estabelecer claramente o período máximo de incomunicabilidade aplicável ao preso enfocado (um dia, dois, três?).

Além disso, conforme disposto no Parágrafo Único do artigo 21, CPP, a decretação da incomunicabilidade não pode partir de ato de ofício do magistrado, dependendo de representação da Autoridade Policial e/ou requerimento do Ministério Público, o que, ao que se saiba, não ocorreu.

Ademais, nem mesmo durante a chamada “Ditadura Militar” a incomunicabilidade jamais implicou na obstaculização ou burocratização da comunicação do preso com seu advogado. O mesmo Parágrafo Único em destaque ressalva o direito de comunicação com o advogado, o qual não é atingido em nada pela incomunicabilidade e isso de acordo com redação dada pela Lei 5.010 de **1966** (atente-se para o ano dessa ressalva incluída no Código de Processo Penal).

Importa aqui transcrever a lição de Bonfim:

Ainda que se admita a existência, sob a ordem da Constituição de 1988, da incomunicabilidade, é de destacar que essa vedação não pode, sob nenhum pretexto, impedir o contato do investigado preso com seu advogado. Esse o teor do art. 7º., III, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que faculta ao advogado comunicar-se com seus clientes pessoal e reservadamente, quando estes se encontrarem presos ou detidos, ainda que considerados incomunicáveis. 5

Frise-se ainda que o advogado pode “ingressar livremente em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial **ou outro serviço público** onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado” (Prerrogativa disposta no artigo 7º., VI, “c”, do Estatuto da OAB). A restrição arbitrária ao exercício dessa prerrogativa do advogado é flagrantemente abusiva, pois não se pode estabelecer que o causídico fique refém de um Ministro do Supremo para obter uma autorização ao exercício de seu direito, não podendo se dirigir, como manda a lei, *a qualquer outro* “servidor ou empregado”. Note-

4 BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 208 – 209.

5 Op. Cit., p. 209.

se que se faz referência a “qualquer outro” servidor ou empregado público porque um Ministro do STF, embora ocupando cargo de alta relevância e responsabilidade, nada mais é do que isso, um *servidor ou empregado público*. E se pode dizer que sua condição de *servidor* é ainda mais intensa (e não menos), tendo em vista o poder que lhe é concedido, pois que a quem mais se der mais será exigido. Trata-se até mesmo de preceito da sabedoria bíblica: “A quem muito foi dado, muito será exigido; e a quem muito foi confiado, muito mais será pedido” (Lucas, 12: 42 – 48). E não se alegue que não se está vedando o direito de visitas ou de comunicação com advogado, mas apenas o condicionando à previa autorização do STF, o que afastaria a tese de incomunicabilidade. A lei não permite esse condicionamento prévio, essa burocratização que castra direito fundamental do preso e prerrogativa do defensor. A tentativa de ocultar ou dissimular a incomunicabilidade por meio desse tipo de artifício eufemístico é fadada ao fracasso e sua aceitação constituiria na legitimação de potencial incomunicabilidade absoluta, já que o requerimento de visitação ou de entrevista do advogado sempre poderia ser objeto de indeferimento pelo STF, sabe-se lá por que critérios subjetivos e arbitrários, já que não existe disciplina legal para essa medida tomada à margem do ordenamento jurídico.

Mas, Alexandre de Moraes determina, violando a Constituição e até mesmo a lei ordinária não recepcionada, que o preso não terá direito a visitas e nem a contato com advogado, salvo com expressa autorização do STF. Isso seria ilegal até mesmo em período ditatorial.

Ademais, é preciso salientar que o direito de visitas é parte da humanização das prisões em obediência ao chamado “Princípio Humanitário”, constituindo-se em direito do preso, conforme dispõe o artigo 41, X, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84). Até mesmo a construção dos estabelecimentos prisionais é regrada de forma a não ser impeditivo, devido à distância ou isolamento, do exercício de visitação (vide artigo 90 da Lei de Execuções Penais). Da mesma maneira o direito à assistência jurídica e contato reservado com seu defensor, nos termos do artigo 41, VII e IX do mesmo diploma. A lei não prevê qualquer burocracia ou intermediação judicial prévia para o exercício desses direitos. Seu condicionamento nos termos em que fez o Ministro é uma construção subjetiva arbitrária incompatível com a objetividade das normas de regência. E mais, o Parágrafo Único do artigo 41 em estudo prevê a possibilidade de restrição ou suspensão do direito de visitas *pelo Diretor do Estabelecimento Prisional*. É visível que a restrição ou suspensão de visitas não pode decorrer de uma determinação judicial prévia ao encarceramento e está ligada tão somente ao comportamento prisional e a sua necessidade para a disciplina do estabelecimento. Por isso conferida ao Diretor e não a outra autoridade, ainda que judicial (vide ainda artigo 53, III c/c artigo 54 da Lei 7.210/84). Para além de não deter legitimidade para a imposição injustificada dessa limitação ao detento, ao fazê-lo, sem supedâneo em fato concreto anterior ligado ao comportamento do preso durante a construção, Moraes constrói o que Merton chamaria de “Profecia Autorrealizável” (“self-fulfilling prophecy”), na medida em que operaria um prognóstico, que se convola em crença e provoca a sua própria concretização. Em suma, se trata de uma falsa definição de uma situação que conduz a um dado comportamento ou medida, o qual, na verdade, enseja que a concepção originária falsa acabe se realizando de alguma forma. 6 É como se Moraes

6 MERTON, Robert K. *The self-fulfilling prophecy*. New York: Antioch Review, 1949, p. 477.

previsse que Roberto Jefferson iria praticar infrações na prisão e, com isso, já o punisse previamente. Algo também similar ao filme “Minority Report”, somente imaginável na ficção. 7

Ademais, ainda que se faça referência à suspensão ou restrição de visitas e não à incomunicabilidade, aquela ou outros direitos do preso não pode se dar a prazo indeterminado, conforme consta da decisão. O artigo 58 da LEP estabelece o prazo máximo de 30 (trinta) dias, salvo no caso de Regime Disciplinar Diferenciado. Mesmo assim, a imposição da penalidade administrativa precisa obedecer ao Devido Processo Legal, havendo previsão de “Procedimento Disciplinar” prévio após a prática de eventual infração, nos termos dos artigos 59 e 60 da LEP. Nem mesmo o isolamento preventivo pode ser imposto sem a imputação de falta disciplinar e por prazo indeterminado, prevendo a lei uma duração máxima de 10 (dez) dias (vide artigo 60 da LEP). É evidente que a restrição de visitas somente pode ser imposta em caso de cometimento de falta pelo detento durante a sua permanência no estabelecimento prisional e não ser aplicada previamente sem qualquer ligação com a execução ou o cumprimento da prisão provisória. E pior, sem qualquer conduta atribuível ao detento. Conforme esclarece Marcão, a suspensão ou restrição de direitos, conforme prevista no artigo 53, III, LEP é uma “sanção” estabelecida em “rol taxativo” informado pelos princípios da “legalidade e anterioridade”. Sua aplicação depende, conforme já destacamos, de uma conduta ilícita prévia do detento e deve obedecer à individualização e proporcionalidade. Isso somente pode ocorrer se o preso comete conduta durante seu tempo de encarceramento, jamais quando já ingressa no sistema com uma penalidade previamente aplicada por magistrado que nem sequer é o responsável pela execução penal (anote-se que as normas de execução penal são aplicáveis “mutatis mutandis” para os presos provisórios). 8

Silva destaca que “o preso não perde o contato com o mundo exterior, que é apenas restringido”. Ademais, o contato com familiares “deve ser preservado e estimulado”, o que é previsto nas “Regras Mínimas para o Tratamento do Preso” (Regra 79): “Será prestada especial atenção à manutenção e melhora das relações entre o preso e sua família, que se mostrem de maior vantagem para ambos”. O caráter não absoluto desse direito de contato somente pode ser relativizado com vistas à segurança e disciplina dos estabelecimentos prisionais, conforme bem demonstra o autor em referência. 9 Portanto, a atuação do Ministro Alexandre de Moraes vai à contramão até mesmo do Direito Internacional Convencional sobre a matéria, pois que pretende afastar, sem motivação idônea e nem mesmo legal, o detento do convívio com seus familiares e amigos, esgarçando sem fundamento algum seu tecido de relações.

Também Mirabete apresenta ensinamentos valiosos sobre o tema da visitação:

Fundamental (...) é o princípio de que o preso não deve romper seus contatos com o mundo exterior e que não sejam debilitadas as relações

---

7 SPIELBERG, Steven. *Minority Report: A Nova Lei*. Disponível em <https://www.imdb.com/title/tt0181689/>, acesso em 24.10.2022.

8 MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86.

9 SILVA, César Dario Mariano da. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 100 – 101.

que o unem aos familiares e amigos. Não há dúvida alguma de que os laços mantidos principalmente com a família são essencialmente benéficos ao preso, porque o levam a sentir que, mantendo contatos, embora com limitações, com as pessoas que se encontram fora do presídio, não foi excluído da comunidade. (...). Preceituam, aliás, as Regras Mínimas da ONU que se deve velar particularmente para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família quando estas sejam convenientes para ambas as partes (n. 79), devendo ser autorizadas visitas de familiares e amigos ao menos periodicamente e sob vigilância (n. 37). Por isso, concede-se ao preso o direito de visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (art. 41, X). 10

E não existe qualquer previsão de restrição, suspensão ou condicionamento do contato do preso com seu defensor. Essa espécie de restrição de contato com o advogado não é somente inconstitucional e ilegal de acordo com a Lei de Execuções Penais, mas também fere de morte prerrogativa dos advogados disposta no Estatuto da OAB, conforme artigo 7º., III da Lei 8.906/94, no bojo do qual há também ressalva de que esse direito não é relativizável nem mesmo quando presente "incomunicabilidade". Infelizmente, sabemos que o Ministro e a Corte Suprema em geral não têm zelado pelo respeito às prerrogativas da advocacia, o que não é de espantar, já que a própria OAB até o momento não se posicionou de forma a confrontar o Judiciário em face desses reiterados abusos, deixando seus membros tão indefesos quanto os respectivos clientes.

Até mesmo no Regime Disciplinar Diferenciado o preso tem direito de visitas assegurado de 15 em 15 dias por 2 pessoas e entrevista com seu defensor, as quais não admitem, como as demais visitas, monitoramento (vide artigo 52, III e V da Lei 7.210/84). Observe-se que Roberto Jefferson jamais poderia ser incluído no Regime Disciplinar Diferenciado e nem que o fosse as restrições que lhe foram impostas seriam draconianas e ilegais. Como destaca Lima, embora o regime disciplinar diferenciado dispense "tratamento carcerário mais rígido", "não há qualquer previsão de incomunicabilidade do preso". 11

Como se não bastasse tudo isso, até mesmo a assistência religiosa, que é direito de todo preso, é tolhida na decisão do Ministro, também condicionando o contato com líderes religiosos à sua autorização. Viola-se do direito do preso estabelecido na Lei de Execuções Penais em seu artigo 24, o qual não está condicionado legalmente a qualquer avaliação judicial de oportunidade ou conveniência. Isso sem falar no completo desprezo ao direito de liberdade religiosa constitucionalmente assegurado e que é o sustentáculo do próprio direito estabelecido na lei ordinária sob enfoque. Em comentários à Lei de Execução Penal, Marcão lembra que "a Constituição Federal assegura em seu art. 5º., VI, a **inviolabilidade de consciência e de crença**, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos" (grifo no original). 12

---

10 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1990, p. 142.

11 LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 109.

12 MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 62.

Importa trazer à colação a referência feita por Kuehne à Lei 9.982/00, que regula a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como **nos estabelecimentos prisionais civis e militares**. Essa legislação assegura o acesso dos religiosos aos estabelecimentos prisionais, que fica condicionado tão somente à anuência dos próprios detentos ou seus familiares em caso de estarem doentes e sem condição de manifestação. Outro requisito é o cumprimento das normas legais e internas do estabelecimento, visando tão somente não colocar em risco a segurança do ambiente prisional. Não há qualquer menção a condicionamentos surgidos da subjetividade ou idiosincrasia de qualquer magistrado de qualquer grau. Afinal, as pessoas estão submetidas às regras da lei, ninguém sendo obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude dela e não com referência à vontade de poder de quem quer que seja (inteligência do artigo 5º, II, CF).

Também as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos estabelecem que “**nunca** se negará a um preso o direito de comunicar-se com o representante autorizado de uma religião” (n. 41.3) (grifo nosso).<sup>13</sup> A decisão de Moraes põe em xeque essa regra internacional de Direitos Humanos, pois que ao submeter a entrevista com religiosos por Roberto Jefferson ao escrutínio do STF, deixa implícita a possibilidade de proibição por critérios indeterminados, subjetivos e voluntaristas.

Em finalização consigne-se que as vedações impostas ao preso Roberto Jefferson quanto à visita, contato com advogados e assistência religiosa são eivadas de ilegalidade e inconstitucionalidade patentes. Esses abusos precisam ser reprimidos pelos devidos recursos legais dirigidos ao próprio STF e, acaso não sejam corrigidos, necessária a denúncia a entidades internacionais de Direitos Humanos, bem como a provocação do Senado Federal para que em algum momento cumpra suas funções institucionais constitucionalmente atribuídas, restabelecendo o império da lei e da Constituição.

## REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói: Impetus, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MERTON, Robert K. *The self-fulfilling prophecy*. New York: Antioch Review, 1949.

---

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit., p. 103.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

MORAES, Alexandre. Decisão Monocrática Roberto Jefferson. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2022/10/Moraes-decisao-monocratica-Roberto-Jefferson-23-out-2022.pdf> , acesso em 24.10.2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 4ª. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

SPIELBERG, Steven. *Minority Report: A Nova Lei*. Disponível em <https://www.imdb.com/title/tt0181689/> , acesso em 24.10.2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



## **A FORMA DE CONTAGEM DE PRAZO DO PEDIDO PRINCIPAL EM SEDE DE TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE E SUAS REPERCUSSÕES À LUZ DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

**RAUL YUSSEF CRUZ FRAIHA:**

Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará; especialista em Direito Processual Civil pela Rede Luiz Flávio Gomes de ensino.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva fazer uma análise da forma de contagem de prazo para a formulação de pedido principal em sede de tutela cautelar antecedente, na medida em que este instituto foi modificado com o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) e que há decisões divergentes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-Chave:** Contagem de Prazo. Tutela Cautelar. Superior Tribunal de Justiça.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the way in which the deadline is calculated for the formulation of a main claim in the context of a preliminary injunction, as this institute was modified by the new Code of Civil Procedure (Federal Law No. 13.105/2015) and that there are divergent decisions handed down by the Superior Court of Justice.

**Keywords:** Deadline. Preliminary Injunction. Superior Court of Justice.

### **1. INTRODUÇÃO**

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) inaugurou moderna ótica procedimental no ordenamento jurídico brasileiro, na medida que, adotando expressamente a constitucionalização do processo civil, racionalizou seus instrumentos e os voltou à consecução do respeito ao direito fundamental à tutela jurisdicional.

Nesse sentido, dentre as várias mudanças promovidas, cita-se a priorização da resolução de mérito e o abandono, tanto quanto possível, do excessivo formalismo que minava a própria atuação dos magistrados, para além da produção de injustiça, já que, na lição de Rui Barbosa, "Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada".

No bojo das referidas mudanças, extinguiu-se o procedimento cautelar, transferindo sua essência à disciplina do procedimento de tutelas cautelares (cuja efetivação se dá nos termos do art. 301 do CPC). O Código mantém a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar, cujos procedimentos são diferenciados, e ainda baseados nas máximas "segurança para execução" (cautelar) e "execução para segurança" (antecipada).



Quando do CPC/73, a existência da ação cautelar preparatória era autônoma e reclamava o manejo de outra ação, principal, para viabilizar a pretensão autoral. Nesse sentido, a legislação anterior assim previa:

"Artigo 806. Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório"

Nota-se, portanto, que o prazo em tela era notadamente decadencial e, portanto, contados em dias corridos (até porque era essa a tônica da contagem dos prazos no Código Buzaid).

Contudo, a modernização do processo civil trouxe à tona o sincretismo processual, primeiramente com a unificação das fases cognitiva e executiva (consolidado pela Lei nº 11.232/2005) e, depois, com a extinção das cautelares autônomas no Código de 2015. Nesse sentido, o pedido de tutela cautelar antecedente abre espaço para dúvidas em relação à natureza do prazo para deduzir o pedido principal, uma vez que o prazo é cujo lapso temporal permanece o mesmo: trinta dias. Nesse sentido:

"Art 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais."

É inequívoco que o ônus indicado ao requerente corre endoprocessualmente ("nos mesmos autos"), diferente da sistemática antiga (onde o autor deveria "propor a ação"). Contudo, acresça-se que o CPC/2015 passou a aplicar a contagem de prazo, quando marcados em dias, computar-se-ão apenas os úteis, nos termos do art. 219. E aqui a celeuma foi instaurada: o prazo para aduzir o pedido principal seria decadencial, em dias corridos, ou processual, em dias úteis? Duas turmas do Superior Tribunal de Justiça se debruçaram sobre a questão recentemente, chegando a conclusões distintas.

## **2. A NATUREZA E A FORMA DE CONTAGEM DE PRAZO – DECISÕES RECENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

A primeira turma do Tribunal da Cidadania (que julga temas relacionados ao direito público), no julgamento do Recurso Especial nº 1.982.986/MG, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, publicado em 22/06/2022, entendeu que os prazos devem ser contados em dias corridos, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. PRAZO PARA A FORMULAÇÃO DO PEDIDO PRINCIPAL. NATUREZA JURÍDICA. DECADENCIAL. CONTAGEM EM DIAS CORRIDOS.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

2. À luz dos arts. 806 e 808 do CPC/1973, este Tribunal Superior sedimentou entendimento jurisprudencial segundo o qual “a falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar” (Súmula 482 do STJ). À época, a orientação jurisprudencial deste Tribunal era pela natureza decadencial do prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação principal. Precedentes.

3. Na vigência do CPC/2015, mantem-se a orientação pela natureza decadencial do prazo de 30 dias para a formulação do pedido principal (art. 308 do CPC/2015), razão pela qual deve ser contado em dias corridos, e não em dias úteis, regra aplicável somente para prazos processuais (art. 219, parágrafo único).

4. No caso dos autos, o recurso não pode ser conhecido porque o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação jurisprudencial deste Tribunal. Observância da Súmula 83 do STJ.

5. Agravo interno não provido.”

(AgInt no REsp n. 1.982.986/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022.)

Em razão da extrema acurácia do voto do Ministro relator, traz-se trecho em que se delimita e analisa a controvérsia apresentada:

“(…)Deve ser mantido, à luz da jurisprudência deste Tribunal Superior.

Com efeito, ainda na vigência do CPC/1973, à luz dos arts. 806 e 808, este Tribunal Superior sedimentou entendimento jurisprudencial segundo o qual “a falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar” (Súmula 482 do STJ).

Ao se consultar os precedentes mencionados na proposta da referida súmula, percebe-se que, à época, havia orientação jurisprudencial deste Tribunal pela natureza decadencial do prazo de 30 dias para o ajuizamento da ação principal, daí porque a não observância resultava na extinção do processo cautelar. Nesse sentido, dentre outros:

(...)

Ainda pela natureza decadencial do prazo, confirmam-se: AgInt no AREsp 1351646/CE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/03/2021, DJe 15/03/2021; AgInt nos EDcl no REsp 1801977/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 20/11/2020; AgInt no AREsp 898.521/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017.

Na vigência do CPC/2015, mantém-se a orientação pela natureza decadencial do prazo de 30 dias para a formulação do pedido principal (art. 308 do CPC/2015), razão pela qual deve ser contado em dias corridos, e não em dias úteis, regra aplicável somente para prazos processuais (art. 219, parágrafo único).

De fato, quanto aos prazos processuais, a Lei n. 13.105/2015 - CPC/2015 estabelece, que, na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis (art. 209); e que, “decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa” (art. 223). E, no que se refere ao processo cautelar, o CPC/2015 dispõe, ainda, que, efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 dias, sob pena de cessar a eficácia da cautelar, hipótese em que será vedado a renovação do pedido, salvo sob novo fundamento (arts. 308 e 309).(...)”

Nota-se que a razão que fundamenta a decisão em análise é que o art. 308 do CPC/2015 indicaria a natureza decadencial do prazo de trinta dias e, portanto, deveria ser contabilizado em dias corridos, mantendo-se a lógica firmada sob a égide do CPC/73, na medida em que a contagem de prazos em dias úteis somente são declinados aos prazos de natureza processual.

Por outro lado, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (que julga temas relacionados ao Direito Privado), no julgamento do Recurso Especial nº 1.763.736/RJ, de relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, publicado em 18/08/2022, fixou entendimento diametralmente ao exposto acima, senão vejamos:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA CAUTELAR. CARÁTER ANTECEDENTE. PRETENSÃO PRINCIPAL. PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS. NATUREZA PROCESSUAL. CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS. RECURSO PROVIDO.

1. O prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do pedido principal, nos mesmos autos da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, previsto no art. 308 do CPC/2015, possui natureza processual, portanto deve ser contabilizado em dias úteis (art. 219 do CPC/2015).

2. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja processado o pedido principal já apresentado, cuja tempestividade deverá ser aferida, computando-se apenas os dias úteis.”

(REsp n. 1.763.736/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 18/8/2022.)

Nota-se que a circunstância do pedido principal ser realizado nos mesmos autos (ou seja, endoprocessualmente) é o que dá tônica ao entendimento. Segundo o voto do Ministro relator:

Nesses termos, a controvérsia cinge-se à natureza jurídica do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do pedido principal, nos mesmos autos da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, prevista no art. 308 do CPC/2015, o qual transcrevo:

(...)

Dessa forma, caso compreendido que o prazo de 30 (trinta) dias possui natureza jurídica processual, a contagem deve ser realizada em dias úteis (art. 219 do CPC/2015), do contrário – natureza material –, conta-se em dias corridos.

Nesse aspecto, a questão possui elevada relevância. Insta ainda consignar a existência de decisões judiciais divergentes nas instâncias de origem, com consequentes reflexos negativos para a segurança jurídica, tendo em vista a possibilidade de perda de prazo e de extinção prematura do processo, decorrente dessa imprevisibilidade jurídica.

Importante ressaltar que no Código de Processo Civil de 1973 havia previsão legal de se propor a ação principal após a efetivação de medida cautelar preparatória, conforme se depreende do disposto no art. 806:

(...)

A jurisprudência desta Corte Superior é unânime ao considerar decadencial a natureza jurídica do prazo previsto no referido art. 806 do Código Buzaid, seguindo o entendimento desta Quarta Turma, exarado no voto do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

(...)

Nesse mesmo sentido cito os seguintes precedentes: AgInt no REsp 1444419/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016; AgInt no AREsp 1351646/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em

08/03/2021, DJe 15/03/2021; AgRg no Ag 1319930/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011; REsp 196.519/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2001, DJ 27/08/2001, p. 300; REsp 392.675/DF, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 29/04/2002, p. 192; REsp 162.379/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/1999, DJ 05/06/2000, p. 220; REsp 58.350/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/1996, DJ 17/03/1997, p. 7497; e REsp 69.870/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/1995, DJ 18/12/1995, p. 44584.

Infere-se daí que a divergência jurisprudencial surgiu apenas com a vigência da Lei n. 13.105/2015. Isso porque, apesar de o art. 308 do CPC/2015 corresponder ao art. 806 do CPC/1973, houve uma importante inovação legislativa com o novo Código, estabelecendo que o pedido principal deve ser formulado pelo autor nos mesmos autos da tutela cautelar deferida.

Observe-se que o art. 806 do CPC/1973 determinava o prazo de 30 (trinta) dias para propositura de uma nova ação após efetivada a medida cautelar, enquanto o art. 308 do CPC/2015 prevê que o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos da cautelar, sob pena de cessar a eficácia da tutela concedida (art. 309).

Logo, pelo Código vigente, não se trata mais de lapso temporal para ajuizamento de uma ação, sujeita, por exemplo, aos prazos materiais de prescrição e decadência, mas sim ao prazo para a prática de um ato interno do processo, com previsão de ônus processual no caso do seu descumprimento.

Gerson Luiz Carlos Branco e Eduardo Siqueira Neri, ao analisarem a natureza jurídica dos prazos contidos na Lei n. 11.101/2005, afirmaram que, "se disser respeito a incidentes processuais, a recursos ou à prestação jurisdicional o prazo será processual e seguirá o modo de contagem do Código de Processo Civil" (BRANCO, Gerson Luiz Carlos; NERI, Eduardo Siqueira. A contagem dos prazos nos procedimentos previstos na Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Revista de Direito Recuperacional e Empresa. Vol. 9/2018. Jul-Set/2018).

Nessa perspectiva, estando o prazo do art. 308 do CPC/2015 diretamente relacionado à prática de um ato processual de peticionamento e, conseqüentemente, à efetivação da prestação jurisdicional, possui, por

desencadeamento lógico, natureza processual, a ensinar a aplicação da forma de contagem em dias úteis estabelecida no art. 219 do CPC/2015.

Assim, cuidando-se de lapso temporal para a prática de ato processual – apresentação de uma petição –, cuja omissão acarreta consequências para o processo, filio-me à corrente doutrinária que entende tratar-se de prazo processual:

(...)

Nessa linha, Fernando Gajardoni compreende que o prazo de 30 (trinta) dias deve ser classificado "como mero prazo preclusivo (interno ao processo), considerando que a formulação do pedido se faz na mesma relação jurídica processual já inaugurada com o pleito de tutela cautelar antecedente (tratando-se, pois, de prazo para a prática de ato processual)" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 439).

Sob o mesmo raciocínio, a Terceira Turma desta Corte firmou entendimento segundo o qual o prazo de 15 (quinze) dias do art. 523 do CPC/2015, para pagamento do débito advindo de condenação em quantia certa, possui natureza jurídica processual, nos termos do voto do Relator Min. Marco Aurélio Bellizze (grifei):

(...)

Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA PAGAMENTO VOLUNTÁRIO DO DÉBITO. ART. 523, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRAZO DE NATUREZA PROCESSUAL. CONTAGEM EM DIAS ÚTEIS, NA FORMA DO ART. 219 DO CPC/2015. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, previsto no art. 523, caput, do Código de Processo Civil de 2015, possui natureza processual ou material, a fim de estabelecer se a sua contagem se dará, respectivamente, em dias úteis ou corridos, a teor do que dispõe o art. 219, caput e parágrafo único, do CPC/2015.

2. O art. 523 do CPC/2015 estabelece que, "no caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver".



3. Conquanto o pagamento seja ato a ser praticado pela parte, a intimação para o cumprimento voluntário da sentença ocorre, como regra, na pessoa do advogado constituído nos autos (CPC/2015, art. 513, § 2º, I), fato que, inevitavelmente, acarreta um ônus ao causídico, o qual deverá comunicar ao seu cliente não só o resultado desfavorável da demanda, como também as próprias consequências jurídicas da ausência de cumprimento da sentença no respectivo prazo legal.

3.1. Ademais, nos termos do art. 525 do CPC/2015, "transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação". Assim, não seria razoável fazer a contagem dos primeiros 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário do débito em dias corridos, se considerar o prazo de natureza material, e, após o transcurso desse prazo, contar os 15 (quinze) dias subsequentes, para a apresentação da impugnação, em dias úteis, por se tratar de prazo processual.

3.2. Não se pode ignorar, ainda, que a intimação para o cumprimento de sentença, independentemente de quem seja o destinatário, tem como finalidade a prática de um ato processual, pois, além de estar previsto na própria legislação processual (CPC), também traz consequências para o processo, caso não seja adimplido o débito no prazo legal, tais como a incidência de multa, fixação de honorários advocatícios, possibilidade de penhora de bens e valores, início do prazo para impugnação ao cumprimento de sentença, dentre outras. E, sendo um ato processual, o respectivo prazo, por decorrência lógica, terá a mesma natureza jurídica, o que faz incidir a norma do art. 219 do CPC/2015, que determina a contagem em dias úteis.

4. Em análise do tema, a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF aprovou o Enunciado n. 89, de seguinte teor: "Conta-se em dias úteis o prazo do caput do art. 523 do CPC".

5. Recurso especial provido. (REsp 1708348/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019.)

Concluo que a instância de origem, ao contabilizar em dias corridos o prazo para apresentação do pedido principal e, conseqüentemente, julgar extinto sem resolução de mérito o processo cautelar, por perda da eficácia da tutela concedida, desconsiderou a natureza jurídica processual do prazo de 30 dias e, por conseguinte, violou o disposto no art. 308 do CPC/2015.

Nota-se que a análise realizada no voto acima possui maiores aprofundamentos em relação ao entendimento que classificou como decadencial o prazo para adução do pedido



principal. Fica patente que o prazo corre “internamente”, dentro do processo, e serve justamente para que o réu não fique à mercê, *ad eternum*, da tutela cautelar contra ele concedida.

Descumprido o ônus de aduzir o pedido principal, a tutela cautelar perde eficácia, além de que ao Autor fica vedado, salvo novo fundamento, renovar o pedido de tutela cautelar (art. 319, parágrafo único).

Observa-se, então, que a índole do prazo acima é naturalmente processual, seja porque preclusivo, seja porque ocorre dentro dos próprios autos. Afasta-se o caráter decadencial porque a perda de eficácia da tutela cautelar em razão da não apresentação do pedido principal não impede o autor de, no futuro, propor uma ação ordinária e nela veicular suas pretensões. Na lição de LÊNIO STRECK, DIERLE NUNES e LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

“De qualquer modo, não se trata de um prazo de direito material, pois o seu transcurso *in albis* não provoca encobrimento das eficácias da pretensão e da ação que defluem da relação material objeto da lide principal (o que seria a prescrição). Também não é provocada a perda ou a morte do direito subjetivo de que irradiam a pretensão e a ação (o que seria a decadência) (sem razão, portanto, STJ, 2.ª T., REsp 669.353, *reI.* Min. Mauro Campbell Marques, Dle 16-4-2009; STJ, 3.ª T., REsp 687.208, *reI.* Min. Nancy Andrighi, DI 16-10-2006, p. 365). Tampouco se trata de um prazo preclusional de índole pré-processual, cujo transcurso *in albis* impossibilitaria a dedução do pedido principal. Na realidade, está-se diante de um prazo processual, criado para o requerido não ficar indefinidamente à mercê dos efeitos da tutela cautelar contra ele concedida, sem que seja instaurada a pendência da lide principal. Por razões de política processual, sujeita-se a eficácia da medida cautelar à condição resolutiva da não dedução do pedido principal em trinta dias. Só isso. Daí ser inaceitável cogitar-se da impossibilidade de interrupção ou suspensão do prazo, como se fosse ele decadencial. Não se trata de prazo fatal e improrrogável. É corriqueira no dia a dia forense, p. ex., a sua suspensão durante o período de recesso forense; além do mais, nada impede a suspensão por qualquer das causas previstas nos arts. 220, 221, 222 e 313, I, II e III, do CPC/2015.”<sup>14</sup>

Também se filia a esta corrente MISAEL MONTENEGRO FILHO:

“Da mesma forma como observamos na tutela antecipada requerida em caráter antecedente, quando o autor primeiramente requer a concessão da tutela cautelar em caráter antecedente, após a sua efetivação, deve formular o pedido principal, complementando a petição inicial. Nos mesmos autos do processo anteriormente formado, sem que tenhamos

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Coordenador executivo Alexandre Freire. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 308.

nova ação judicial, o que nos permite concluir que a petição inicial anteriormente apresentada (na qual o autor se limitou a requerer a concessão da tutela cautelar) era provisória, tornando-se definitiva com a formulação do pedido principal. (...) O prazo fixado na norma só deve considerar os dias úteis.”<sup>15</sup>

### 3. CONCLUSÃO

O CPC/2015 operou verdadeira modernização do processo civil no ordenamento jurídico pátrio, empregando mais racionalidade e conferindo primazia aos princípios constitucionais, que agora são vetores axiológicos expressos.

Quanto ao tema da tutela cautelar antecedente, apontou-se que houve verdadeiro movimento sincrético, abolindo as ações cautelares e imiscuindo-as ao regimento de tutelas do procedimento ordinário, o que, por conseguinte, causou a extinção da necessidade de se ajuizar nova ação para veicular os pedidos principais (os quais estariam resguardados justamente pelo pedido cautelar).

Porém, considerando o intenso debate doutrinário e jurisprudencial empregado à questão ora analisada e em que pese se concordar com a natureza processual do prazo de trinta dias para aduzir o pedido principal em sede de tutela cautelar antecedente, deve-se adotar a máxima cautelar na atuação processual, uma vez que se trata de matéria com entendimento divergente dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, até que o tema seja afetado para pacificação perante a Corte Especial do Tribunal da Cidadania, deve-se considerar, para fins de segurança jurídica, que o prazo é decadencial, o que evitaria qualquer tipo de prejuízo processual à parte litigante.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 de Outubro de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 de Novembro de 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella, **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

---

<sup>15</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil comentado. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 296-297.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcellos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Teoria geral do processo. **Comentários ao CPC de 2015 – parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coords.). 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentário ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Coordenador executivo Alexandre Freire. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Aspectos da tutela provisória: da tutela de urgência e tutela de evidência**. Revista de Processo, v. 257, jul., 2016, pp. 179-214.  
THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Volume 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

## **CARACTERÍSTICAS E DESDOBRAMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL**

**HENDRYL ROCHA CARDOSO:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

**RESUMO:** Este estudo de cunho descritivo e caráter exploratório trata-se de um trabalho para conclusão de curso que busca analisar e esclarecer a importância da defesa técnica em inquéritos policiais demonstrar quais os elementos informativos que devem ser resguardados, e qual atuação do advogado dentro do tema. De modo a contribuir aos novos advogados que comecem a atuar na área e até mesmo mostrar aos investigados o suporte que há na legislação. Dentro das suas fases de desenvolvimento estão a primeira fase a ser observada é a inicial, em que se dá a instauração do inquérito, em seguida vem a fase de diligências e por último o indiciamento e conclusão com o relatório final. Foi realizado pesquisas bibliográficas feitas por doutrinadores e professores, como também análise legislativa do tema. Desse modo, buscou-se de modo específico identificar como o inquérito policial se procede, as relações dentro da investigação. Constatou-se que esse procedimento acontece de forma administrativa devendo ser resguardado certos critérios para uma posterior tese defensiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inquérito. Policial. Características. Desdobramentos. Análise

**ABSTRACT:** This descriptive and exploratory study is a course conclusion work that seeks to analyze and clarify the importance of technical defense in police investigations to demonstrate which informational elements must be protected, and what the lawyer's role is within the theme. In order to contribute to new lawyers who start working in the area and even show those investigated the support that there is in the legislation. Within its development phases are the first phase to be observed is the initial one, in which the investigation takes place, then comes the diligence phase and finally the indictment and conclusion with the final report. Bibliographic research was carried out by scholars and teachers, as well as a legislative analysis of the theme. In this way, we specifically sought to identify how the police investigation proceeds, the relationships within the investigation. It was found that this procedure takes place in an administrative way and certain criteria must be preserved for a later defensive thesis.

**KEYWORDS:** Inquiry. Cop. Features. unfolds. Analysis

### **1 INTRODUÇÃO**

O inquérito policial é reduto de muitas dúvidas entre aqueles que iniciam a advocacia criminal, provocando as mais variadas discussões sobre como se faz a atuação perante a fase pré-processual, então se faz importante o entendimento dessa fase de investigação.

Por um lado, encontra-se uma sistematização de atos administrativos da autoridade policial, em virtude de ser o responsável pela apuração das infrações que cada vez se mostra importante para um fiel cumprimento das normas. De outro, surge o direito do contraditório e ampla defesa

do indivíduo investigado, que embasada expressamente na Constituição Federal, luta contra condições de uma possível vulnerabilidade perante a força policial do estado.

Esse instrumento de investigação é um dos mais utilizados pela autoridade judiciária, é claro que muito disso se está relacionado à magnitude de sua atuação, que também abrange várias esferas do ponto de vista investigativo, contudo, por apresentar grandeza, chama atenção para como este está gerindo todo o sistema probatório que vem sendo colhido, ao longo da investigação, para a maior eficácia da legalidade no momento processual

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo principal elencar quais as principais características e desdobramentos a serem realizadas pela autoridade policial na fase de inquérito a partir do momento do conhecimento do delito até a indicação do acusado, apontando todo o trajeto da apuração.

Tal temática se faz pertinente por se tratar de assunto de extrema importância para a defesa, posto que é notório que mesmo diante de um procedimento administrativo pode haver ilegalidade, abuso de poder, e coleta de informações inverídicas, devendo ser observado pelo advogado contratado para acompanhar o ato de modo que planeje uma estratégia de uma defesa posterior quando seja dado o contraditório diferido.

Nessa perspectiva, diante do enorme acervo documental a ser produzido, percebe-se a necessidade de se avaliar tudo que foi colhido como meio de provas pela autoridade responsável, qual foi o método utilizado, se foi feito dentro da legalidade, qual a pertinência de determinado ato.

Portanto, indaga-se: Como a atuação do advogado se faz importante para defesa dos direitos do investigado?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é estudar todos os fatores que influenciam o inquérito policial especificar como um procedimento como esse de esfera administrativa, importa na fase judicial, mesmo sem dar contraditório e ampla defesa, visando detectar melhoria e eficiência da defesa para tal ato.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar todo o procedimento investigatório e sua influência judicial; explicar as diretrizes de cada sub tópico referente ao tema de maneira detalhada e objetiva; Perspectiva dentro de uma defesa posterior.

Parte-se da hipótese de que o inquérito policial é um procedimento administrativo, e ao mesmo tempo informativo, no qual reúne nas diligências investigativas e probatórias, que serão futuramente encaminhadas ao parquet ou ao ofendido nos tribunais da ação penal. No decorrer do tempo prevaleceu nos tribunais o entendimento de que os elementos informativos produzidos no inquérito policial não poderiam servir como fundamento para um decreto condenatório.

Assim, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se a classificação dos referidos autores será adotada a seguinte técnica de pesquisa neste projeto: documentação indireta – com

observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagem, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.).

Na primeira seção, são descritos a natureza jurídica do inquérito policial, segundo análise doutrinária e do ponto de vista da legislação, bem como os direitos e deveres da autoridade que instaura.

Na segunda seção, realiza-se uma listagem dos principais desdobramentos do inquérito, assim como, as características e peculiaridades, indicando seus objetivos, ações previstas e resultado esperado.

Na terceira seção, faz-se um levantamento das análises disponíveis indicando uma conclusão breve e objetiva.

Ao final, conclui-se que os objetivos são atendidos e a pergunta resta respondida com a confirmação da hipótese, indicando que se faz necessária a atuação do advogado para adoção de uma nova e distinta estratégia para tentar equacionar a desvantagem de uma investigação que não confere o contraditório e ampla defesa simultânea.

## **2 A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO**

O inquérito policial é um instrumento de investigação para apuração de crime que são levados às autoridades através de uma denúncia oferecida pelo ministério público ou por uma queixa-crime para os de ação penal condicionada à representação e vem disposto no código de processo penal em seu artigo 12 do Código de Processo Penal: "o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra"

Neste mesmo sentido entende Nucci (2012, p. 37):

É que o inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria.

É preciso demonstrar que se trata de um procedimento administrativo que ocorre dentro da autoridade judiciária com o objetivo de coleta de provas e essas provas serão utilizadas para comprovar e aferir e determinar o alto do delito, mas não só se atenha aos elementos do crime, mas também ao caráter subjetivo ao qual levou o cometimento daquela infração

Cumprido salientar que o direito penal não vem apenas para punir, mas também para entender como o crime se desenvolve com o objetivo de fazer determinados projetos que ressocialize o infrator e aborde meios que impeça que há conduta seja cometida novamente, dessa forma é importante a instauração de uma investigação.



Ocorre que como qualquer ato administrativo deve ser determinado previamente por lei de modo que haja discricionariedade para que o ato seja feito, então o código de processo penal estabelece as o modo como deve ser feito em do momento inicial até a conclusão.

## 2.1 Análise de desdobramentos do inquérito policial

### 2.1.1 A comunicação

Quando se é deparado com um ato irregular, normalmente se pensa de uma maneira até mesmo inconsciente que autoridade policial deva saber rapidamente do fato, mas para que isso acontece não é suficiente só que o fato seja comunicado ele deve ser formalizado dentro da esfera administrativa policial, assim adentramos em dois mecanismo de comunicação para ciente, como a notitia criminis ou a denúncia.

A notitia criminis acontece quando um particular se depara com o crime vai até autoridade policial e há comunicada do ocorrido; Já a denúncia é o instrumento de comunicação que é feita pelo ministério público, isso o parquet já investigou o fato trazido pelo cidade e tem provas concretas da irregularidade portanto ele informa a autoridade policial.

Nesse sentido, autor Ramazzini

*Notitia criminis* é a notícia do crime, do fato definido como infração penal, a forma como se toma conhecimento da ocorrência de uma infração penal, compreendido o crime e as contravenções penais. Trata-se de um ato de conhecimento, que pode decorrer da provocação formal de alguém ou não, e que pode anteceder ou não a ocorrência da infração penal.

A notícia do crime viabiliza o início da investigação, seja de maneira informal para confirmar a veracidade do seu conteúdo, seja para por si só justificar a formalização do procedimento de investigação pela autoridade competente.

Compreende ao mesmo tempo um juízo de aparência sobre o enquadramento da situação de fato como ilícito penal, sustentando na forma como a notícia do fato se apresenta, e cuja maior ou menor verossimilhança é determinante para a instauração de um procedimento investigatório formal ou não. (enciclopédia jurídica.pucsp, 2020).

Ainda no aspecto da comunicação a muitos pontos de vista que atende bem esse aspecto como Ramazzini:

A Resolução 13 do Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público.



No art. 3º a resolução estabeleceu que o procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício pelo membro do Ministério Público, ao tomar conhecimento da ocorrência de uma infração por qualquer meio, mesmo que informal, ou mesmo por provocação.

Tal previsão refere-se à "*notitia criminis*" no âmbito do Ministério Público, como meio idôneo a legitimar à instauração do procedimento investigatório, assim como no caso do Ministério Público.

Tendo em vista a equivalência que se estabelece entre o inquérito policial e o procedimento investigatório criminal do Ministério Público, este se sujeita, no que couber, ao regime jurídico do Código de Processo Penal, que constitui uma norma geral. (enciclopédia jurídica.pucsp, 2020).

### 2.1.2 Formalizando o inquérito

Como já informado o IP é iniciado quando autoridade policial tem a ciência de um crime ou um suposto crime, isso pode ocorrer através de sua própria atuação ou com a notícia vinda de terceiros daí se dá a origem da investigação preliminar, desta maneira o órgão começa o procedimento administrativamente. Então entende-se, "O inquérito policial tem sua origem na notícia criminis ou mesmo na atividade de ofício dos órgãos encarregados da segurança pública. Formalmente, o IP inicia com um ato administrativo do delegado de polícia, que determina a sua instauração através de uma portaria. Sem embargo, a relevância está no ato que dá causa à portaria, que, em última análise, carece de importância jurídica" (LOPEZ; AURY, 2019, p. 148).

É importante abordar o que rege o código de processo penal, mais especificamente em se art. 5º o inquérito será iniciado:

I - de ofício;

É comum que a autoridade tenha conhecimento da infração pela sua própria atividade pois a polícia atua com intuito de coibir e fiscalizar crimes; assim "a própria autoridade policial, em cuja jurisdição territorial ocorreu o delito que lhe compete averiguar em razão da matéria, tem o dever de agir de ofício, instaurando o inquérito policial. É uma verdadeira inquisiti ex officio" (LOPEZ; AURY, 2019, p. 149).

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

O ministério público é um órgão que tutela os direitos individuais e coletivos, e também responsáveis pela persecução penal quando o crime e de ação pública incondicionada e existem fortes indícios de sua existência ele é responsável por denunciar e fazer diligências para sua apuração de modo que se aplique a sanção mais adequada.

Nesse entendimento, "Quando chega ao conhecimento de algum desses órgãos a prática de um delito de ação penal de iniciativa pública ou se depreende dos autos de um processo em

andamento a existência de indícios da prática de uma infração penal de natureza pública, a autoridade deverá diligenciar para sua apuração. Decorre do dever dos órgãos públicos de contribuir para a persecução de delitos dessa natureza". (LOPEZ; AURY, 2019, p. 150).

Agora tem crimes que só serão apurados por iniciativa das vítimas, pois a legislação dispõe que no caso de ação penal de iniciativa privada, ou seja, aquele particular tem que se manifestar para que faça a averiguação, isso. Assim exige-se uma notícia-crime qualificada, uma especial condição do sujeito (ser o ofendido), que, ademais de comunicar a ocorrência de um fato aparentemente punível, requer que a autoridade policial diligencie no sentido de apurá-lo. No sistema adotado pelo CPP, nos delitos de ação penal de iniciativa pública, a fase pré-processual está nas mãos da polícia, e a ação penal, com o Ministério Público. Sem embargo, cabe à vítima atuar em caso de inércia dos órgãos oficiais, da seguinte forma: requerendo a abertura do IP se a autoridade policial não o instaurar de ofício ou mediante a comunicação de qualquer pessoa; exercer a ação penal privada subsidiária da pública em caso de inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da CB c/c art. 29 do CPP), (LOPEZ; AURY, 2019, p. 150).

### 2.1.3 O desenvolvimento: Artigos 6º e 7º do CPP

Ato de desenvolvimento afirma Lopes Jr (2016, p.162):

Com base na notícia-crime, a polícia judiciária instaura o inquérito policial, isto é, o procedimento administrativo pré-processual. Para realizar o IP, praticar a polícia judiciária uma série de atos – arts. 6º e seguintes do CPP –, que de forma concatenada pretendem proporcionar elementos de convicção para a formação da opinião delicti do acusador.

Na tarefa de determinar as circunstâncias e autoria do ato criminoso, determinou o artigo 6 do código de processo penal I. Dirigir-se ao local, providenciando para que não se altere o estado de conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais. Explica Lopes Jr (2016, p.162):

Não por acaso esse é o primeiro inciso, pois na prática esta deve ser a primeira providência a ser tomada pela polícia: dirigir-se ao local e isolá-lo. Isso porque o local do crime será uma das principais fontes de informação para reconstruir a pequena história do delito e desse ato depende, em grande parte, o êxito da investigação

Em seguida no inciso II. Apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais. Informar Lopes Jr (2016, p.162):

Entre os efeitos jurídicos do inquérito policial está o de gerar uma sujeição de pessoas e coisas. A apreensão dos instrumentos utilizados para cometer o delito, bem como dos demais objetos relacionados direta ou indiretamente com os motivos, meios ou resultados da conduta delituosa, é imprescindível para o esclarecimento do fato. Da sua importância

probatória decorre ainda a obrigatoriedade de que esses objetos acompanhem os autos do inquérito (art. 11). Também é importante que se fixe, com exatidão, o lugar onde foram achados, com as circunstâncias em que se verificou o encontro

III. Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. Resultados lógicos da natureza da atividade de investigação, destinados a esclarecer fatos e sua autoria. Se o item anterior for para objetos e instrumentos, então este relatório refere-se a outros meios de informação, como declarações testemunhais presenciais. Notavelmente, dada a natureza resumida da pesquisa Oficial, a polícia não deve perder tempo apenas apoiando testemunhas ou pessoas que não testemunharam o evento, então estão limitadas a espalhar o que lhes foi dito. Utilizando-se a classificação de Lopes Jr (2016, p.162).

IV. Ouvir o ofendido. segundo Lopes Jr (2016), quando possível, a oitiva da vítima do delito é uma importante fonte de informação para o esclarecimento do fato e da autoria, devendo o ato ser realizado nos termos do art. 201. [..]

V. Ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura. E mostra Lopes Jr (2016 p. 164):

Independente do nome que se dê ao ato (interrogatório policial, declarações policiais etc.), o que é inafastável é que ao sujeito passivo devem ser garantidos os direitos de saber em que qualidade presta as declarações 145, de estar acompanhado de advogado e que, se quiser, poderá reservar-se o direito de só declarar em juízo, sem qualquer prejuízo. O art. 5º, LV, da CB é inteiramente aplicável ao inquérito policial. O direito de silêncio, ademais de estar contido na ampla defesa (autodefesa negativa), encontra abrigo no art. 5º, LXIII, da CB, que, ao tutelar o estado mais grave (preso), obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade.

VI. Proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações. Utilizando-se a classificação de Lopes Jr (2016 p. 165):

Para proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas, deverá a autoridade policial orientar-se pelo disposto nos arts. 226 e seguintes. Não apenas o suspeito pode ser objeto de reconhecimento, mas também todas as pessoas envolvidas ativa ou passivamente no fato, inclusive testemunhas. Da mesma forma, são passíveis de reconhecimento todos os objetos que interessarem à investigação do delito

VIII. Ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico (e também coleta de DNA, se for o caso), se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes. Explica Lopes Jr (2016 p. 166):

A identificação criminal prevista no art. 5º, LVIII, da CB, foi regulamentada pela Lei n. 12.037/2009 e constitui o gênero, do qual são espécies a identificação datiloscópica, a identificação fotográfica e a coleta de material genético (modificação introduzida pela Lei n. 12.654/2012). A regra é que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal (ou seja, nem datiloscópica, nem fotográfica, nem coleta de material genético), definindo a lei que a identificação civil pode ser atestada por qualquer dos seguintes documentos: carteira de identidade; carteira de trabalho; carteira profissional; passaporte; carteira de identificação funcional; outro documento público que permita a identificação do indiciado. A lei equipara aos documentos civis os de identificação militar. Quanto à extração de material genético, trataremos no final deste tópico, de forma separada.

IX. Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. Afirmar Lopes Jr (2016 p. 170):

É um dado impossível de ser constatado empiricamente e tão pouco demonstrável objetivamente para poder ser desvalorizado. O diagnóstico da personalidade é extremamente complexo e envolve histórico familiar, entrevistas, avaliações, testes de percepção temática e até exames neurológicos, e não se tem notícias de que a polícia ou os juizes tenham feito isso... Não podemos admitir um juízo negativo sem fundamentação e base conceitual e metodológica.

X. Colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. disserta Lopes Jr (2016 p. 171):

Trata-se de inovação inserida pela Lei n. 13.257/2016 que busca informações sobre crianças e adolescentes que dependam do imputado e cuja proteção seja necessária, inclusive para conhecimento do julgador quando tiver de ponderar entre uma prisão cautelar ou a concessão de liberdade provisória ao investigado. É um dispositivo útil e que se insere na dimensão de proteção da criança ou adolescente.

Depois de feita todas as fases, vem a conclusão do inquérito. A impossibilidade de arquivamento implícito ou tácito segundo Lopes Jr (2016 p. 171):

O procedimento finalizará por meio de um relatório (art. 10, §§ 1º e 2º), através do qual o delegado de polícia fará uma exposição – objetiva e impessoal – do que foi investigado, remetendo-o ao foro para ser distribuído. Acompanharão o IP os instrumentos utilizados para cometer o

delito e todos os demais objetos que possam servir para a instrução definitiva (processual) e o julgamento. Tendo havido prevenção, será encaminhado para o juiz correspondente. Recebido o IP pelo juiz, dará este vista ao MP. Uma vez mais, a teor do art. 129, I, da CB, o melhor seria que o inquérito fosse distribuído diretamente ao Ministério Público.

Logo esses são os primeiros desdobramentos do inquérito policial, também é importante verificar suas características de modo que todas as suas peculiaridades sejam conhecidas, há resguardar direitos e deveres importantes do ponto de vista do defensor. Pois o que se entende logo de imediato que só haverá pontos de acusação sem que seja dado direito a ampla defesa e contraditório, porém já adiantando que será dado o contraditório posterior, mas antes de ser entendido outros critérios.

### 2.1.3 Das Características

São características do Inquérito Policial:

Escrito para que haja uma maior eficiência na análise probatória é necessário que tudo que haja na investigação seja escrito no documento, guardado no procedimento. Nesse entendimento o artigo 9º CPP – Peças do inquérito. Art. 9 Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Adentrando no sigilo é de fundamental importância que seja resguardo tanto para assegurar eficiência nas diligências, quanto para preservar a imagem do investigado que em regra é inocente, até que se prove o contrário, porém no ponto de vista social o investigado já se faz culpado. “Então se inquérito policial objetiva investigar infrações penais, identificando fontes de provas e coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, de nada valeria o trabalho da polícia investigativa se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização. Deve-se compreender então que o elemento da surpresa é, na grande maioria dos casos, essencial à própria efetividade das investigações policiais” (BRASILEIRO, 2020).

Oficial essa característica dispõe que esse procedimento em regra é feito pela autoridade policial conforme Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá de pôr fim à apuração das infrações penais e da sua autoria.

Oficioso ou obrigatório entende-se “Ao tomar conhecimento de notícia de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial é obrigada a agir de ofício, independentemente de provocação da vítima e/ou qualquer outra pessoa. Deve, pois, instaurar o inquérito policial de ofício, nos exatos termos do art. 5º, I, do CPP, procedendo, então, às diligências investigatórias no sentido de obter elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria. Para a instauração do inquérito policial, basta a notícia de fato formalmente típico, devendo a autoridade policial abster-se de fazer qualquer análise quanto à presença de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade (Brasileiro, 2020, P...193)

Dessa forma:

Em se tratando de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial deve instaurar o inquérito policial sempre que tiver notícia da prática de um delito desta natureza. Quando o crime for de ação penal pública incondicionada (regra), portanto, a instauração do inquérito policial poderá ser realizada pela autoridade policial independentemente de provocação de quem quer seja. (jus.com.br, 2017)

No outro ponto importante tem que ser falar da indisponibilidade do inquérito isso significa dizer que quando instaurado não pode a polícia arquivar de ofício.

Nesse sentido, Caio Cesar:

Indisponibilidade – uma vez instauração o inquérito policial, não pode a autoridade policial arquivá-lo, pois esta atribuição é exclusiva do Judiciário, quando o titular da ação penal assim o requerer. (jus.com.br, 2017).

Agora também é necessário dizer que ele é dispensável, ou seja, opcional, ou seja, não obrigatório. Dada a natureza da informação que presta (destina-se a recolher informação), não é necessária investigação se o titular do processo-crime já possuir todos os elementos necessários para instaurar um processo-crime. Um dos artigos que apoiam isso é o artigo 39, §5º do CPP.

Indisponível: pois uma vez instaurado regularmente, em qualquer hipótese, não poderá a autoridade arquivar os autos (art. 17/ CPP).

É importante também falar sobre a discricionariedade no entendimento Caio Cesar

A autoridade policial pode conduzir a investigação da maneira que entender mais frutífera, sem necessidade de seguir um padrão pré-estabelecido. Essa discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, não podem o delegado (que é quem preside o inquérito policial) determinar diligências meramente com a finalidade de perseguir o investigado, ou para prejudicá-lo. (jus.com.br, 2017)

Instauração do inquérito policial normalmente se dá quando a autoridade policial tem ciência, é comunicado de um crime ou a pedido do ministério público baseado no artigo art. 40 do Código de Processo Penal: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”.

Quando ocorre sendo de ação penal pública incondicionada ele pode ser instaurado de ofício, Capez (2016, p. 163):

a autoridade tem a obrigação de instaurar o inquérito policial, independente de provocação, sempre que tomar conhecimento imediato e direto do fato, por meio de delação verbal ou por escrito feito por qualquer



do povo (*delatio criminis simplex*), notícia anônima (*notitia criminis inqualificada*), por meio de sua atividade rotineira (*cognição imediata*), ou no caso de prisão em flagrante. O ato de instauração, que é a portaria, deverá conter o esclarecimento das circunstâncias conhecidas, v. g., local, dia, hora, autor, vítima, testemunhas etc., e a capitulação legal da infração. Anote-se que a autoridade policial não poderá instaurar o inquérito se não houver justa causa (p. ex., o fato não configurar, nem em tese, ilícito penal; quando estiver extinta a punibilidade ou quando não houver sinais de existência do fato). Se o fizer, o ato será impugnável pela via do *habeas corpus* (CPP, art. 648 e incisos). Por óbvio, o desconhecimento da autoria ou a possibilidade de o sujeito ter agido sob a proteção de alguma excludente de ilicitude (CP, art. 23) não impedem a instauração do inquérito.

Mas sendo condicionada a representação dependerá da representação do ofendido, vejamos como essa situação é abordada por Capez, Fernando (2016, p. 163): “[...] trata a representação de simples manifestação de vontade da vítima, ou de quem legalmente a representa no sentido de autorizar a persecução penal. O ofendido só pode oferecer a representação se maior de dezoito anos; se menor, tal prerrogativa caberá ao seu representante legal[...]”

Mostra-se também ação penal privada prevista no artigo 5, § 5º dispondo que a autoridade policial dependerá do requerimento de quem tem qualidade para dispor para abrir o inquérito policial, entende Capez (2016, p. 166):

tratando-se de crime de iniciativa privada, a instauração do inquérito policial pela autoridade pública depende de requerimento escrito ou verbal, reduzido a termo neste último caso, do ofendido ou de seu representante legal, isto é, da pessoa que detenha a titularidade da respectiva ação penal (CPP, arts. 30 e 31). Nem sequer o Ministério Público ou a autoridade judiciária poderão requisitar a instauração da investigação.

### 3 CONCLUSÃO

No decorrer deste estudo observou-se que o inquérito policial é capaz de trazer o indiciamento do representado não apenas pela coleta de informação, mas também em uma persecução penal. Quando se fala na importância do advogado para defesa dos direitos do investigado é possível argumentar que na medida que esse sujeito é investigado mais a fundo surge provas que pode estar viciadas ou contaminadas por alguma diligência feita pela polícia, desta forma, o conhecimento através do acesso à leitura dos elementos documentados dá ao advogado margem para entender e analisar possíveis prisão preventiva, argumento muito utilizado para determinar a prisão em caso de fuga, como garantia a aplicação do direito penal, percebendo isso antes de qualquer instrução por parte do judiciário o advogado pode traçar estratégias defensivas, garantir a ordem da instrução, e uma correta apuração dos fatos.

A preocupação que o advogado deve ter com o seu cliente estará positivamente associado ao real conhecimento das fases que serão perpetuadas dentro da investigação, caso o

procedimento seja seguido sem um acompanhamento gera um grande número de elementos de informação sobre a autoria e o significado do crime que serão imputados aos investigados sem contradição e defesa adequada e como mencionado demonstrado teses baseadas em provas contaminadas deve ser desentranhadas, pois ilegalidade da margem à sanção injusta que não é objeto do código penal.

Ademais se faz importante a instrução do cliente para que entenda toda as fases desse procedimento, possíveis sanções, requisições para depoimentos, indicar direitos que o abarca, indicando que até mesmo o advogado deve o acompanhar em momento das investigações ao qual irá ser feita como Intervenção em interrogatórios de investigados, audiências de testemunhas, hipotéticas diligências e recolha de documentos, interposição de habeas corpus e mandados de execução.

A pessoa sob investigação tem o direito de ser considerada sujeito de direitos, não apenas objeto de processo criminal, e de influenciar as instruções e conclusões da autoridade investigadora. Dessa forma, cabe ao advogado (a) exercer suas funções de acordo com o disposto na Constituição Federal no esforço de superar a vulnerabilidade do investigado.

É muito importante resguardar elementos informativos que são as diligências documentadas na fase investigatória, sem a obrigação do contraditório e da defesa, visto que ainda não se fala em acusação, pois só esses elementos não são suficientes para fundamentar uma possível condenação.

Então o defensor deve se atentar aos elementos colhidos durante o inquérito para quando adentrar em fase judicial o juiz não faça sentença baseada única e exclusivamente nos elementos informativos, sendo feito, está diante de uma total ilegalidade, pois ainda não se deu contraditório e ampla defesa tampouco o devido processo legal.

Outro é a imparcialidade do juiz que preside a investigação, ou seja, mesmo que ainda não se encontre em fase judicial certas diligências dentro da fase de inquérito devem ser autorizadas pelo judiciário quando esse for provocado.

Algumas dessas diligências referem - se à prisão temporária, prisão preventiva, interceptação dentre outras, então para que aconteça é necessário o magistrado ser provado e não agir de ofício caso não seja seguido desta forma acarreta nulidade por uma possível parcialidade e interesse do juiz ainda em fase de inquérito, sendo importante verificar se o juiz está sentenciado exclusivamente nos elementos informativos colhidos no inquérito.

Quando se deparam com esse procedimento para muitos causa um certo receio pois não se sentem preparados para dirigir dentro do procedimento, de modo que acabam muitas vezes desistindo ou adentrando de maneira errônea nas primeiras diligências, isso prejudica a defesa de seu cliente, dessa forma entende-se a experiência em realizar uma pesquisa empírica sobre o inquérito policial no Brasil demonstrou o quanto ainda desconhecemos a respeito das práticas que integram as diferentes etapas do processo de incriminação no Brasil.

#### 4 REFERÊNCIAS

MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Sociedade e estado*, v. 26, n. 1, p. 15-27, 2011.

LENZA, Pedro, coordenador. *Direito processual penal esquematizado*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

Soares Ribeiro Patriota, Caio César. *Noções gerais do inquérito policial*. 25/02/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56112/noco-es-gerais-sobre-o-inquerito-policial>

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Editora Saraiva. 8.<sup>a</sup> edição - 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Atlas S. A. – 2001.

Ramazzini. *Notitia criminis*. *enciclopediajuridica.pucsp*. São Paulo, 1 Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/449/edicao-1/notitia-criminis>

## ESTELIONATO VIRTUAL E COMO AS PESSOAS SÃO INDUZIDAS AO ERRO

**LAURA DA SILVA FRANCO:**  
Graduando do Curso de Direito do  
Centro Universitário Fametro.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA<sup>16</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Os chamados crimes cibernéticos surgem paralelamente, ao advento das novas tecnologias, e estes se apresentam cada vez mais presente em nossa sociedade. Nesse período a sociedade vem presenciando as atividades criminais reais, que vem fazendo o descaminho criminoso através das redes digitais. O crime cibernético também é conhecido por outros nomes, como crime eletrônico ou crime digital, crime informático, e-crime e cibercrimes. Partindo desse pressuposto, a presente pesquisa tem como objetivo expor crimes cibernéticos, de maneira principal, o estelionato. O método de abordagem que se adotou foi o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”. O trabalho apresenta de que modo os criminosos utilizam os meios virtuais para cometer crimes, utilizando a internet ou redes sociais. Além de citar diversos tipos de crimes virtuais, mostrando leis que combatem os mesmos. É discorrido acerca do estelionato virtual, trazendo considerações gerais acerca do ato. Por fim, comenta-se que o surgimento dos crimes cibernéticos está associado ao advento dos computadores, mais precisamente, ao surgimento dos computadores pessoais e, principalmente, com o advento da internet.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Digital, Internet, Estelionato.

**ABSTRACT:** The so-called cyber crimes arise in parallel with the advent of new technologies, and are increasingly present in our society. In this period, society has witnessed true criminal activities, which accompany criminal deviations through digital networks. Cyber crime is also known by other names such as electronic crime or digital crime, computer crime, electronic crime and cyber crime. Based on this budget, this research aims to expose cyber crimes, mainly fraud. The method of approach adopted was the deductive, whose classic definition is that which starts from the general to reach the particular, that is, knowledge extracts from general premises contained in “concrete hypotheses”. The work presents how criminals use virtual means to commit crimes, using the internet or social networks. In addition to citing various types of virtual crimes, showing laws that combat them. Discuss about virtual embezzlement, bringing general considerations about the act. Finally, it is mentioned that the inclusion of cybercrime is associated with the advent of computers, more precisely, the advent of personal computers and, mainly, the advent of the internet.

---

<sup>16</sup> Orientador: Dario Amauri Lopes de Almeida.

**KEYWORDS:** Digita Law, Internet, Fraud.

## 1 INTRODUÇÃO

É evidente que em nossa sociedade está em constante evolução e no mundo da esfera penal não é muito diferente. Visto que desde o princípio há uma busca para punir aqueles que infringem as leis. No mundo da tecnologia, onde a velocidade das informações se desenvolve com bastante rapidez, vão surgindo novas modalidades de crimes, conseqüentemente, o Direito deve se adaptar.

O presente trabalho possui a finalidade de expor a respeito dos crimes virtuais, em especial o estelionato virtual, vinculados à legislação brasileira a procura de como identificar o delito, como evitá-lo e que tipos de punições são cabíveis. Sabendo disso, é importante verificar as práticas frequentes de estelionato no âmbito virtual, o que tem sido um obstáculo para as autoridades policiais, pois, requer a identificação do autor de delito e dessa forma, o problema se dá em como identificar o delito? O que fazer para evitá-lo? O que a legislação tem a dizer sobre o fato? Qual tipo de punição é aplicável?

Para responder aos questionamentos supracitados, esse estudo elencou como objetivo geral: Compreender a aplicação da legislação brasileira quando ao crime de estelionato virtual, assim como saber identificá-lo para prevenir e combater golpes futuros, o mesmo se dividiu nos específicos: (i) demonstrar como ocorre esse delito; e, (ii) verificar como as pessoas são induzidas ao erro e explicar de forma prática como eludir se de tais práticas.

A metodologia é o processo pelo qual se atinge este objetivo. É o caminho a ser trilhado para produzir conhecimento científico, dando as respostas necessárias de como foi realizada a pesquisa, quais métodos e instrumentos utilizados, bem como as justificativas das escolhas. Utilizando-se a classificação de Marconi e Lakatos (2014, p. 116) tem-se que o método de abordagem que adotou foi o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a "hipóteses concretas".

Tomando ainda por referência a classificação dos referidos autores que se adotou foi a técnica de pesquisa neste projeto: documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagem, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões etc.).

## 2 MARCO TEÓRICO

### 2.1 DIREITO DIGITAL NO BRASIL, SEUS PRINCÍPIOS E MUDANÇAS

Nessa primeira seção da pesquisa será abordada a atuação do Direito Digital no Brasil e de como acontece às aplicações de leis e princípios em casos que envolvam o mundo digital. É de suma importância a apresentação do Marco civil na Internet (Lei nº 12.965/2014) que tem como intuito estabelecer princípios, garantias, deveres e direitos acerca da utilização da internet do Brasil.

Os princípios são de extrema importância, pois, são grandes aliados do Direito Digital, uma vez em que a legislação atual não consiga agir de forma integral e célere a respeito das relações sócias que permeiam o Direito Digital. Diante de tal perspectiva, Patrícia Peck Pinheiro fala acerca da importância da existência de norma e realidade:

A capacidade da norma de refletir a realidade social determina o grau de eficácia jurídica de um ordenamento. Eficaz é aquilo que é capaz de efetivamente produzir efeitos, ou seja, o conceito de eficácia envolve aceitação e obediência. Norma eficaz é aquela que é observada e cumprida pelos diversos grupos sociais. Implica o chamado “hábito geral de obediência”, sendo a garantia de cumprimento da norma (PINHEIRO, 2021 p. 56).

De acordo com Mario Antônio Lobo de Paiva, existe alguns princípios acerca do direito eletrônico como: Princípio da existência concreta, princípio da lealdade, princípio da racionalidade, princípio da efetividade, princípio da subsidiariedade e o princípio da submissão (PAIVA, 2020, p. 01). Vale ressaltar que há uma exacerbada existência de princípios e não só os apresentados, os princípios servem para serem relacionados a casos concretos. Diante do que foi dito, é impossível acompanhar a velocidade das informações e editar as leis a respeito do Direito Digital, sendo assim, os princípios acabam se tornando de suma importância para a resolução de conflitos e questões jurídicas que o operador de Direito encontra.

### 2.1.1 Princípios do Direito Digital

O princípio da existência concreta é o mesmo que é aplicado no Direito de Trabalho. Dentro do contexto do Direito Digital são levadas em consideração situações concretas, ou seja, em relações a documentos digitais. Diante disso, vale ressaltar que existe grande facilidade em manipular informações dentro do campo digital, como: adulteração de um documento ou até mesmo de uma foto digital. Qualquer indivíduo que possua um conhecimento acerca de informática, ou tenha acesso a vídeos na plataforma Youtube pode aprender a como manipular uma foto digital. Portanto, é dever do Magistrado descobrir o que de fato ocorreu e dependendo do que aconteceu, o mesmo deve exigir perícia de documentos digitais como base no princípio apresentado.

O princípio da Racionalidade é aplicado no momento em que se aplica Direito a casos concretos. Sendo assim, ao julgar, o magistrado precisa evitar qualquer decisão subjetiva, utilizando apenas o critério objetivo, isso significa que o mesmo está sendo racional. As normas precisam ser flexíveis e não rígidas, para que ocorra uma eficácia, porém é certo que qualquer situação gere várias interpretações, no entanto, qualquer interpretação deve se encaixar no amparo da razão humana com pauta nos objetivos longe de qualquer subjetividade.

Dentro do princípio de lealdade é dito que o Estado deve agir de forma ativa, de forma em que o mesmo regulamente as relações sociais humanas, sendo presenciais ou virtuais. Diante do grande avanço tecnológico, que possibilitou variadas formas de comunicação e relações, é visível



a necessidade de uma regulamentação, porém, em muitos casos, o Estado acaba se tornando negligente, ineficiente ou até mesmo inexistente, pois não existe previsão legal de todas as situações que envolvem o campo digital.

Todavia, o Estado tem a obrigação de se fazer atuante e presente na vida das pessoas, dando amparo para as novas relações sociais que estão inseridas dentro do meio Digital, visando oferecer legalidade a atos que são praticados dentro do mundo virtual, garantindo segurança as relações humanas. O Estado deve visar à legalidade de certas ações, ou, até mesmo se manifestar diante de ilegalidades de determinadas condutas, garantindo a segurança jurídica a relações feitas por meio de tecnologias.

No princípio da subsidiariedade é levado em conta que o Direito Digital não possui uma legislação específica, portanto a aplicação subsidiária do Direito se dá em qualquer situação. As relações humanas são pautadas em um aspecto tradicional, ou seja, em outra realidade em modo presencial. No entanto o surgimento da internet possibilitou interação em tempo real, além de instantâneo acesso a diversas informações e vale dizer que o mesmo disponibilizou audiências realizadas pela web, no entanto, passou a ocorrer crimes cibernéticos e fraudes eletrônicas. Uma nova realidade foi criada a partir da internet, e o Direito infelizmente não conseguiu acompanhar a velocidade do mundo Digital. Como é impossível prever e regulamentar todas as condutas dentro do mundo virtual é necessário a aplicação do princípio da subsidiariedade.

A aplicação do mesmo ocorre quando se tem omissão, isso significa dizer que as normas tradicionais só podem ser aplicadas nas relações digitais se elas não possuírem previsão legal. É necessário, ainda, que o princípio da subsidiariedade não seja incompatível com os outros princípios ou leis que são vigentes a respeito do tema.

### 2.1.2 Transformações dentro do Direito Digital

Desde a década de 1990 ocorrem diversas mudanças, a utilização da internet não era permitida dentro das universidades, porém, hodiernamente a internet passou a ser permitida dentro do âmbito universitário, além dos campos de pesquisa, praticamente todas as pessoas passaram a ter internet dentro de seus ambientes domésticos.

Com o avanço tecnológico é possível ter acesso a internet com um simples clique, precisando apenas de um aparelho com acesso a ela, é possível realizar diversas atividades como: ligação por vídeo, ligação por voz, mensagens, webconferências, audiências digitais, dentre outras atividades. Diante de todas essas mudanças o Direito necessitou de uma aceleração para conseguir se adaptar, sendo assim, regulando as relações sociais como um todo no meio eletrônico.

Para conseguir se adaptar, surge o Direito Digital que é o resultado da relação entre a Ciência da Computação e Ciência do Direito, empregando novas tecnologias. Em si o Direito Digital é um conjunto de normas, relações jurídicas, conhecimentos e aplicações, oriundo do mundo Digital. (PINHEIRO, 2021, p. 9-10).

A tecnologia avançou e isso permitiu à internet na ponta dos dedos, através de um aparelho celular com acesso a mesma que oferece ligações, contratos digitais mensagem, dentre outros. O

Direito passou a lidar com diversas situações do cotidiano que passaram a tomar o Poder Judiciário. O Direito Digital é uma evolução do próprio Direito, pois, abrange todos os princípios fundamentais, utilizando e percorrendo todas as áreas dentro do Direito como: Direito Civil, Direito penal, Direito autoral, Direito internacional e Direito tributário.

Dentro do âmbito de informações instantâneas, aplicativos e redes sociais acabam se tornando profissionais do Direito, pois, serão responsáveis por garantir a defesa dos direitos fundamentais e constitucionais como o Direito à privacidade, Direito de imagem, acordos e contratos virtuais, dentre outros diversos. Diante de todas as transformações dentro do mundo digital, percebe-se que o Brasil, ainda não possui um tribunal específico que julgue delitos dentro dessa área.

De acordo com Pinheiro (2021), o Direito Digital, não é algo atual, é sim um produto derivado da legislação atual, uma escolha às mudanças da sociedade, uma maneira de a legislação não se tornar obsoleta: mas não se pode achar que o Direito Digital é novo, pois, ele possui a sua guarida, na maioria dos princípios do Direito atual, além de ser uma evolução da legislação em vigor. Qualquer Lei a respeito de novos institutos ou situações jurídicas deve ser genérica o suficiente para continuar tendo eficácia no tempo atual, além de ser flexível para atender todas as situações que podem ocorrer dentro de um único assunto, a velocidade das transformações acaba se tornando uma grande barreira da legislação acerca do Direito Digital.

É visível que a obsolescência das leis sempre foram pautas de discussões no meio jurídico. O Direito Digital no Brasil é caracterizado por duas vertentes: interpretativa e legislativa. A legislativa possui a finalidade da criação de leis que regulamentem as condutas no mundo digital afim de novos tipos penais no ambiente virtual e a interpretativa que se referem a aplicações de leis no ambiente digital, seja por sua presença na sociedade, ou seja, pela importância teórica, o que acaba desencadeando urgência na aplicação.

Existem diversos fundamentos e normas jurídicas que asseguram ao Direito Digital suporte teórico e científico, além de ser um objeto de estudo e diálogo constante. Diante disso, a evolução legislativa se mostra lenta, em muitas ocasiões, até mesmo insuficiente. Esse problema legislativo, não é novidade, uma vez que a obsolescência das leis sempre foram fatores de discussões dentro do meio jurídico.

A principal Lei do Brasil em relação ao âmbito civil é o Marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014) que regulamenta o uso da web no Brasil. O Marco Civil da Internet traz princípios e garantias para as pessoas que se relacionam dentro do mundo virtual, seja usuário, governo, empresa ou setor privado. Além disso, tem a Lei nº 12.737/2012) que estabelece que as condutas de ordem criminal que surgiram com a tecnologia sejam consideradas crimes, exemplos dessa conduta são: invasão de dispositivos alheios, interrupção dos serviços eletrônicos ou internet e divulgações de fotos ou vídeos sensuais sem o consentimento da pessoa.

Com o que foi dito, percebe-se que o operador de Direito deve aceitar e estar preparado para a tecnologia e o mundo cibernético, estando atento a todas as ferramentas que podem ser

utilizadas no âmbito pessoal, pois, as mesmas chegam ao judiciário exigindo um estudo constante dos fatos e amparos jurídicos que envolvem o mundo virtual.

## 2.2 CRIMES CIBERNÉTICOS

Os inícios dos crimes cibernéticos se dão ao surgimento dos computadores, com o advento da internet. O primeiro computador recebeu o nome de ENIAC, que veio da abreviação Electronic Numerical Integrator and Computer, traduzido como Computador Integrador Numérico Eletrônico, esse foi o primeiro computador digital com fabricação eletrônica.

O ENIAC passou a funcionar em fevereiro de 1946, os cientistas John Mauchly e John Eckert foram os precursores do mesmo. Em si os crimes cibernéticos passaram a acontecer devido a liberação da internet para a população, que de início foi desenvolvida para uso militar. Outro fato que ocasionou o surgimento de cibercrimes foi o aumento do uso da internet. Apesar de ter sido desenvolvida na década de 60, em 1992 o cientista Tim Berners criou o World Wide Web popularmente conhecido como "www", dessa maneira, iniciando o processo de evolução da internet.

De acordo com Aras (2021), os cibercrimes têm como característica a utilização da internet como um meio de atos criminosos com diversas formas. Em 1970 no início da computação, os crimes cibernéticos eram relacionados a roubo de informação. No entanto, a popularização da internet, causou o aumento de crimes com diferentes formas, mas, surgem também leis que protegem os usuários do mundo Digital.

Hodiernamente em nível mundial os crimes cibernéticos são os que mais têm crescido e eles tendem a continuar crescendo, devido ao acesso a informação instantânea oferecida pela internet. Pode-se afirmar que praticamente todos os ambientes podem ser alvo de ataques cibernéticos, pois, no Mundo Contemporâneo, todos os indivíduos estão conectados à internet.

A cada dia que passa a sociedade está mais conectada à internet, com relação a IoT a ABINC fala que:

O tema IoT continua crescendo e é cada vez mais relevante. No Brasil, para 42% das empresas analisadas, o tema é de alta importância e a previsão é de que, nos próximos três a cinco anos, cresça para 76%. Nos demais países, a previsão de evolução é de 43% para 73%. Hoje, times diversos conduzem a IoT nas empresas. No Brasil, em 26% das companhias, as iniciativas ficam sob responsabilidade de times multidisciplinares. • 35% das empresas brasileiras e 24% das latino-americanas contam com alguma iniciativa de IoT. Dentre os principais benefícios da adoção da IoT estão: redução de custos, agilidade e eficiência operacional (2020, p. 1)

Acerca da utilização da internet a ABINC diz que:

Conforme pesquisa de domicílios, 126,9 milhões de brasileiros usaram a internet regularmente em 2018. Nas regiões urbanas, a conexão à internet

equivale a 74% da população. Tem-se ainda que 49% da população rural diz ter tido acesso à internet em 2018. Nas classes D e E, ou seja, na camada mais pobre do Brasil, 48% respondeu que usa a internet. Acrescenta-se ainda que 48% adquiriram ou usaram algum tipo de serviço on-line em 2018.

Analisando esses números é possível observar que a internet começou a ser utilizadas por muitas pessoas, o que ocasionou o acontecimento de cibercrimes, que geralmente acontece com pessoas que são menos precavidas à segurança cibernética.

Com o surgimento do espaço cibernético, passa a existir novos criminosos, conhecidos como: cibercriminosos. Há uma nova maneira de cometer crime, sem o aparecimento do indivíduo no local. Segundo Levy (2019) o ciberespaço é uma inteligência coletiva bastante mutável, onde ocorre a troca de conhecimento e convívio além de relacionamento de pessoas em redes virtuais:

O espaço cibernético é um terreno onde está funcionando a humanidade. É um novo espaço de interação humana que já tem uma importância enorme, sobretudo nos planos econômico e científico e, certamente, essa importância vai ampliar-se e vai estender-se a vários outros campos, como na pedagogia, estética, arte e política. O espaço cibernético é a instauração de uma rede de todas as memórias informatizadas e de todos os computadores. Atualmente, temos cada vez mais conservados, sob forma numérica e registrados na memória do computador, textos, imagens e músicas produzidos por computador. Então, a esfera da comunicação e da informação está se transformando numa esfera informatizada. O interesse é pensar qual o significado cultural. Com o espaço cibernético, temos uma ferramenta de comunicação muito diferente da mídia clássica, porque é nesse espaço que todas as mensagens se tornam interativa, ganham uma plasticidade e têm uma possibilidade de metamorfose imediata [...]. No interior do espaço cibernético, encontramos uma variedade de ferramentas, de dispositivos, de tecnologias intelectuais. Por exemplo, um aspecto que se desenvolve cada vez mais, no momento, é a inteligência artificial. Há também os hipertextos, a multimídia interativa, simulações, mundos virtuais, dispositivos (LEVY, 2019, p. 1).

O cibercrime possui o objetivo de fraudar a segurança dos computadores, smartphones ou até mesmo redes governamentais. De acordo com Colli (2010), essa ação pode ser realizada de diversas maneiras. Sendo assim, o computador é uma peça fundamental para o acontecimento de cibercrimes, conforme Brasil (2016, p. 1):

Um computador pode possuir três papéis bem distintos (entretanto, não mutuamente exclusivos) no cenário de um crime:

1. pode ser o alvo direto do criminoso;

2. pode ser o instrumento fundamental para efetivação do ato criminoso;
3. pode ser um valioso repositório de evidências para a investigação.

É de suma importância o conhecimento acerca de todas as áreas profissionais e principais ferramentas utilizadas no meio dos crimes cibernéticos. Dessa forma, é possível identificar o verdadeiro crime que está acontecendo, além de gerar diversos relatórios para a perícia cada vez mais precisos e técnicos. Há uma grande existência de termos relacionados aos cibercrimes de acordo com Neto (2009, p. 13) como:

*Cracker* – são aqueles que têm conhecimento em informática e a utiliza para quebrar sistemas de segurança, de forma ilegal ou sem ética, para furtar informações sigilosas, em proveito próprio ou de outrem. Esse tem os mesmos conhecimentos do hacker, porém os utiliza para cometer crimes, destruir sistemas, em proveito próprio ou de outrem.

*Preaker* – são aqueles que burlam os meios de comunicação telefônica, para uso próprio sem o pagamento devido, instalam escutas para facilitar o acesso externo, visando o ataque a sistemas.

*Lammer* – em inglês quer dizer otário; ele possui algum conhecimento de informática e quer se tornar um *hacker*, e fica invadindo e perturbando os *sites*. É o iniciante.

*Oracker* – são os que acham que sabe, mas não sabem. São os "*hackers* de araque".

*Guru* – são os considerados mestres dos hackers, têm grande domínio sobre diversos tipos de sistemas.

*Hacker* - é aquele que tem conhecimento profundo de sistemas operacionais e linguagens de programação e o utiliza para invadir sistemas pelo prazer de provar a si mesmo que é capaz, sem causar danos a outrem. Não é criminoso.

Vale dizer que como outros crimes, os crimes cibernéticos possuem variadas tipologias. Uma das melhores tipologias foi apresentada por Sampaio e Lima (2016, p. 1) que descreve acerca de três tipos de crimes cibernéticos: o misto, o puro e o comum, os mistos são os praticados via internet, os puros são as condutas ilícitas que competem a parte virtual ou física do computador, e os comuns que usam a internet como um instrumento qualquer. Essas classificações básicas estão relacionadas ao cometimento de crimes virtuais.

Os principais exemplos de crimes virtuais são:

a) Roubo e uso de identidade e perfis falsos com intuito malicioso (falsidade ideológica): é um crime mais comum na internet, e os piratas virtuais driblam os usuários para obter informações pessoais, no principal objetivo de cometer golpes financeiros.

b) Ameaça: a internet é o principal meio de propagação de ameaças a um indivíduo. É muito comum os mesmos serem realizados por e-mails, posts, ou apps de relacionamento.

c) Crimes contra a honra (difamação, injúria, calúnia): é um campo fértil de crime cibernético, principalmente dentro de apps de relacionamento. Tem relação com a divulgação de informações falsas que prejudicam a reputação da vítima, ou de calúnia.

d) Discriminação: hodiernamente, o crime de discriminação virtual vem crescendo cada vez mais, novamente por causa dos aplicativos de relacionamento, onde se tem a divulgação de informações relacionadas a preconceito de cor, sexo, raça, gênero, religião e etnia.

e) Distribuição de pornografia: A distribuição de pornografia ou nudes é um dos crimes que mais tem crescidos nos meios virtuais. Os mesmos são vazados sem o consentimento da vítima.

f) Pedofilia: Pessoas adultas usam do meio virtual para se encontrar com menores de idade, que acabam sendo sequestrados.

g) Crimes virtuais contra mulheres: as mulheres sofrem muitos ataques no mundo virtual, que vão desde a distribuição de fotos e vídeos, principalmente íntimos, até ofensas, perseguição, assédio e difamação.

h) Apologia ao crime: é um crime muito comum no mundo virtual, onde o criminoso cibernético através de páginas e perfis na internet, que tentam estimular pessoas a praticar crimes diversos como pedofilia, racismo, furto, dentre diversos outros.

i) Estelionato: Golpes realizados na internet, por lojas virtuais ou pessoas físicas, que possuem relação com serviço ou venda de um determinado produto.

### 2.3 ESTELIONATO VIRTUAL

O termo estelionato é compreendido como uma conduta típica de criminosos que tentam induzir a vítima ou mantê-la em algum tipo de erro, utilizando da fraude para alcançar o seu intuito, querendo obter vantagem ilícita para si ou para alguém. O art. 171 do Código Penal entendi o estelionato como:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: pena – Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. 5



A diferença do estelionato dos outros crimes patrimônios é que no estelionato não se utiliza a força para obter essa “vantagem”. Estefam (2019) utiliza de meios fraudulentos, essa atitude é conhecida na sociedade há muitos anos, Greco cita que:

Desde que surgiram as relações sociais, o homem se vale da fraude para dissimular seus verdadeiros sentimentos e intenções para, de alguma forma, ocultar ou falsear a verdade, a fim de obter vantagens que, em tese, lhe seriam indevidas (2019, p. 228).

Vale ressaltar que o indivíduo ativo não precisa de diversas qualidades para realizar a ação ilícita, sendo assim, este ato pode ser cometido por qualquer pessoa. Em relação ao indivíduo passivo, Estefam discorre ainda que:

Sujeito passivo é o titular do patrimônio lesado e aquele que foi enganado, que podem não ser a mesma pessoa. É preciso haver vítima determinada (ou determinado grupo de pessoas); caso contrário poderá configurar-se o crime contra a economia popular (2019, p. 236).

Vale dizer que quando o indivíduo passivo do crime tiver a idade de 60 anos ou superior, a pena do crime é aplicada em dobro tendo em vista o § 4º do art. 171 do Código Penal.

Para se falar de estelionato é necessário um conhecimento acerca de fraude, a mesma possui duas distinções, porém elas ainda continuam sendo compreendidas como fraude, sendo o ardil e o artifício, De acordo com Luca, “o artifício é manifestado através de palavras, atos ou gestos, ser ostensivo ou tácito, implícito ou explícito, um fruto de omissão ou ação” (2021, p. 128).

Diferente do material artifício, o ardil tem um aspecto voltado inteiramente ao intelecto, onde aborda a parte psíquica do agente, o mesmo possui habilidades racionais e emocionais e as utiliza para causar algum tipo de comoção ou desorientação na vítima com o intuito de obter a vantagem desejada. Greco ressalta que fraudar a vítima é quando o autor induz a mesma ao erro, causando nela uma ilusão, algo incoerente do mundo real. O estelionatário causa uma diminuição no patrimônio da vítima, aumentando o seu próprio patrimônio.

Como dito anteriormente, no estelionato, o agente induz algum indivíduo a um erro para obter uma vantagem patrimonial ilícita. O que não é diferente do estelionato virtual, no entanto, para se executar os métodos são mais preparados e amplos, o que possibilita diversas possibilidades para o estelionatário realizar seu ato.

O estelionato virtual, muitas das vezes é cometido por pessoas que possuem um grande conhecimento na área da informática. Quando o agente atua através do seu meio eletrônico, ele dificulta mais a percepção da vítima, então a mesma nem se dá conta de que está sendo enganada. Por conta disso, o estelionato virtual vem crescendo cada vez mais.

Os estelionatos virtuais ocorrem através de e-mails, sites falsos, ou mensagens. É muito comum que durante uma grande movimentação dos comércios, consumidores busquem em meios virtuais uma maneira de adquirir os bens desejados, de uma maneira mais acessível com preços

mais baixos, dificilmente os mesmos percebem que estão caindo em alguma fraude. O phishing é umas das maneiras mais comuns onde às pessoas caem em golpes, o mesmo é caracterizado por falsos pretextos como e-mails ou sites com o intuito de obter dados da vítima.

Como citado anteriormente os termos *hacker* e *cracker*, são nomenclaturas dadas aos indivíduos que possuem um exacerbado conhecimento tecnológico, possuindo mais habilidades que pessoas com uma noção comum do mundo digital.

O nome hacker é usado para conceituar indivíduos que utilizam das suas habilidades para seu próprio benefício, alterando redes, programas, mercados ou até mesmas empresas. É muito comum que os mesmos tentem invadir outros sistemas apenas com o objetivo de testar a sua fragilidade. O cracker possui um diversificado conhecimento tecnológico, mas, ele não utiliza suas habilidades para realizar atividades legais e sim para: invadir sistemas ou burlar sites, para conseguir informações de pessoas, com o intuito de vender essas informações.

No Art. 171 do Código Penal, o estelionato possui a pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa. Diante disso, o crime admite suspensão condicional no processo de acordo com o art. 89, § 1<sup>a</sup>, da Lei dos Juizados Especiais - Lei n. 9099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Dessa maneira, se for conveniente para o Ministério Público, irá acontecer a aplicação da suspensão condicional no processo, o que possibilita, que o agente não cumpra a pena em regime fechado. De acordo com Biasoli:

O réu sendo condenado no crime de estelionato terá a fixação da pena aplicada pelo Juiz, por meio da dosimetria da pena, disciplinado no artigo 68 do Código Penal, tratando-se de um sistema trifásico, sendo observado, primeiramente os critérios do artigo 59 deste dispositivo legal, seguido das considerações quanto às circunstâncias atenuantes e agravantes, e por último as causas de diminuição e de aumento da pena (2021, p. 876).

Entende-se que se a pena do juiz for de um ano, o criminoso pode ter a sua pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, e se a mesma ficar entre 1 e não passar de 4 anos, o condenado cumprirá a pena privativa em regime semiaberto, o que possibilita que o mesmo tenha uma progressão de regime assim que cumprir um sexto da pena.

Hodiernamente, a uma grande facilidade para adquirir produtos, o consumidor não possui mais a necessidade de se deslocar até o fornecedor, a compra virtual vindo crescendo cada vez

mais, o que ocasiona um aumento dos crimes cibernéticos. Porém, há uma ausência de tipo penal em relação as condutas praticadas no mundo virtual, a insegurança jurídica abala a sociedade e dia após dia há um aumento nos índices criminais desse tipo.

Nesse contexto, Chaves e Teixeira destacam que:

Com a investigação correta é possível localizar e punir os criminosos que causaram prejuízo a essa nova espécie de consumidores. Todavia, no mesmo ritmo que a internet evolui, os fraudadores também se renovam com novas modalidades de golpes, alguns tão específicos que são até difíceis de definir qual a punição correta a ser aplicada (2019, p. 119).

Analisando o grande avanço tecnológico, os atos criminosos inovaram seus meios para obter vantagens ilícitas, sendo a internet uma ferramenta perfeita para atingir o maior número de pessoas sem a necessidade de um grande esforço, devido à ingenuidade e falta de conhecimento pela parte dos usuários.

### 3 CONCLUSÃO

Com a utilização da internet em alta e cada vez crescendo mais é bastante perceptível que alguns atos criminosos vão cada vez mais se adaptando e se especializando para a realização do mesmo. Como apresentado ao longo da pesquisa é necessário que o Código penal aja com a maior severidade. Devido à demora ou falta do Estado em relação à disponibilização de forças policiais para combater os crimes cibernéticos, esses atos acabam se tornando bastante comuns. Pelo simples fato dos agentes não temerem a legislação, por isso, operam livremente e conseguem que mais pessoas se tornem vítimas dessas ações.

Dessa maneira é preciso que haja uma modificação no Código Penal do Brasil, para que os crimes de Estelionato virtual tenham um grande aumento em sua pena, afim de que as condutas realizadas pelos criminosos tenham uma punição adequada, de acordo com a gravidade dos seus próprios atos. Conclui-se, que o operador do Direito deve estar preparado para tudo que foi abordado neste trabalho, pois o mundo cibernético já é uma realidade. Além disso, o mesmo deve estar atento às ferramentas que podem ser utilizados no âmbito pessoal, mas que chega ao Judiciário, exigindo um estudo constante dos fatos e o amparo jurídico que envolve a tecnologia em geral.

### REFERÊNCIAS

ABINC (Associação Brasileira de Internet das Coisas). **IoT passará a ser relevante para 76% das empresas no Brasil nos próximos anos, aponta pesquisa da Logicalis**. 2020. Disponível em: <<https://abinc.org.br>>. Acesso em: 6.abr.2022.

ARAS, V. **Crimes de informática**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2250/crimes-de-informatica>. Acesso em: 6.set.2022.

BIASOLI, Luiz Carlos De Sales. **Da necessidade de tipificação do crime de estelionato praticado na internet**. 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 01.set.2022.

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais** – Lei 9099/95. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 08.set.2022.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.737**, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08.set.2022.

\_\_\_\_\_. **Código penal**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de atuação: crimes cibernéticos**. 3. ed. Brasília: MPF, 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08.set.2022.

CHAVES, Fábio Barbosa; TEIXEIRA, Filipe Silva. **Os crimes de fraude e estelionato cibernético e a proteção do consumidor no e-commerce**. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 01.set.2022.

COLLI, M. **Cibercrimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte especial**. v. II. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. III. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. III. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2010, p. 228.

LUCA, Caio de. Estelionato: **Considerações acerca do artigo 171 do Código Penal**. 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 09.set.2022.

LÉVY, P. **A emergência do cyberspace e as mutações culturais**. 2019. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 05.set.2022.

NETO, Lindolfo Pires. **Crimes cibernéticos: necessidade de uma legislação específica no Brasil**. [Monografia]. João Pessoa: FESP, 2009

PAIVA, M.A.L. de. **Primeiras linhas em direito eletrônico**. 2020. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3575>>. Acesso em: 01.set.2022.

PINHEIRO, P. P. **Direito Digital**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

## MULTIPARENTALIDADE E DECISÃO JUDICIAL: A TROCA DE BEBÊS NAS MATERNIDADES DO BRASIL

**ELVIRA ARAUJO DOS SANTOS:**  
graduanda do Curso de Direito do  
Centro Universitário Santo Agostinho  
– UNIFSA.

ANA LETÍCIA ANARELLI ROSATI LEONEL<sup>17</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo tem como escopo abarcar as decisões judiciais acerca do instituto da multiparentalidade, haja vista ser um novo conceito de família estabelecido pelo Código Civil após o advento da Constituição Federal, que modernizou o direito brasileiro com a figura da entidade familiar. O objetivo geral pretende demonstrar as medidas adotadas pelo Poder Judiciário para definir a guarda em casos de bebês trocados na maternidade, de forma a surgir o instituto da multiparentalidade. Quanto ao tipo de estudo abordado tem-se a pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, com o método de abordagem do tipo dedutivo. Ao longo dos capítulos foi demonstrado como se deu o início a inserção de um instituto da multiparentalidade que define mais que estado de filiação, nele está agregado um modelo familiar constituído através do vínculo socioafetivo entre parentes não consanguíneos, tendo em vista que o conceito de multiparentalidade define que em uma família pode existir mais de um pai ou mais de uma mãe. Há uma grande carência na abordagem da temática de famílias que tiveram seus bebês trocados na maternidade, mesmo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no tema 622 estabelecendo juridicamente o vínculo familiar socioafetivo. Ao longo do estudo é perceptível que judiciário sente dificuldades em estabelecer decisões equitativas para amparar as famílias de bebês trocados nas maternidades brasileiras.

**Palavras-chave:** (bebês trocados, guarda compartilhada, multiparentalidade).

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo abarcar as decisões judiciais acerca do instituto da multiparentalidade, haja vista ser um novo conceito de família estabelecido pelo Código Civil após o advento da Constituição Federal, que modernizou o direito brasileiro com a figura da entidade familiar. Diante disso, para fim de delimitação dessa temática, vão ser analisadas as decisões judiciais sobre multiparentalidade, nos casos de bebês trocados nas maternidades do Brasil.

Destarte, o problema de pesquisa implica em quais embasamentos estabelecidos pelo Poder Judiciário para reconhecimento do instituto da multiparentalidade no Brasil? E qual o amparo respaldado às famílias que sofreram com casos de bebês trocados na maternidade?

---

<sup>17</sup> Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Doutora em Direito pela Universidade do Vale Rio dos Sinos – UNISINOS.

Quanto à tipologia de estudo apresentada é pesquisa bibliográfica do tipo narrativa, com o método de abordagem do tipo dedutivo, e o desenvolvimento da pesquisa tem como base a revisão de bibliografia relacionada ao direito de família, em atenção ao instituto da multiparentalidade, visto que o Código Civil em consonância com a Constituição Federal estabeleceram no ordenamento jurídico um novo conceito familiar.

Com o propósito de identificar os meios que o Poder Judiciário garante para proteger o vínculo afetivo das famílias, bem como demonstrar a ausência de disciplinaridade doutrinária diante dos casos de bebês trocados nas maternidades do Brasil e, dessa maneira fazer uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da parentalidade socioafetiva.

Tem-se que a justificativa do presente trabalho está pautada na incidência de bebês trocados nas maternidades do nosso País, sendo infelizmente uma realidade recorrente que de acordo com o projeto de lei do deputado Célio Silveira aproximadamente 800 crianças são trocadas nos hospitais brasileiros, impactando os vínculos afetivos compartilhados entre essas famílias e seus filhos, trazendo a tona o instituto da multiparentalidade.

Dessa forma, como objetivo geral o presente estudo pretende demonstrar as medidas adotadas pelo Poder Judiciário para definir a guarda em casos de bebês trocados na maternidade, de forma a surgir o instituto da multiparentalidade.

Partindo desse pressuposto, é necessário inicialmente demonstrar como se deu o início a inserção de mais um instituto que define mais que estado de filiação, nele está agregado um modelo familiar constituído através de vínculo sócioafetivo entre parentes não consanguíneos, tendo em vista o conceito de multiparentalidade definir que em uma família pode existir mais de um pai ou mais de uma mãe.

Ademais, torna-se fundamental esclarecer os direitos garantidos as crianças e adolescentes no ordenamento jurídico, primeiramente pela promulgação da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, posteriormente pela Constituição Federal de 1998 que ratificou o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar que a criança, o adolescente e o jovem tenham seus direitos fundamentais assegurados com prioridade absoluta.

Não obstante, o Código Civil conta com teorias para conferir personalidade ao nascituro desde a sua concepção com isso, é possível evidenciar a responsabilidade jurídica acerca dos casos de crianças trocadas na maternidade, visto que ordenamento jurídico estabelece responsabilização na esfera civil e penal.

Há uma grande carência na abordagem da temática de famílias que tiveram seus bebês trocados na maternidade, mesmo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no tema 622 estabelecendo juridicamente o vínculo familiar socioafetivo.



Por fim, serão analisadas decisões judiciais proferidas nos judiciários brasileiros acerca da multiparentalidade em casos de bebês foram trocados na maternidade, e como ficou estabelecida a guarda no decorrer da descoberta.

## **2 A ORIGEM DO INSTITUTO DA MULTIPARENTALIDADE**

Para Lima (2016), "o Código Civil de 1916, disciplinava um modelo de família baseada no casamento, logo para constituir uma família era preciso ser casado, não havia outra família além do casamento". No Código Civil vigente, a família ganhou um novo conceito, baseado em garantias e preceitos constitucionais deixando de ser matrimonial, e tornando-se múltipla e plural. Contudo, é necessário percorrer entre as relações de parentesco para evidenciar como se deu a origem da multiparentalidade no ordenamento jurídico.

As mudanças do modelo de família adotado pelo Código Civil de 1916 ocorreram com a promulgação da Constituição de 1988, que aderiu ao ordenamento jurídico diversos direitos e garantias fundamentais ausentes, visando manter íntegro o princípio basilar constitucional, o da dignidade da pessoa humana. Partindo desse pressuposto a Carta Magna concedeu um novo conceito de família, trazendo à tona a figura da "entidade familiar", vejamos o que aduz o artigo 226, da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

É válido ressaltar, o princípio da função social da família conduzido pela CF/88 em que diz respeito ao seu caráter eudemonista, o que significa dizer guardar o ambiente para realizar os projetos de vida e bem-estar de seus membros, respeitando as dimensões da existência de cada pessoa. A partir da promulgação do Código Civil de 2002 exsurge o reconhecimento da filiação socioafetiva, visto que a paternidade ou maternidade não mantinha vínculo apenas biológico, fora atribuído o vínculo sócioafetivo a fim de determinar a posse de estado de filho.

Segundo Cassettari (2015, ed. 2, p. 244), “as parentalidades socioafetiva e biológica são diferentes, pois ambas têm uma origem diferente de parentesco. Enquanto a socioafetiva tem origem no afeto, a biológica se origina no vínculo sanguíneo”. De forma a esclarecer, o vínculo afetivo não deverá sobressair ao vínculo sanguíneo e nem ao contrário, daí encontra-se a capacidade de estabelecer a isonomia entre os filhos conforme é tutelado pelo artigo 227, § 6º, da Constituição Federal “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1998).

Resta salientar, o então artigo 1.593 do Código Civil ratifica a filiação socioafetiva “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002). Por sua vez o legislador frisou que não haverá qualquer distinção de um filho para o outro, assim como determina que não necessariamente a definição de parentesco vá se exaurir em um pai e uma mãe, por reflexos no vínculo socioafetivo. Dessa forma, a doutrina e o judiciário ampliaram a visão das relações familiares, como é o caso do instituto da “multiparentalidade”, cuja parentalidade é de mais de um pai ou mãe, no entanto é preciso saber como a disciplina jurídica tem feito às adaptações através dessas diversas peculiaridades do cotidiano.

Em conceito doutrinário, o instituto da multiparentalidade é definido como uma família que possui mais de um pai ou mais de uma mãe, esses casos ocorrem como, por exemplo, na adoção, em que uma determinada família ou uma única pessoa decide a partir da adoção, criar um vínculo afetivo na criação e desenvolvimento de uma criança ou adolescente, não existe, portanto vínculo biológico. Outros momentos oportunos para destacar este instituto, é a reprodução assistida, ou até mesmo a constituição de um novo elo conjugal. Diante disso, é possível o reconhecimento de múltiplos pais, uma vez identificada a multiparentalidade, e a existência de diversos vínculos entre pais e filhos deve ser reconhecida (DIAS, 2015).

No que tange amoldar o caso concreto ao âmbito jurídico, foi vista a necessidade de tutelar essas famílias na criação de mais um instituto familiar, a “multiparentalidade”, que fora reconhecida pelo Superior Tribunal Federal, em sede da repercussão geral 622. Nesse sentido, advém a multiparentalidade agregando às famílias novas possibilidades de união, pois o principal elo agregado através do instituto é o afetivo. Conforme as variações e pluralidades de famílias

existentes no país, a doutrina brasileira em específico o Código Civil, disciplina as características e particularidades de cada instituto familiar presentes no nosso ordenamento jurídico.

## 2.1 Os efeitos da multiparentalidade no Direito Brasileiro

Segundo o IBDFAM (2013), a multiparentalidade tende a gerar efeitos jurídicos, visto que este instituto agrega critério jurídico biológico, como também socioafetivo. Nesse mesmo sentido corrobora a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual foi considerada um *leading case* julgado no ano 2016, à decisão determinou que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016).

Acerca dos efeitos que emana o instituto da multiparentalidade no campo do Direito de Família, a *priori* destaca-se a sucessão, a partir do momento em que houve o reconhecimento do estado de filho mesmo através de vínculo afetivo, foram adquiridos os vínculos alimentares e sucessórios. De acordo com o Enunciado 632, da VIII Jornada de Direito Civil, o princípio da igualdade de filiação sustenta que em famílias multiparentais admite-se a dupla-herança, ou seja, é a cumulação de uma filiação socioafetiva com a biológica.

Em seguida, o parentesco e o registro civil na multiparentalidade são estabelecidos em relação aos pais socioafetivos, como também aos pais biológicos, estendendo-se aos parentes destes em linha reta e colateral até os de quarto grau, de forma a viabilizar o reconhecimento do nome das famílias e seus subsequentes efeitos. Para DIAS (2021), os vínculos extramatrimoniais em consonância com a filiação socioafetiva ganharam um espaço no âmbito jurídico, tornando-se um novo referencial pautado mais no afeto, do que pela verdade registral ou biológica, razão esta que levou o legislador a admitir ao enteado agregar o sobrenome do padrasto ou da madrasta em seu sobrenome, é o que reza o artigo 57, § 8º da Lei nº 6.015/73.

Não obstante, o CNJ estabeleceu na seção III do Provimento 63/2017, o direito ao nome do parentesco socioafetivo em registro nos Cartórios brasileiros. Trazendo a tona um caso do cotidiano, a *influencer* Suzanna Freitas, que é filha biológica dos cantores Kelly Key e Latino, após a separação do casal a cantora Kelly Key constituiu um novo casamento com o “dançarino” Mico Freitas, o qual acabou criando um vínculo afetivo com Suzanna desde que ela era menor de idade, em razão disso a *influencer* decidiu acrescentar o nome do seu padrasto na sua certidão de nascimento, diante disso, houve questionamentos há época se esse trâmite era possível, ou se Suzanna Freitas teria retirado da sua certidão o nome do pai biológico, muito pelo contrário, ela manteve o nome dos dois pais e possui um vínculo afetivo com um e biológico com o outro, constituindo a multiparentalidade.

Na sequência para efeitos de prestação de alimentos, deve ser observado os trinômios da necessidade, possibilidade e proporcionalidade dessa prestação. A luz do artigo 1.696 do Código Civil, a prestação de alimentos deve ser recíproca entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, é a forma jurídica que o Direito demonstra o dever dos filhos amparar os pais na velhice, da mesma forma que os pais devem prestar assistência aos filhos menores, é o que ampara também o artigo 229 da Constituição Federal. O impacto no instituto da multiparentalidade é no

sentido da dupla paternidade, pois essa prestação alimentícia vai ser estendida em relação aos múltiplos pais em prol do filho, na medida das suas possibilidades para atender o alimentando, igualmente o filho maior que tenha múltiplos pais, a ele recai o dever de prestar os alimentos (LIMA, *et al*, CAVALCANTI).

Para DAMIAN (2021), há divergências quanto à possibilidade de herdeiros multiparentais receberem a herança quando ocorre reconhecimento *post mortem* dos laços afetivos. Ocorre que independente da origem do vínculo familiar na multiparentalidade o filho vai ser herdeiro necessário, tanto do pai biológico quanto do socioafetivo, pois há uma garantia tutelada pelo princípio da igualdade entre os filhos, e o reconhecimento da sucessão vai acontecer de acordo com a ordem hereditária disciplinada desde o artigo 1.829 ao 1.847 do Código Civil.

Por fim, em relação aos efeitos da guarda, os princípios norteadores são o do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da afetividade, que estabelecem o direito de guarda e visitação na relação multiparental, onde a criança ou adolescente deve conviver com aquele genitor com qual ele tem um vínculo biológico ou socioafetivo, em uma relação harmoniosa, em que pode ser estabelecida a guarda unilateral ou conjunta (POVOAS, 2012 *apud* DAMIAN, 2021).

### **3 O DEVER DE TUTELA DO ESTADO ÀS PARTURIENTES E NEONATOS NOS MOLDES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Para Maciel (2022), “no intuito de regular e implementar as normas constitucionais, foi promulgada a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, um microsistema aberto de regras e princípios baseado em três pilares fundamentais em que disciplina, a criança e o adolescente como sujeitos de direito, em meio a isso está, portanto, sujeito a legislação especial e protetiva, e a proteção de seus direitos fundamentais tem prioridade absoluta”. No que se refere às crianças e adolescentes, os legisladores elencaram na Constituição Federal entre os direitos fundamentais aqueles que são essenciais para a formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, vejamos o que aduz artigo 227, da supramencionada legislação, *ipsis litteris*:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (BRASIL, 1998)

Nota-se que às crianças e os adolescentes são dotados de direitos no ordenamento jurídico, entretanto para se falar da tutela jurídica do ECA aos neonatos e parturientes, é necessário evocar os direitos da personalidade conferido ao nascituro. O direito civil brasileiro conferiu no seu artigo 2º quando se inicia o direito da personalidade, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Após

muito se discutir acerca dessa temática a doutrina brasileira adotou teorias com a finalidade de defender seu posicionamento.

O posicionamento doutrinário tem como escopo as teorias natalista e concepcionista, sendo que a primeira defende que a aquisição da personalidade começa do nascimento com vida, concluindo que o nascituro não é uma pessoa e só tem expectativas diante da lei. Já a segunda teoria define que o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, e desde então é considerado pessoa. "A doutrina brasileira adota como base a teoria natalista, muito embora vigore na jurisprudência do nosso país a teoria concepcionista" (GAGLIANO, 2021). Partindo desse pressuposto, o Estatuto da Criança e do adolescente foi sancionado a fim de determinar que às crianças e adolescentes gozam dos mesmos direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, mais precisamente é o que define o artigo 3º da supracitada legislação, *ipsis litteris*:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 2009)

Diante disso, a Carta Magna confere ao Poder Público a regulamentação, fiscalização e controle da saúde por se tratar de um direito intrínseco a toda sociedade. "O Sistema Único de Saúde (SUS) é o órgão responsável para atendimento integral e prioritário com atividades preventivas e de participação da comunidade, atendendo as premissas do artigo 198, da CF" (MACIEL, 2022), no que determina o ECA em seus artigos 7º e 8º:

Art.7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016). (BRASIL, 1990)

Os artigos corroboram com as garantias atribuídas pela Constituição Federal, além disso, visa o bem-estar desde a vida intrauterina através de políticas públicas aplicadas a saúde das gestantes, ofertando um atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral, tendo o direito à vida como um direito fundamental o tratamento dado pelo legislador não poderia ser diverso.

### **3.1 Responsabilidade jurídica quanto aos casos de crianças trocadas na maternidade**

A atuação jurídica no caso de troca de bebês tem sido pautada tanto na responsabilidade penal, quanto na civil, seja nas ações civis de indenização com a responsabilização objetiva dos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, inclusive o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) indica uma das formas de identificação de bebês e parturientes com intuito de evitar trocas de bebês e ainda estimula métodos diversos que sejam mais eficazes conforme o artigo 10, no seu inciso II do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) transcritos abaixo:

Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

[...]

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; (BRASIL, 1990)

Na área penal, o jurídico foca enquadramento do agente ativo a quem se possa imputar a culpa pela troca de bebês, e que são citados de forma taxativa com suas respectivas penalidades no artigo 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), abaixo transcrito:

Art. 229. Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa. (BRASIL,1990)

A doutrina nos casos de trocas de bebês tem muita produção em relação à responsabilidade civil do agente ativo, tratam da responsabilidade objetiva dos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante no sentido do dever de indenizar as famílias envolvidas e a seus filhos, também focaram na responsabilidade penal dos agentes ativos, que aparecem em rol restrito como os médicos, enfermeiros e gestores dos mencionados locais, nesses casos são quase sempre acusados de ação culposa omissiva.

Os doutrinadores chegam à conclusão que as punições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente com o objetivo de punir a eventual troca de bebês são impraticáveis, em função da pena de menor potencial ofensivo prevista no estatuto para o tipo, também fazem crítica para baixa efetividade das medidas para identificação do bebê e da parturiente nas maternidades e locais afins, que estão contidas também no mencionado estatuto (ECA), que diz no seu inciso II do



artigo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante tem que “identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente”.

Contudo, os doutrinadores fazem um elogio à segunda parte do inciso II do artigo 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que fala de “[...] sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente”, o que entendem como forma dos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares de adotarem métodos mais eficientes e tecnológicos para identificação de bebês e parturientes do que os previsto no estatuto.

Neste seguimento, o Deputado Célio Silveira protocolou na Câmara dos Deputados o projeto de Lei nº 5.239, de 2019, que tem como fundamento alteração do artigo 10 da Lei 8.069, de 13, de julho de 1990, que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, a proposta incide em estabelecer medidas mais eficazes para identificação do recém-nascido. A justificativa citada pelo Deputado é evitar a troca de bebês em hospitais, maternidades e congêneres após o nascimento, tendo em vista que aproximadamente 800 crianças são trocadas nos hospitais brasileiros.

Na intenção de intervir nos casos de bebês trocados nas maternidades brasileiras, o legislador criou o tipo penal no artigo 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei” (BRASIL, 1990).

Parte da doutrina discorda do tipo descrito acima, o artigo 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), descreve um crime de mera conduta, caso em que é irrelevante para a consumação do delito, a ocorrência ou não de uma troca de bebês após o parto seria, portanto, irrelevante no caso, e a lei tão somente tipificou a conduta sem sequer mencionar algum resultado decorrente dela é o que defende o doutrinador Damásio de Jesus.

### **3.2 A ausência de interpretação doutrinária acerca da troca de bebês na maternidade**

A frequência com que bebês têm sido trocados em hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde da gestante, exige por parte da doutrina um posicionamento orientador em sentido positivo, para resolução desse tipo de demanda social nos casos concretos, para que o mundo jurídico atuando aliado a outras áreas do conhecimento levem à solução menos gravosa, como já vem sendo praticado um posicionamento doutrinário em relação à destroca dos bebês, em que defende o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), inclusive orientado sobre a aceitação pela ordem jurídica da multiparentalidade e da socioafetividade para a manutenção dos vínculos com intervenção mínima do Estado que no caso de acordos não precisará proferir decisão e só homologar eventuais acordos.

Cabe salientar, que apesar de haver manifestação expressa dos Tribunais nesse sentido, ainda é possível constatar a carência de questionamento doutrinário, em que pese à colmatação

da norma jurídica como um conjunto de fontes necessárias para acomodar as questões da sociedade as disciplinas do Direito.

Segundo Alves (2014):

De efeito, há que se incluir na doutrina e na jurisprudência, o abrigo jurídico mais apropriado a reger as situações de vida onde as famílias mútuas, surgidas pela prevalência do afeto, edificam presença eloquente de dignidade. São exemplos de multiparentalidade, no entrelace de fatos, que a ordem jurídica, por certo, também haverá de, sem submissão a dogmas, necessariamente contemplar.

Já em 2014 o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Jones Figueirêdo Alves, em um artigo seu publicado na revista Consultor Jurídico, em 19 de abril de 2014, já cobrava da doutrina e jurisprudência uma solução para as famílias formadas pela troca de bebês, pois há época só havia algumas decisões de tribunais dos estados e apenas em 2016 foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no tema 622 com repercussão geral, que regrou em todo o mundo jurídico brasileiro a situação da família socioafetiva.

“De efeito, há que se incluir na doutrina e na jurisprudência, o abrigo jurídico mais apropriado a reger as situações de vida onde as famílias mútuas, surgidas pela prevalência do afeto, edificam presença eloquente de dignidade. São exemplos de multiparentalidade, no entrelace de fatos, que a ordem jurídica, por certo, também haverá de, sem submissão a dogmas, necessariamente contemplar”.

Isto posto, é de extrema valia uma ação em conjunto a fim de estabelecer as garantias necessárias de manter a família como um todo protegidas de infortúnios causados por terceiros, interferindo principalmente e diretamente no âmbito emocional. Porém, no que tange ao reconhecimento da multiparentalidade, e a necessidade de reconhecimento jurídico dos vínculos formados, o tema ainda não é bem explorado.

#### **4 A MULTIPARENTALIDADE ASSOCIADA A GUARDA EM CASOS DE BEBÊS TROCADOS NA MATERNIDADE**

A série mexicana da Netflix, Mãe só tem duas (2020), conta a história de duas bebês trocadas na maternidade, após um erro do hospital, a justiça determinou que as crianças fossem destrocadas, e que as bebês voltassem para as mães biológicas. Ocorre que as crianças já estavam adaptadas ao convívio da família e principalmente com as mães socioafetivas, além disso, as condições financeiras entre as mães eram diferentes, visto que, uma personagem era estudante e a outra era uma grande empresária bem sucedida, diante disso, a empresária optou por levar a estudante para morar em sua casa, a partir disso as famílias passaram a compartilhar diversas experiências em prol da convivência, afeto e desenvolvimento das bebês.

Previamente em capítulo anterior, foi mencionado de forma breve o efeito da guarda nos casos de famílias multiparentais. Assim como demonstrado na série, a justiça brasileira também decide que as crianças sejam trocadas e entregues aos pais biológicos, entretanto, através da influência do princípio do melhor interesse da criança, seria possível que essas relações fossem definidas de outra maneira, como por exemplo, com a guarda compartilhada. Segundo Cunha (2021), a guarda compartilhada é uma forma dos pais participarem da vida dos seus filhos de maneira equilibrada, por causa do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente a guarda compartilhada passou a ser regra no ordenamento jurídico, a definição legal estabelecida pelo artigo 1.583, §1º do Código Civil prevê que ainda que os pais não sobrevivam sobre o mesmo teto, a responsabilidade deve ser conjunta concernente ao poder familiar.

A todo o momento ocorre um fato no cotidiano que merece respaldo jurídico e atenção especializada no mundo e disciplina do Direito, como demonstrado em capítulo anterior não existe doutrinariamente nada em específico relacionado aos casos de bebês trocados na maternidade, essa discussão se esgota no judiciário que na maioria das vezes se utiliza apenas da esfera indenizatória, a título de exemplificação em relação ao instituto da multiparentalidade em fatos como esse se tem comentado o julgado da 1ª Câmara de direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

O desembargador Erik de Sousa Dantas Simões, juiz decisor de primeiro grau o magistrado Glacidelson Antonio da Silva (1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Garanhuns; sentença em DJe. 123/2011, de 7/7/2011, pp. 1.182-1.185) e patrono dos autores o advogado Ivonaldo de Albuquerque Porto, confirmou a responsabilização civil estatal por troca de bebês, com o significativo de que ambas as famílias e os menores impúberes ajuizando, em conjunto, a ação indenizatória, permaneceram aqueles em companhia dos seus pais registrais, civis e sociafetivos, por inarredável situação consolidada de amor paterno-filial entre eles (TJPE - DJe. 45/2014, de 10/3/2014, pp. 167-168). ALVES (2014).

O desembargador proferiu decisão no sentido de proteção ao vínculo afetivo já estabelecido entre as famílias com os filhos, como já previsto no Código Civil em seu artigo 1.593 "o parentesco pode ser definido mediante consanguinidade ou outra origem", sendo considerado, portanto os frutos de uma convivência estável de longo prazo, combinada com afeto e consideração mútuos, e suas manifestações públicas.

Em outro caso no estado do Acre, os jovens só descobriram a troca quinze anos depois e também optaram pela permanência com suas mães afetivas, assim como estabeleceram encontros para facilitar a convivência entre os filhos e as mães biológicas. Ademais, no Estado do Paraná a constatação veio sete anos depois, e as famílias também decidiram em não desfazer a troca, resolvendo em comum acordo fixarem residências próximas, para estabelecer um vínculo maior e manter um elo familiar.

Não obstante, uma família do Distrito Federal também foi vítima de troca de bebês no ano de 2014, embora uma das mães suspeitasse que as crianças tivessem sido trocadas, quando veio

à constatação, após o exame de DNA, os dias foram de angústia. Os advogados que acompanharam o caso da família declararam que o encontro deveria ocorrer com cautela, e apoio psicológico para os familiares, o que ainda não tinha ocorrido. Por isso o princípio da igualdade não deve vincular apenas os legisladores, os intérpretes também devem cumprir suas regras, como a lei não pode estabelecer regras que arbitrariamente contenham privilégios, e os juízes não podem aplicar leis para criar desigualdade, em nome desse princípio, os juízes são capazes de atribuir direitos a todas as situações merecedoras de proteção.

## 5 CONCLUSÃO

O presente estudo visava demonstrar que apesar da evolução acerca das legislações que tratam sobre direito de família no ordenamento jurídico, o judiciário brasileiro ainda sente dificuldade em estabelecer decisões equitativas para amparar as famílias de bebês trocados na maternidade. Ao longo do estudo é perceptível o desenvolvimento legislativo e doutrinário acerca do instituto da multiparentalidade, o qual permite a pessoa ter mais de um pai ou mais de uma mãe, decorrente do vínculo sócioafetivo estabelecido no interior das famílias.

Por outro lado, foi demonstrado que ainda há uma carência doutrinária no sentido de aproximar o Poder Judiciário brasileiro as relações cotidianas, principalmente no que cerne a bebês trocados, pois facilitaria os julgadores na acomodação aos casos concretos, tendo em vista que anualmente muitas famílias brasileiras ainda sofrem com a troca de crianças na maternidade.

Além disso, políticas estatais são necessárias para reforçar aos médicos e enfermeiros os procedimentos necessários a serem realizados nos primeiros momentos do nascimento dos bebês, como a obrigação de identificar os recém-nascidos ainda na sala de parto sob supervisão direta de quem acompanha a parturiente.

Não obstante, considerar as situações em que a mãe pode não ter acompanhante, para essa identificação ser feita na presença da mãe, inclusive, caso a parturiente não esteja acordada, deveria ser feito na presença de duas testemunhas que acompanharam o nascimento.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. **Doutrina precisa reger famílias geradas com troca de bebês**. Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-19/jones-alves-doutrina-reger-familias-geradas-troca-bebes>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BERNARDO BARROS, Renata. **O conceito de família à luz da constituição de 1988 e a necessidade de regulamentação das relações concubinárias**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63694/o-conceito-de-familia-a-luz-da-constituicao-de-1988-e-a-necessidade-de-regulamentacao-das-relacoes-concubinarias>. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. [Lei de Registros Públicos (1973)]. Dispõe sobre os registros públicos. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 05 out 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. [Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)]. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. 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: 30 abr. 2022.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [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: 30 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial(Resp) 898060/ SC. Direito Civil e Constitucional. Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Agravo de decisão que não admitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 226, caput, da Constituição Federal, a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica. Relator: Ministro Luis Fux. Santa Catarina-SC. 21 set. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso em : 30 abr. 2022.

CARVALHO, M. **“Só chora”, diz advogado sobre mãe que teve bebê trocado em hospital**. Metrôpoles, 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/so-chora-diz-advogado-sobre-mae-que-teve-bebe-trocado-em-hospital> . Acesso em: 05 out 2022.

CASSETTARI, C. . **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DAMIAN, T. . **O reconhecimento do instituto da multiparentalidade e seus efeitos jurídicos morais e patrimoniais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26 , n. 6707, 11 nov. 2021 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94494>. Acesso em: 6 out. 2022. DIAS, M. B. . **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, M. B. . **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, P. S. ; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil - parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. . **Novo curso de direito civil - direito de família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

IBDFAM. Enunciados do IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 30 abr. 2022.

IBDFAM aprova nove enunciados, como os efeitos jurídicos da multiparentalidade. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/191273/ibdfam-aprova-nove-enunciados--como-os-efeitos-juridicos-da-multiparentalidade>. Acesso em: 29 maio 2022.

LIMA, L. M. dos S.; CAVALCANTI, J. P. L. . **Multiparentalidade: uma análise entre o reconhecimento e seus efeitos no âmbito do direito da família**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1634/Multiparentalidade:+uma+an%C3%A1lise+entre+o+reconhecimento+e+seus+efeitos+no+%C3%A2mbito+do+direito+da+fam%C3%ADlia>. Acesso em: 05 out 2022.

LIMA, G. S. . **A evolução no conceito de família: a família como instrumento na busca da felicidade**, 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade#:~:text=no%20c%C3%B3digo%20civil%20de%201916%20toda%20fam%C3%ADlia%20e%20casamentaria%20matrimonializada,passou%20a%20ser%20m%C3%BAltipla%20plural>. Acesso em: 30 abr. 2022.

MACIEL, K. R. F. L. A. . **Curso de direito da criança e do adolescente**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

MÃE só tem duas. Criação de Carolina Rivera, Fernando Sariñana. Mexico:2020. Netflix.

PEREIRA, J. L.; RUZYK, C. E. P. ; ZIGGIOTTI DE OLIVEIRA, Lúcia. A multiparentalidade e seus efeitos segundo três princípios fundamentais do Direito de Família / *Multiparenting and its effects according to three fundamental principles of Family Law*. Revista quaestio iuris, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 1268-1286, maio 2018. ISSN 1516-0351. DOI:<https://doi.org/10.12957/rqi.2018.28886>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/28886/24049>. Acesso em: 30 abr. 2022.

PROVIMENTO nº 63, de 14 de novembro de 2017. Brasília, DF: Corregedor Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 05 out 2022.



## A SUCESSÃO HEREDITÁRIA DE BENS DIGITAIS

**WESLAINE ASEVÊDO RIBEIRO:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG.

ALCIVANDO FERREIRA DE SOUSA<sup>18</sup>

(orientador).

**RESUMO:** A sucessão hereditária de bens digitais é um tema atual e pouco difundido no ordenamento jurídico no que concerne a aplicação da legislação ou a criação de leis que resguarde os direitos acerca da transferência desses bens e dos direitos e garantias individuais do de cujus. Este estudo tem por objetivo apresentar a evolução do direito sucessório no Brasil até os tempos atuais, bem como definir e caracterizar os bens digitais e a sua multiaplicabilidade na sociedade contemporânea. Também urge demonstrar acerca das disposições legais e como o ordenamento jurídico brasileiro tem se comportado diante dos desafios da ausência legal que defina de forma clara e concisa a disposição dos bens digitais no que diz respeito ao direito sucessório. Para tanto, a metodologia aplicada a este estudo, o método utilizado foi indutivo e qualitativo, realizada uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

**Palavras-chave:** Direito Sucessório. Bens Digitais. Patrimônio Digital. Direito de Herança.

**ABSTRACT:** The hereditary succession of digital assets is a current and not very widespread topic in the legal system regarding the application of legislation or the creation of laws that protect the rights regarding the transfer of these assets and the individual rights and guarantees of the deceased. This study aims to present the evolution of inheritance law in Brazil up to the present time, as well as to define and characterize digital assets and their multiple applicability in contemporary society. It is also urgent to demonstrate about the legal provisions and how the Brazilian legal system has behaved in the face of the challenges of the legal absence that clearly and concisely defines the disposition of digital assets with regard to inheritance law. Therefore, the methodology applied to this study, the method used was inductive and qualitative, a literature review was carried out, the bibliographical research was carried out through readings of the laws, the Federal Constitution, legal journals, books and scientific articles related to the proposed topic.

**Keywords:** Succession Law. Digital Goods. Digital Heritage. Inheritance Right.

### 1. INTRODUÇÃO

O Direito Sucessório é um ramo do Direito Civil que vem se adaptando ao longo dos anos as alterações da sociedade e a sua evolução. Em se tratando de sucessão de bens patrimoniais, a legislação brasileira é taxativa, no entanto, a divergência está na qualificação dos bens.

---

<sup>18</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

Em se tratando de bens digitais, é possível determiná-los como todos aqueles conteúdos constantes na web, passíveis ou não de valoração econômica, que proporcionem alguma utilidade para o seu titular, isto é desde as redes sociais a cadernetas de poupanças, bitcoins e outras moedas digitais, espaços no metaverso, etc.

Vale ressaltar que a conceituação de bem digital pouco se destoa do conceito de “bem” que para GOMES (2008, p. 179), compreende:

“A noção jurídica de bem é mais ampla do que a econômica. Compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, as que são materiais ou não.” (GOMES, 2008, p. 179)

Conforme conceituado por GOMES (2008, p.179), o “bem” possui uma valoração pessoal para o seu detentor, seja econômico ou não, material ou não, tal qual o “bem digital” ainda que intangível há um valor que dele se possa exprimir.

Sendo assim, o presente estudo visa unir ambos os institutos, o da sucessão e o do bem digital, para tratar da disponibilidade e o confronto dos direitos de privacidade que a sucessão hereditária poderia trazer para a imagem e moral do de cujus, que apesar do seu falecimento, ainda dispõe de tais direitos fundamentais.

## **2. METODOLOGIA**

A metodologia empregada na construção desse estudo se baseou nos métodos indutivo e qualitativo. Foi realizada uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

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 meses de outubro e novembro de 2022.

## **3. DIREITO SUCESSÓRIO E SUA EVOLUÇÃO NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Direito Sucessório no Brasil é precedente ao Código Civil de 2002, ainda que as determinações mais esclarecidas e mudanças significativas tenham advindo a partir da sua vigência. No ramo das sucessões, o direito brasileiro evoluiu consideravelmente, compreendendo que a formação da família de forma não tradicional também é suscetível de direito.

Fazendo uma análise temporal da evolução do direito sucessório, precisa-se compreender que a sucessão já era estabelecida implicitamente ainda que não houvesse reconhecimento de propriedade. A forma interposta pela sucessão, segundo MIRANDA (2021, p.11) era por transmissão somente ao filho homem primogênito, conforme se vê:

“Considerava-se como característica do Direito Hereditário na antiguidade, que o herdeiro fosse o filho varão primogênito, que além de assumir as relações jurídicas daria também continuidade ao culto doméstico. No Direito Romano, o direito de herança passava pelo tipo de herdeiro, que poderia ser o destacado na classe dos necessários, que respondia pela continuidade das relações jurídicas e patrimoniais.”

Para o Direito Romano, o Testamento era a forma mais usual de determinar a sucessão de um bem, em especial quando o de cujus não possuía descendentes, já que nele estaria descritas as suas últimas vontades acerca de seu bem, assim, ficaria um responsável para assumir as obrigações e cuidados da casa e da família. Também era comum em famílias que o único varão era o de cujus, familiares ainda que distantes, porém próximos da linha de sucessão assumissem os bens, as responsabilidades e a própria família do de cujus, como sua viúva e suas filhas, uma vez que o costume era de que somente homens sucedessem aos bens e patrimônios.

Ainda era uma exigência do ordenamento jurídico Romano que a sucessão somente era pertinente a homens livres, (GAGLIANO; PAMPOLA FILHO, 2021).

Já em se tratando de sucessão hereditária para o ordenamento jurídico brasileiro, têm-se o seu exercício a partir da Proclamação da Independência, onde até então seguia os preceitos legais do Direito Português. MOREIRA (2016) relata:

“[...] o exercício do Direito no Brasil, mesmo após a Proclamação de Independência, acompanhava o Direito Português, que também tinha créditos no Direito Especial da Colônia, arrastando-se nas terras de Santa Cruz por longo tempo com leves e pequenas mudanças. O atraso na elaboração de leis próprias foi tão grande e evidente, que as Ordenações Filipinas, que já não tinham efeitos em seu país de origem, por ter sido revogada em 1867, permaneceu vigente no Brasil, somente deixando de ser válidas com a entrada em vigor do Código Civil de 1916.” (MOREIRA, 2006)

Consolidados os direitos a sucessão com base na legislação estrangeira até então, o Código Civil de 1916 que trouxe legislação própria acerca do tema, não da forma como conhecemos hoje, mas estabelece uma ordem para a sucessão de bens, RODRIGUES (2007, p.61), determina uma "relação preferencial" da chamada vocação hereditária, que se define pela regra definida pelo legislador como uma ordem de sucessão, onde dispões:

“A ordem da vocação hereditária pelo art. 1.603 do CC 1916 considerava a sucessão legítima na seguinte ordem: I) descendentes; II) ascendentes; III) cônjuge sobrevivente; IV) colaterais; V) Municípios, Distrito Federal ou à União.” (RODRIGUES, 2007, p. 61)

Não se tem definido no Código Civil de 1916 em que grau de colateralidade são disponibilizados os bens do de cujus, e tão pouco se previa a possibilidade do acesso a este bem se tornar um fator violador da intimidade. Suponha-se que o de cujus é um autor, e tenha entre seus bens um diário pessoal, o valor pecuniário poderia ultrapassar o valor sentimental deste bem

para o sucessor que o teria adquirido, no entanto, violaria todo e qualquer direito de privacidade do de cujus.

Já com a reformar e o renascimento do Código Civil de 2002, em seu art. 1829 trouxe uma nova ordem, onde os critérios apesar de similares estabeleciam paridade entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente. Onde institui o Código Civil de 2002:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”(BRASIL, Código Civil, 2002)

Assim, somente restaria para a União, Estados, Municípios e Distrito Federal a chamada Herança Vacante, que apesar de ter sua disponibilidade no Código Civil de 1916, o termo só se tornou comum com o advento do novo códex, que se trata da herança que a ninguém é declarada.

O árduo debate que trouxe a anuência do Código Civil de 2002 é a colocação em pé de igualdade dos descendentes e do cônjuge, bem como a ordem sucessiva dos ascendentes na linha de sucessão, assim, DINIZ (2003, p. 316) esclarece:

“[...] entre nós, o regime obrigatório é o da separação de bens sem a comunhão dos aquestos, necessário em hipóteses excepcionais (CC, art. 1.641, I a III), quando perdem os noivos a liberdade de escolher o regime matrimonial de sua preferência.” (DINIZ, 2003, p. 316).

É importante esclarecer que a evolução do Direito de Sucessão mais tem a ver com a vocação hereditária do que com os bens que podem ser disponibilizados para a herança. No que concerne a herança digital, que tem sido amplamente debatida no âmbito jurídico, ainda não há lei específica que a regulamente, mas tratando-se de exegese, compreende-se que tratar por analogia e considerar as jurisprudências já existentes têm sido suficiente para proteger os direitos dos de cujus face aos interesse da sucessão.

#### **4. BEM DIGITAL E A SUA MULTIPLICABILIDADE**

Quando se fala em bem digital logo se pensa em bens intangíveis e pouco rentáveis, sejam determinadas por commodities e ações das Bolsas de Valores à criptomoedas e etc.

Mas a caracterização de bens digitais vai além de tais determinações, a sua definição implica na divisão entre (i) bens digitais patrimoniais; (II) bens digitais existenciais e (III) bens digitais híbridos, dos quais serão discorridos.

São definidos como bens digitais patrimoniais aqueles capazes de gerar repercussões econômicas imediatas assim que inseridos em rede, enquanto que os bens digitais existenciais são capazes de gerar repercussões extrapatrimoniais, isto é, repercussão acerca da imagem, da moral e da privacidade do indivíduo. Já o que diz respeito aos Bens Digitais Híbridos, são aqueles cuja a repercussão tanto pode ser patrimonial, com o valor do produto digital oferecido quanto no âmbito dos direitos de personalidade voltados para o bem, seja personalidade civil ou jurídica.

Para uma conceituação mais clara acerca da multiplicidade dos bens digitais, EDWARDS; HARBINJA( 2013, apud PAIXÃO & KAI, 2020, p. 217) apresentam que:

“Bens Digitais são definidos amplamente e não exclusivamente para incluir a variedade de bens informacionais intangíveis associados com o online ou mundo digital, incluindo: perfis em redes sociais (em plataformas como Facebook, Twitter, Google+ ou LinKedIn); e-mail, tweets, base de dados, etc.; dados virtuais de jogos (ex. itens comprados, achados ou construídos em mundos como o Second Life, World of Warcraft, Lineage); textos digitalizados, imagens, músicas ou sons (ex.; vídeos, filme, e arquivos de ebook); senhas da várias contas associadas com as provi-sões de bens digitais e serviços, também como consumidor, usuário ou comerciante (ex., do eBay, Amazon, Facebook, YouTube); nome de domínio; segunda ou terceira persona-lidade dimensional relativos a imagens ou icons (como os icons usados no Live Journal ou avatares no Second Life); e a epopeia dos bens digitais que emergem como mercadoria capaz de ser atribuído valor (ex. “zero day exploits” ou erros em softwares cujos antagonismos possam ser explorados). (EDWARDS; HARBINJA, 2013, apud PAIXÃO & KAI, 2020, p.217)”

O que se deve compreender acerca dos bens digitais para a sucessão hereditária é que a sua determinação parte do valor patrimonial ou extrapatrimonial, intangíveis e informacionais, que possuem possibilidade de rentabilidade imediata ou mediata.

A exigência da multiplicidade destes bens está na possibilidade de crescimento econômico e a sua influência no mercado financeiro a partir da sua existência, ainda que não seja tangível, os seus efeitos são concretos.

Uma preocupação do ordenamento jurídico acerca da disponibilidade dos bens digitais é tê-lo como patrimônio cultural que ainda que seja rentável, venha ferir os direitos do de cujus. Um exemplo disto é o perfil da Cantora Marília Mendonça na plataforma do Instagram.

Na rede social com milhares de seguidores a cantora postava o seu dia a dia, seu trabalho, sua família, mantinha contato com amigos, parceiros profissionais e também trabalhava com

publicidade e patrocínios rentáveis. A disposição da monetização que o perfil ainda traz apesar do falecimento da cantora é repassado para o seu herdeiro legal, bem como todo o proveito econômico que suas músicas e videoclipes ainda continuam oferecendo.

Mas em relação ao seu perfil nas redes sociais, até onde o direito de sucessão prevalece acerca do direito de privacidade da cantora?

Até onde é permitido ter acesso as informações do perfil sem que mude a imagem e o caráter da cantora por conversas e trocas de mensagens que venham a ser mal compreendidas?

Para PAIXÃO & KAI (2020, p. 2020), o patrimônio cultural deixado pela cantora não se deve sobressair aos seus direitos de personalidade, pois tem como parâmetro os princípios constitucionais:

“Compreendendo, ainda, o Patrimônio Cultural como conjunto de bens, materiais e imateriais, que congregam significados relevantes para uma comunidade, efetiva e/ou potencialmente; consolidados no tempo; que não contrariam a Constituição e possuem uma noção comum de tutelabilidade, basta que os bens digitais se encaixem nesses elementos. (PAIXÃO & KAI, 2020, p. 2020)”

Ainda que moderna, a Constituição Federal de 1988 não previu a incidência de bens digitais que pudessem entrar em conflito com outros direitos, para que a sua sucessão corresse em pé de normalidade conforme os demais tipos de bens, no entanto, assegurou os direitos de personalidade e as ementas constitucionais e demais legislações, como o Código Civil e até mesmo os julgados têm se adaptado a esta nova realidade e fazendo valer a principal intenção de uma constituição que preza pela privacidade, ainda que não exista lei específica que a determine.

## **5. DISPOSIÇÕES LEGAIS ACERCA DA HERANÇA DIGITAL**

A Herança no sistema jurídico brasileiro pode ser acionada de duas formas, diante da sucessão legítima ou testamentária. Ambas as modalidades são aproveitadas para compor a sucessão de bens digitais.

Assim como nos bens tangíveis, os bens intangíveis passam pelo processo de levantamento de bens e de dívidas do de cujus, pagamento dos impostos acerca dos bens levantados, a debitação das dívidas e por fim a digital entre os herdeiros em caso de inventário. Quando se trata de disposições testamentárias, pois quando há testamento devem ser convocados todos os interessados, aberto o testamento e lido por um oficial, e assim os bens serão transferidos por cada beneficiado de acordo com a vontade do de cujus.

Sendo assim, servida a disposição legal da sucessão para os bens digitais como para as demais modalidades de bens, é necessário compreender que o bem digital se encaixa na modalidade incorpórea, a qual o direito civil determina com aquele tipo ao qual não é passível de materialidade.



Nesse sentido TARTUCE (2020a, p. 348, apud SOARES & FARIA, 2022, p.65) dispõem que:

“[...] a classificação de bens corpóreos e bens incorpóreos se refere à materialidade dos bens, assim, os bens corpóreos também são conhecidos como bens tangíveis ou materiais e os bens incorpóreos podem ser chamados de bens intangíveis ou imateriais.” (TARTUCE, 2020a, p. 348, apud SOARES & FARIA, 2022, p.65)

Considerando a intangibilidade dos bens digitais ainda que o Código que rege a sucessão hereditária não possua a disposição específica em seus artigos acerca dos bens digitais, há, no entanto, legislação de caráter complementar capaz de suplantar tal necessidade.

Uma necessidade da caracterização do bem digital e do emaranhado legal que tenta preencher as suas lacunas é a compreensão de que o bem digital só se faz dessa forma por ser parte do sistema de internet, isto é, dispõem de vinculação com a rede.

Ainda que há certa vacância no Código Civil, o Marco Civil da Internet, que adveio da promulgação da Lei nº 12.965/2014, em seu art. 5º traz as seguintes disposições:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; [...]” (BRASIL, 2014).

Sendo assim, vale reforçar de que são bens em que só são possíveis de ser encontrados em ambiente virtual, e que apesar da legislação brasileira se ater a contemporaneidade, ainda não é capaz de abranger a todas as suas características, e por isso, legou a necessidade da sua divisão como bens patrimoniais, existenciais e híbridos, como supracitado.

Os ativos digitais como herança não é um tema novo, e ainda assim não possui legislação específica, ainda que no ano de 2021a Câmara dos Deputados tenha inserido em suas pautas o debate do Projeto de Lei nº 1689/2021, em que em seu teor busca tratar sobre perfis, páginas, contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos.

O Projeto de Lei em seus primeiros artigos debatem a alteração do Código Civil para incluir o art. 1.791-A, ao qual discorre:

“Art. 1.791 – A. Incluem-se na herança os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do falecido em provedores de aplicações de internet.

§ 1º O direito de acesso do sucessor à página pessoal do falecido deve ser assegurado pelo provedor de aplicações de internet, mediante

apresentação de atestado de óbito, a não ser por disposição contrária do falecido em testamento.

§ 2º Será garantido ao sucessor o direito de, alternativamente, manter e editar as informações digitais do falecido ou de transformar o perfil ou página da internet em memorial.” (BRASIL, 2021).

A necessidade desta adaptação é justificada pelo avanço tecnológico e a acessibilidade das redes em transformar a internet em um ambiente, ainda que virtual, de contato, de memória e até mesmo lugar para criar verdadeiros impérios de informações e patrimônios, até mesmo patrimônio autoral que pode ou não ser aproveitado, ainda que outra pessoa independente da vontade do de cujus tenha acesso a esse patrimônio que pode ser monetizado, mas que ainda assim é íntimo.

“E uma quantidade cada vez maior de pessoas utiliza essas ferramentas. Apenas para ficarmos num exemplo, o Facebook possui, no mundo, mais de 2,7 bilhões de contas ativas, enquanto no Brasil são dezenas de milhões de usuários. Ocorre que há uma dúvida muito grande sobre que destino se dar ao conjunto das opiniões, lembranças, memórias e até segredos do usuário da internet após o seu falecimento. Devem os parentes ter acesso a sua senha? Devem poder editar seus conteúdos? Devem as plataformas simplesmente remover o perfil ou apagar a página do usuário? Este projeto de lei pretende preencher esse vácuo jurídico, trazendo conforto e segurança aos familiares do falecido.”(PL 1.689/2021)

A sucessão hereditária de bens digitais não se restringe ao que já está previamente estabelecido pela legislação, como a ordem da sucessão e o acesso ao bem, mas também se o acesso concedido pela sucessão é capaz de respeitar a vontade e a privacidade do de cujus, seus dados, suas informações, suas criações, sua intimidade.

Portanto, o Projeto de Lei 1.689/2021 se faz tão necessário, porque em suas adequações, busca suprir o vácuo jurídico e aponta medidas que podem resolver a problemática aqui debatida.

Uma das sugestões da PL é que as redes sociais como bens digitais sejam propostos não só no testamento para interposição da vontade do testamentário, mas também no codicilo sem que isso se torne alvo de debate jurídico, como já ocorre.

## **6. A DISPOSIÇÃO DE BENS DIGITAIS PARA HERANÇA EM CONFRONTO COM DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO DE CUJUS**

Urge estabelecer que em se tratando de direitos personalíssimos é importante determiná-los como aqueles são intransmissíveis e irrenunciáveis limitando inclusive a própria ação do seu titular.

Ainda na vigência do Código Civil de 1916, o direito de personalidade, ou direitos personalíssimos já tinham o impacto social e jurídico que possuem hoje, um exemplo disto é a compreensão Orlando Gomes acerca deste, o qual preconiza:

“Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos”.(GOMES, 1996, p. 63)

Já na vigência do Código Civil de 2002, o Capítulo II é instituído e tem como título “Dos Direitos da Personalidade”, que versou os artigos 11 ao 21 e trazem disposições acerca da sua intransmissibilidade e proteção.

“Art.11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.” (BRASIL, 2002)

Considerando o parágrafo único do art, 12 do Código Civil determina que a proteção do direito de personalidade, seja a privacidade, a honra, a moral, a imagem, a dignidade da pessoa humana, deve ser protegido pelo cônjuge, ou qualquer parente em linha reta ou colateral, para que assim mantenha-se o direito garantido.

Mas no caso da sucessão hereditária dos bens digitais, são justamente aqueles que possuem a tutela de proteção dos direitos do de cujus que são interessados em obter o bem que merece ser tutelado.

Em oportuno, segundo SOMBRA (2019) apud SOARES & FARIA (2022, p. 84), insere na temática Lei Geral de Proteção de Dados, que tem o intuito impedir que os dados sensíveis utilizados para cadastros e contratos não sejam utilizados de forma leviana, assim preconiza:

“[...] a Lei Geral de Proteção de dados prioriza a autonomia e concede ao usuário escolha a finalidade de seus dados, cabendo discutir se o usuário pode dizer o que se deve fazer com seus dados após a sua morte. Assim, poderia o usuário estabelecer o que fazer com as suas contas e os dados

seriam passados aos herdeiros, seja por testamento ou outro meio.”  
(SOMBRA, 2019 apud SOARES & FARIA, 2022, p. 84)

Ainda que se estabeleça que o acesso ao bem digital, como por exemplo, perfis monetizados em plataformas digitais, considerando que apesar de ser acesso público o seu teor é de interesse particular e, portanto, personalíssimo frente as diretrizes e políticas de privacidade interpostas pela contratação da plataforma disponíveis nos termos e condições de usuário, o interesse da sucessão e do poder de continuidade desse bem é discutível.

É corriqueiro afirmar que as contas e perfis de plataformas digitais mesmo com o fim da vida dos seus donos podem continuar monetizando e trazendo lucratividade, e manter estes perfis ativos é uma forma de proteger o patrimônio pecuniário dele advindo.

O site do G1 realizou uma reportagem em que declarava:

“Não há uma regra sobre como as redes de pessoas públicas que morreram devem ser geridas. Se no caso de Reginaldo Rossi foi criada uma ‘persona’ bem-humorada que usa até a primeira pessoa nas mensagens, outros perfis utilizam o espaço mais para a divulgação de ações, produtos e mensagens saudosas. Morta em 2012, a apresentadora Hebe Camargo também tem suas páginas oficiais atualizadas. Entre os posts, vídeos com momentos memoráveis da carreira e também divulgação da cinebiografia da artista, lançada nos cinemas em 2019. No caso do ator Domingos Montagner, da Rede Globo, morto em 2016 após um afogamento no Rio São Francisco, em Sergipe, os perfis são utilizados para divulgar ações do instituto que leva o seu nome. A Casa Domingos Montagner, que tem o propósito de levar oportunidades educativas aos jovens por meio do circo e do teatro, busca financiamento para iniciar ações culturais em 2020.”

Não é comum na cultura brasileira a que se tenha a abertura de inventário ou a escrita de codicilo para divisão e disposição da vontade do indivíduo que venha a falecer, de tal modo não é comum o pensamento de que as redes sociais como fonte de renda e de riqueza ultrapasse a finalidade de diversão que ela tem.

É possível que dada a ausência destes hábitos tenham levado a incongruência da legislação brasileira no que tange a problemática da sucessão hereditária de bens digitais. Neste sentido COSTA FILHO (2016), discorre:

“É plausível dizer que o indivíduo possui uma grande autonomia no que se refere à destinação de seus dados. Mas, a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar de todo sistema normativo brasileiro, não podendo a autonomia privada ser superior a ela. Assim o autor observa que a essa autodeterminação da finalidade dos dados é relativa. Assim sendo, o titular do acervo digital não pode, por exemplo, deixar este para seus herdeiros

sem a devida proteção ao direito da personalidade de terceiros, bem como os sucessores não podem acessar o acervo digital do de cujus sem sua permissão anterior.” (COSTA FILHO, 2016).

Na análise do âmbito digital sob o contexto do art. 5º da Constituição Federal da República de 1988, BARRETO & NERY NETO (2016), preconiza:

“No âmbito digital, alguns direitos ganham novas interpretações e contextos, havendo uma grande necessidade de se analisar, compreender e adaptar essas regras já normativizadas no âmbito digital e as consequências dessa adaptação até então desconhecidas.” (BARRETO & NERY NETO 2016).

Cabe elencar que o impasse acerca do acesso aos bens digitais não se restringe as redes sociais e plataformas similares, mas também aos sistemas de armazenamento de fotos como a nuvem e o i-cloud, já que pelo valor sentimental do conteúdo que seja fotos e vídeos, são alvos de ações judiciais para conceder o acesso.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu em 2021, pelo não provimento da Apelação Civil que buscava a transformação do perfil de uma jovem falecida em um memorial, onde a mãe queria o acesso ao perfil da jovem para que os dados e arquivos não fossem apagados, uma vez que havia valor sentimental, conforme vê-se:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – EXCLUSÃO DE PERFIL DA FILHA DA AUTORA DE REDE SOCIAL (FACEBOOK) APÓS SUA MORTE – QUESTÃO DISCIPLINADA PELOS TERMOS DE USO DA PLATAFORMA, AOS QUAIS A USUÁRIA ADERIU EM VIDA – TERMOS DE SERVIÇO QUE NÃO PADECEM DE QUALQUER ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NOS PONTOS ANALISADOS – POSSIBILIDADE DO USUÁRIO OPTAR PELO APAGAMENTO DOS DADOS OU POR TRANSFORMAR O PERFIL EM "MEMORIAL", TRANSMITINDO OU NÃO A SUA GESTÃO A TERCEIROS – INVIABILIDADE, CONTUDO, DE MANUTENÇÃO DO ACESSO REGULAR PELOS FAMILIARES ATRAVÉS DE USUÁRIO E SENHA DA TITULAR FALECIDA, POIS A HIPÓTESE É VEDADA PELA PLATAFORMA – DIREITO PERSONALÍSSIMO DO USUÁRIO, NÃO SE TRANSMITINDO POR HERANÇA NO CASO DOS AUTOS, EIS QUE AUSENTE QUALQUER CONTEÚDO PATRIMONIAL DELE ORIUNDO – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DA APELADA A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO OU DANO MORAL INDENIZÁVEL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - AC: XXXXX20198260100 SP XXXXX-66.2019.8.26.0100, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 09/03/2021, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2021)”

O não provimento do recurso é justificado pela assinatura dos termos de uso que a jovem concordou ao criar a conta na plataforma, onde teria a opção de transmitir o perfil a outrem para que permanecesse ativo na plataforma, porém a jovem não utilizou esta opção.

Dada a intransmissibilidade do direito personalíssimo e da preservação da vontade e da intimidade da jovem, o Tribunal de Justiça negou provimento a ação que visava danos morais bem como o acesso a plataforma.

Ainda que a legislação específica do Código Civil ainda não verse sobre tal disponibilidade, outros modos podem levar a consideração do direito ou não de sucessão do bem digital quando confrontados os direitos de personalidade humana.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Sucessão Hereditária é um tema já estabelecido pelo Código Civil, no entanto, os bens aos quais ela é destinado ainda é uma incógnita, vez que apesar da sua amplitude de conceituação, não é capaz de abranger todos os tipos existentes, um exemplo disto são os bens digitais.

É possível estabelecer a natureza dos bens digitais, mas a legitimidade da sua sucessão é conflitante aos direitos de personalidade quando não há a expressa vontade do de cujus sobre eles.

É importante destacar que a anuência de novas leis que versam sobre bens digitais ainda não suficientemente determinantes para que dispense o cuidadoso debate acerca da disponibilidade do bem para sucessão.

Ainda que exista um vácuo jurídico no que tange aos bens digitais e os conflitos da proteção da privacidade, honra, imagem e dos dados do de cujus, o ordenamento jurídico têm se adaptado caso a caso para que possa tomar a melhor decisão e trazer inconstitucionalidade e ilicitude para as suas decisões.

O caminho percorrido para que haja o reconhecimento do bem digital como passível de sucessão tem se mostrado árduo, no entanto, os fatos e fatores que o levaram ao âmago do debate jurídico se fazem esclarecedores para que possa pautar o posicionamento jurídico.

O avanço tecnológico é uma realidade presente e a ideia de ter-se a sua alteração dia a dia, não traz conforto para a legislação tal qual para a doutrina. Embora muitos doutrinadores defendam que somente devem ser passíveis de sucessão os bens patrimoniais ou mistos, a legislação deve apoiar-se no caso concreto para fazer valer o direito de sucessão hereditária dos bens digitais.

## **8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



BARRETO, Alessandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchiêta. Herança digital. Direito&TI, 2016. Disponível em: < <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/59> >. Acesso em 23 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Patrimônio digital: Reconhecimento e Herança. Recife: Nossa Livraria, 2016.

DINIZ; Maria Helena. **COMENTÁRIOS AO CÓDIGO CIVIL**. Ed. Saraiva, 2003, vol. 22, p. 316, 1ª Edição.

DONEDA, Danilo. **OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL**. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VI, nº 06 – Junho de 2005. Disponível em: < <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf> > Acesso 15 out. 2022.

G1, **VIVOS NOS CORAÇÕES E NA INTERNET: COMO ARTISTAS QUE JÁ MORRERAM SEGUE 'POSTANDO' NAS REDES SOCIAIS**. G1 Notícias. [S.L], 2019. Disponível em: < <https://g1.globo.com/poparte/noticia/2019/12/09/vivos-nos-coracoes-e-na-internetcomo-artistas-que-ja-morreramseguem-postando-nas-redes-sociais.ghtml> > . Acesso em: 23 out. 2022.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **MANUAL DE DIREITO CIVIL: VOLUME ÚNICO**. São Paulo, Saraiva jur, 2021.

GOMES, Orlando. **INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL**. 11a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p.130.

L3071. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

PAIXÃO, Adrian Gabriel Fideles; KAI, Bruna Teixeira. **DIREITO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NA ERA DA INFORMAÇÃO: BENS DIGITAIS E A TUTELA JURÍDICA**. Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. nº 157. 2020. Dossiê Patrimônio Histórico. Porto Alegre – RS. Disponível em: < <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/revistaihrgs/article/view/95173/56827> > Acesso 01 nov. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da S. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL - DIREITO DAS SUCESSÕES** - Vol. VI. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530990572. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990572/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

RODRIGUES, Silvio. **DIREITO CIVIL: DIREITO DAS SUCESSÕES**. v. 7, p. 61. 26ª Edição. 2007.

SOARES, Wanessa Stéfany Pereira; FARIA, Marina Zava de. **HERANÇA DIGITAL: A SUCESSÃO DOS BENS DIGITAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE HUMANA**. PUC – Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia-GO. 2022. Disponível em: < <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/3769> > Acesso em: 02 nov 2022.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das sucessões. Vol. 6. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020a.

TJ-SP - AC: XXXXX20198260100 SP XXXXX-66.2019.8.26.0100, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 09/03/2021, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2021.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA SOBRE A INCIDÊNCIA DE ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO**

**VALÉRIA SALES DE OLIVEIRA:**  
graduanda do curso de Direito pelo  
Centro universitário Fametro - AM

MARCELO GRANJEIRO  
(orientador)

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é analisar a responsabilidade civil da empresa quanto ao assédio moral no ambiente de trabalho, tendo como principal demonstrar o quão importante é juridicamente uma vida para a legislação explicando os danos que o assédio traz ao trabalhador. Além disso, o artigo tende de examinar as doutrinas e o ordenamento jurídico, o estudo contribui para ser identificado meios lícitos de dirimir as questões levadas ao Poder Judiciário, bem como buscar ferramentas acessíveis e oportunas para reduzir tal conduta e responsabilizar os autores de forma equânime. Logo, do estudo conclui-se que a prevenção do assédio moral deve ser de grande valia e eficiência, porquanto, pode ser usada antes de haver uma legislação específica. Afinal, a prevenção mostra-se como um meio de grande eficiência no combate ao problema com uma legislação que esclareça e defenda os trabalhadores no dia-a-dia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assédio Moral. Subordinação. Relação de trabalho. Danos psicológicos. Prevenção e punição.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho traz uma abordagem sobre o tema Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. O tema aborda uma conduta abusiva, desde atitudes, comportamentos, palavras, gestos e ações, que ocorrem de forma sistemática, contínua e vem atentar contra a dignidade e honra, ou integridade física, ou psíquica de uma pessoa.

Tais atos desestruturam a vítima, prejudicando-a no emprego e, podendo inclusive, produzir efeitos em sua vida pessoal e social, comprometendo ainda, o ambiente de trabalho, gerando prejuízos para a empresa e a sociedade.

O assédio moral deflora direitos fundamentais previstos na Constituição, como o princípio da dignidade humana, direito à saúde, à honra. Além de arruinar as relações de trabalho, lesar a vida de pessoas, causando prejuízos enormes, devendo ser coibido, punido e a vítima devidamente reparada, destarte, necessário se faz a existência de meios eficientes de enfrentamento.

O trabalho elaborado visa apresentar, o ponto de vista do Direito do Trabalho, como se dá a ocorrência de tal mazela no ambiente de trabalho privado, no entanto, diante de sua variedade

em modalidades, poder aclarar a questionamentos e apresentar meios atenuantes do assédio moral verificados no ambiente de trabalho.

Para isso, será realizado um estudo bibliográfico, tendo como referencial teórico, trabalhos de autores publicamente renomados a citar como exemplo Margarida Maria Silveira Barreto e Marie-France Hirigoyen, além de jurisprudências e outras fontes, como livros, cartilhas e informativos de tribunais e internet.

Nesse artigo será tratado dos aspectos conceituais do Assédio Moral de forma mais ampla, expondo dados a respeito da conceituação do termo Assédio Moral, seguido de suas modalidades, serão posteriormente apresentados os danos psicológicos e medidas de combate e prevenção.

## **2 CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL**

Em 1948, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que dentre seus preceitos afirmou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito (Art 1º), além de que todos têm direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego (Art.23, I).

Outro importante marco, referente à garantia dos direitos dos trabalhadores brasileiros foi a instituição da Constituição Federal Brasileira de 1988, na qual os valores sociais do trabalho e a dignidade humana foram salientados como um dos fundamentos da República. Destaca-se também que foram inseridos outros preceitos referentes a seguridade de direitos e dignidade, toma-se como exemplo o inciso III do Art. 5º que estabelece, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

No entanto, ainda há muito de ser feito no que se refere à garantia dos direitos de proteção dos trabalhadores no Brasil. Questões como a precariedade no ambiente laboral, discriminação de gênero e diferenças salariais, jornadas exaustivas, não pagamento de horas extras, irregularidades contratuais, assédio moral, constatação de trabalho escravo contemporâneos e outros, ainda são uma frequente realidade.

As Empresas, sendo estruturadas com sistemas dinâmicos, complexos, interdependentes e inter-relacionados, têm por objetivo a prestação de serviços em razão de cumprir compromissos com a sociedade (Pires & Macêdo, 2006). As organizações públicas apresentam características básicas, como a elevada burocracia existente no seu funcionamento, apego às regras e rotinas, supervalorização das hierarquias, paternalismo nas relações, apego ao poder, entre outras (Pires & Macêdo 2006, pg. 86).

É um ambiente de discursos e promessas, de competição e exigências, favorecimento de grupos e conflitos, que reorganiza a produção acadêmica com vistas a uma maior produtividade (Nunes 2016, pg. 41).

Esses elementos supracitados estão presentes e solidificados na cultura e nas práticas organizacionais, os quais podem proporcionar ações e comportamentos desrespeitosos, antiéticos, violentos e que, em determinados contextos e de forma contínua e permanente, se transformam

em assédio moral. Em outras palavras, entende-se que algumas práticas e elementos culturais presentes no âmbito laboral são favoráveis para a manifestação de violências, inclusive, o assédio moral.

### **3 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO - CARACTERIZAÇÃO**

O assédio moral não é um recente fenômeno. Porém, teve ênfase em razão da abordagem humanística na principiologia jurídica, cujo marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na França, existe jurisprudência relacionada ao tema, vinculada às relações de trabalho, desde 1960. Na Alemanha, Itália, Suécia, EUA e Austrália, a prática já é reconhecida como delito. Na Noruega há previsão da conduta na Lei do trabalho, naquelas que tratam, respectivamente, da igualdade de gênero e da discriminação. No mundo do trabalho, o assédio moral configura-se como o emprego deliberado de poder ou influência psicológica, na forma de ameaça contra terceiros, com potencial de causar lesões, danos psicológicos, privações, ou mesmo transtornos ao desenvolvimento psicofísico do indivíduo (ALKIMIN, 2013; CUNICO, 2014; THOME, 2011; WYZKOWSKI, BARROS e PAMPLONA FILHO, 2014).

Uma importante ação desempenhada na esfera federal referente ao combate ao assédio moral e que representaria uma maior proteção aos trabalhadores. Trata-se do Projeto de Lei nº 4742/2001 em tramitação no Senado Federal da República do Brasil, que visa a introdução do artigo 146-A no Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação:

Art. 146-A. Desqualificar reiteradamente, por meio de palavras, gestos ou atitudes, a autoestima, a segurança ou a imagem do servidor público ou empregado em razão de vínculo hierárquico funcional ou laboral.

Apesar da inexistência de leis federais no que se refere a punição e prevenção do assédio moral nas relações de emprego, as vítimas não ficam totalmente desprotegidas e estas podem recorrer subsidiariamente às normas do Código Civil, a CLT e a Constituição Brasileira (1988) que se caracterizam como importantes dispositivos para a proteção dos assediados (SOUSA, 2019 pg. 111).

O assédio moral conjura-se configura como condutas abusivas (gestos, comportamentos, atitudes e palavras), repetidas e duradouras, que atente contra a dignidade ou integridade de um indivíduo, podendo ameaçar seu trabalho ou degradar o ambiente laboral (Hirigoyen, 2006 pg. 197).

Vale ressaltar que, não há um conceito base na doutrina e homogêneo de assédio moral, frente a inúmeras tentativas de constituir este fenômeno multidisciplinar, dentre as qual vale mencionar um conceito da psiquiatria, desenvolvido pela autora francesa Marie-France Hirigoyen (2019, pg. 133), para quem o assédio moral no local de trabalho trata-se de "toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos

que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física, ou psíquica de uma pessoa, pondo em perigo o seu emprego ou degradando o clima de trabalho”. Apesar da multiplicidade de expressões, há quatro elementos que podem auxiliar na caracterização do assédio moral e na sua distinção de um mero conflito, sendo eles: conduta abusiva; natureza psicológica do atentado; repetição da conduta; e finalidade específica. A prática sistemática e reiterada desses atos acaba ferindo a dignidade psíquica do assediado, que coloca em autoanálise sua autoestima, confiança e competência no trabalho. O empregado, enquanto vítima do assédio acredita que ser o causador dos problemas e que executa um péssimo trabalho, sem serventia a qualquer um. A repetição da conduta, por sua vez, é a responsável por tornar o assédio uma violência sutil e perversa, pois, os atos que isoladamente aparentam ser de pouca gravidade, quando repetidos no tempo, podem gerar consequências muito graves.

Segundo Tribunal Superior do Trabalho, em sua cartilha de prevenção ao assédio moral demonstra atitudes que caracterizam o assédio:

Retirar a autonomia do colaborador ou contestar, a todo o momento, suas decisões;

Sobrecarregar o colaborador com novas tarefas ou retirar o trabalho que habitualmente competia a ele executar, provocando a sensação de inutilidade e de incompetência;

Ignorar a presença do assediado, dirigindo-se apenas aos demais colaboradores;

Passar tarefas humilhantes;

Gritar ou falar de forma desrespeitosa;

Espalhar rumores ou divulgar boatos ofensivos a respeito do colaborador;

Não levar em conta seus problemas de saúde;

Criticar a vida particular da vítima;

Atribuir apelidos pejorativos;

Impor punições vexatórias (dancinhas, prendas);

Postar mensagens depreciativas em grupos nas redes sociais;

Evitar a comunicação direta, dirigindo-se à vítima apenas por e-mail, bilhetes ou terceiros e outras formas de comunicação indireta;

Isolar fisicamente o colaborador para que não haja comunicação com os demais colegas;

Desconsiderar ou ironizar, injustificadamente, as opiniões da vítima;

Retirar cargos e funções sem motivo justo;

Impor condições e regras de trabalho personalizadas, diferentes das que são cobradas dos outros profissionais;

Delegar tarefas impossíveis de serem cumpridas ou determinar prazos incompatíveis para finalização de um trabalho;

Manipular informações, deixando de repassá-las com a devida antecedência necessária para que o colaborador realize suas atividades;

Vigilância excessiva;

Limitar o número de vezes que o colaborador vai ao banheiro e monitorar o tempo que lá ele permanece;

Advertir arbitrariamente; e

Instigar o controle de um colaborador por outro, criando um controle fora do contexto da estrutura hierárquica, para gerar desconfiança e evitar a solidariedade entre colegas.

### **3.1 Assédio moral interpessoal**

Modalidades de abuso interpessoal, o mobbing é definido como um fenômeno sistemático e interativo que pode ocorrer em todos os tipos de organização, atingindo a dignidade e a integridade psíquica do indivíduo, resultando em vitimização (DUFFY e SPERRY, 2012).

A doutrina também estabelece diferença entre o assédio moral interpessoal e organizacional (coletivo) (VILELLA, 2012). Deve ser acrescentado ainda o assédio intergrupos. O assédio moral interpessoal alcança o indivíduo. O assédio organizacional é, por vezes, velado por referências políticas empresariais ou, ainda, estratégias modernas, igualmente infames e cerceadoras das liberdades do indivíduo no ambiente de trabalho. A injúria, o medo, a emoção, a fragilidade e o stress são manipulados no êxito de atos constrangedores. Quanto ao assédio intergrupos, este tem origem, absurdamente, na convergência de identidades e na uniao de interesses de grupos distintos.

As demandass evoluem a partir das diferenças, incitadas por um indício de motivos: inclinações políticas distintas; ausência de maturidade pessoal; desejos individuais de poder e influência; intolerância; preconceito; insatisfação no âmbito profissional; questões pessoais diversas, entre outros. Os estudos direcionam para outra categorização do assédio, que toma como parâmetros os atores envolvidos na prática e o sentido do ato ofensivo.



### 3.2 Assédio Moral Institucional

Os estudos sobre o assédio moral institucional (ou organizacional) são bastante recentes – mesmo que em sua origem, como já apontado acima, podemos ver o seminal trabalho de Heinz Leymann sobre agressões psicológicas no ambiente de trabalho, de viés transcultural, já na década de 1980. É somente nos anos 2000, assim, que o tema passa a compor efetivamente a agenda acadêmica, levando a compreensões mais aprofundadas sobre o fenômeno em si – um fenômeno do assédio moral (ou mobbing, moral harassment, bullying etc.) morfologicamente específico. Neste sentido, na doutrina brasileira temos a definição de Lis Andrea Soboll sobre assédio institucional como uma variante do assédio:

Os aparatos e a estrutura organizacional, quando articulados de maneira a estruturar uma política de violência, configuram o que pode ser denominado de violência ou assédio organizacional, que tem como principais formas de expressões as estratégias abusivas de gestão, como, por exemplo: (i) a gestão por injúria; (ii) a gestão por estresse; e (iii) a gestão por medo. (SOBOLL, 2008: 82).

É a partir desse conceito, pois, que se pode pensar o assédio moral institucional como forma de assédio 1) que se vincula à figura da instituição ou 2) que utiliza a figura da instituição como símbolo de poder e legitimidade para encobrir os abusos. Não é mera ação de uma pessoa, investida ou não de poder hierárquico, sobre o trabalhador, no sentido tradicional de mobbing, mas um tipo específico de violência sistemática, configurada, ela própria, em mecanismo de gestão.

Assim, pode-se dizer que o assédio moral institucional diz respeito a um sistema de gestão empresarial que, em suas características, promove a competição. Tal, em si, não traria nada de extraordinário frente aos pressupostos microeconômicos do capitalismo liberal, no qual a “mão invisível do mercado” acabaria por esmagar aqueles despreocupados com a concorrência ou com os resultados econômicos da atividade produtiva. A questão, todavia, é que contemporaneamente se passa a questionar os meios com que isso é feito, e se volta a atenção àqueles desrespeitosos ou vexatórios, que constituem, para além do esperado, verdadeiros abusos do poder diretivo por parte do empregador.

Sobre este aspecto, aponta Wilson Ramos Filho:

O novo sistema de legitimação capitalista busca a eficiência por intermédio da flexibilidade e pela defesa de um modelo no qual as empresas esbeltas, geridas por executivos, profissionais impregnados pela ideologia que se configurava hegemônica, trabalhariam em rede organizadas por equipes orientadas para a satisfação dos clientes e dos acionistas. Essa satisfação haveria de ser alcançada por intermédio da mobilização geral dos trabalhadores, seja através da motivação proveniente de seus líderes, seja através da precarização das relações na produção, que produzindo temor pela perda dos postos de trabalho induziria a subserviência à custa do aumento dos níveis de ansiedade no trabalho. (RAMOS FILHO, 2009: 5103)

### **3.3 Assédio Moral Vertical**

#### **3.3.1 Descendente**

Assédio moral descendente é aquele que parte do empregador ou superior hierárquico e é dirigido a um ou mais empregados a ele subordinados. Esta espécie se caracteriza especialmente pelo abuso do poder hierárquico e, segundo o entendimento de Marie-France Hirigoyen (2019, pg. 137) é a mais grave, pois "a experiência mostra que o assédio moral vindo de um superior hierárquico tem consequências muito mais graves sobre a saúde do que o assédio horizontal, pois a vítima se sente ainda mais isolada e tem mais dificuldade para achar a solução do problema".

O assédio moral descendente comporta a maioria das reclamações trabalhistas envolvendo este objeto, conforme se observa no trecho a seguir, retirado da ementa do Recurso Ordinário nº 0010632-78.2016.5.03.0111, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

Embora o assédio moral possa se caracterizar por várias formas de conduta, inclusive por colegas, o terrorismo psicológico mais frequente é aquele denominado assédio descendente ou vertical, que se tipifica pelo abuso do poder empregatício, diretamente ou por superior hierárquico. Por se tratar de um instituto com a sua tipificação em aberto, inúmeras variações de comportamento do sujeito ativo podem caracterizar o assédio moral trabalhista.

#### **3.3.2 Ascendente**

O assédio moral ascendente, por sua vez, é aquele cometido pelo empregado ou grupo de empregados contra o superior hierárquico. É raro, mas geralmente acontece pelos subordinados não aceitarem, por algum motivo, aquela gerência. De acordo com Marie-France Hirigoyen (2019, pg. 137), sua origem se relaciona com a desconsideração das opiniões dos trabalhadores a respeito da pessoa designada para lhes chefiar.

### **3.4 Assédio Moral Horizontal**

Já o assédio moral horizontal é aquele praticado por um ou mais empregados contra um, ou mais empregados do mesmo nível hierárquico. Nesta modalidade, como esclarece Leymann, geralmente as agressões são originadas pelo esforço de fazer aceitar as regras do grupo a um indivíduo reticente, por uma inimizade pessoal, pelo fenômeno do bode expiatório, pela manifestação de agressividade de alguns indivíduos, por características próprias da vítima (sexo, religião, nacionalidade, cor, etc).

### **3.5 Assédio Moral Misto**

Assédio moral misto: ocorre quando a chefia assedia e todo grupo passa a "compartilhar" do assédio moral.

As causas mais imediatas deste tipo de perversão são a competitividade, a preferência pessoal do chefe, a inveja, o preconceito racial, a xenofobia, razões políticas ou religiosas, a intolerância pela opção sexual ou o simples fato de a vítima ser, ou comportar-se de modo diferente do conjunto dos colegas (Guedes, 2004; Salvador, 2003. 13-17). Dentre todas as variações de métodos de assédio moral, pode-se perceber como característica comum a todos eles a tentativa de desestabilizar a vítima emocionalmente, o que traz repercussões em diferentes setores da vida do indivíduo vitimizado.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA/EMPREGADOR**

Qual é a responsabilidade do empregador pelos atos de seu empregado?

A resposta a esta questão se encontra expressa na previsão legal dos arts. 1.521 a 1.523 do Código Civil brasileiro, que dispõem, in verbis:

“Art. 1521. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522);

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas, que exercerem exploração industrial.

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.”(grifei)

Tal previsão legal distancia qualquer alegação de não responsabilidade do empregador pelos atos dos seus empregados/prepostos, não havendo motivo para não se incluir também em relação a lesões extrapatrimoniais. A composição do art. 1.523 demonstra que esta responsabilização independe do dolo específico do empregador, satisfazendo-se com a culpa “in vigilando”, ou “in eligendo”, que engloba a negligência, explicitada no aludido dispositivo.

Entretanto, é válido destacar que a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria interpreta os dois dispositivos no sentido de que:

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Súmula 341)

O que demonstra cabal e inequivocamente esta responsabilização legal por ato de terceiros, o que responde a uma responsabilidade objetiva ou, no mínimo, a uma responsabilidade civil com culpa presumível *juris tantum*.

Demonstra-se, porém, ser medida de extrema justiça resguardar-se, sempre, a possibilidade da ação regressiva do empregador, pelos atos de seus empregados.

Vale destacar, inclusive, que alguns ordenamentos jurídicos, no Direito Comparado, albergam previsões, por exemplo, de responsabilidade patrimonial do empregado assediador, independentemente da responsabilidade patrimonial da empresa (Barros, 1998, p.509).

Entretanto, isto não exclui, a possibilidade de uma ação própria, ainda que regressiva, do empregador contra o empregado assediante/assediador, para ressarcir gastos que teve pelo ato imputável a este empregado.

Quando o assédio moral é levado a juízo, para fins de indenização, é ônus da vítima comprovar a existência do ato violador do seu direito, perfazendo-se pela reiteração de condutas sutis e veladas, tornando este ônus excessivo; o dano material e/ou moral sofrido; e o nexo de causalidade entre ambos, conforme se verifica na ementa a seguir, extraída do Recurso Ordinário nº 0010125- 79.2020.5.03.0143, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

Os efeitos indenizatórios decorrentes da responsabilidade civil prevista nos artigos 186 e 927, do Código Civil carecem do cumprimento de requisitos especiais, sem os quais, não se aflora a obrigação de reparar o dano causado. São eles: existência do ato, omissivo ou comissivo, violador do direito de outrem; o resultado danoso para a vítima e o nexo causal entre o ato ou omissão e o resultado. Restando provado o assédio moral no trabalho, ensejador de dano, decorrente de conduta antijurídica e do comportamento abusivo da reclamada, impõe-se a reparação moral pertinente (inteligência dos artigos 186 e 927, do Código Civil e 5º, inciso X da Constituição Federal).

Ao longo da história as relações de trabalho sempre estiveram permeadas por diferentes manifestações de violência devido à estrutura hierárquica marcada pela desigualdade e exploração da força de trabalho de um homem pelo outro. Por vezes, a violência é compreendida apenas como uma ação explícita, porém, é necessário considerar que esta pode se manifestar de diversas formas, inclusive de maneira invisível. Heloani (2003, p. 57-58) pontua que:

Em geral, quando se fala ou se pensa em violência, é inevitável a associação com atos de agressão física. Violência, nesse sentido, é um ato concreto, visível, público, e que normalmente resulta em um dano palpável, objetivo e observável. Por outro lado, quando pensamos especificamente em violência no ambiente de trabalho, a primeira imagem que vem à mente é a do assédio sexual [...]. Porém, há muito mais a ser considerado sobre a violência nas relações de trabalho do que somente a violência que se traduz em abuso sexual. Em muitos casos, comuns nas empresas, o que se nota é uma forma particular de violência, sutil e pernicioso; uma forma de violência que gera vítimas entre indivíduos, grupos e organizações. Damos a essa forma de violência invisível o nome de assédio moral.

## **5 IMPACTOS E CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL**

De acordo com Hirigoyen (2012, pg. 87), entende-se como assédio em um local de trabalho toda e qualquer conduta abusiva que se manifesta sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos à personalidade, dignidade ou à integridade física, ou psíquica de um sujeito, pôr em perigo o seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. Trata-se de um fenômeno circular, que nasce como algo inofensivo e propaga-se insidiosamente, no qual a agressão pode se manifestar de colega para colega (horizontalmente), de um superior para o subordinado (vertical descendente) e em casos mais raros, pelo subordinado a seu superior (vertical ascendente).

Ainda de acordo com a autora, essa guerra psicológica agrega os fenômenos do abuso de poder e a manipulação perversa, no qual o medo da demissão não é uma explicação suficiente para a submissão da vítima que fica psicologicamente atada e impedida de reagir. Existem variados procedimentos perversos que se assemelham a armadilhas e são utilizados por parte dos agressores de forma consciente ou não, dentre eles a recusa a uma comunicação direta, desqualificar e desacreditar o sujeito, isolamento, vexamento, indução ao erro e assédio sexual.

De modo geral, o ideal é que haja a prevenção para que possíveis atitudes de assédio não evoluam para a agressão de fato e assim, surja a necessidade de intervenção da justiça para reparação de danos decorrentes de tal prática, preservando empregador, empregado e Estado. É preciso que as ações preventivas nasçam no ambiente de trabalho em si e os empregadores conscientizem-se de suas responsabilidades e o papel que devem exercer no combate a esta violência.

No entanto, visto que o assédio moral ainda é uma prática incidente no meio ambiente laboral, entende-se que nem sempre essas medidas preventivas para se ter um ambiente de trabalho saudável e de respeito ao trabalhador são adotadas por parte dos empregadores. Organizações que negam a existência do assédio moral (seja ele vertical ascendente, descendente ou horizontal), que não se posicionam frente a esta prática e só agem após o problema ter ganhado proporções gigantescas ainda são uma realidade nos dias atuais.

## **6 DANOS PSICOLÓGICOS**

Há várias definições que variam segundo a ênfase desejada, tais como o enfoque médico, o psicológico ou o jurídico. Juridicamente, o assédio moral pode ser considerado como uma violação/abuso emocional no local de trabalho, de forma maliciosa, sem conotação sexual ou racial, com o fim de afastar o colaborador das relações profissionais, através de boatos, intimidações, coações, humilhações, descrédito e isolamento.

Segundo o sueco Leymann (2005, p. 32), psicólogo do trabalho,

Assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho, por meio do estabelecimento de comunicações anti-éticas (abusivas), que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega(s) desenvolve(m) contra um indivíduo que apresenta, com reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

Nesse sentido, a psicóloga francesa Hirigoyen (2002, p.17), conceitua:

O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Trata-se, no entanto, de uma conduta contrária à moral e ao próprio ordenamento pátrio, instalado no local de trabalho de forma gradativa, fixando consigo dois elementos, representado pelo abuso de poder e pela manipulação. O assédio moral ofende a dignidade do trabalhador, agredindo seus direitos de personalidade, afastando a vítima do emprego, causando, por vezes, o desemprego forçado.

Mostra-se indubitável de que a vítima de assédio moral terá futuros problemas em sua vida íntima, assim como em suas relações de trabalho. O lado financeiro do assediado é o mais afetados quando se trata das consequências, consecutivamente, não menos abalado, é o psicológico da vítima, pois o assédio pode trazer danos psíquicos que chegam a ser irreparáveis com a duração no tempo.

A autora Maria Aparecida Alkimin (2008, p. 83) nos aclara alguns pontos primordiais sobre o tema:

A vítima injustamente atingida em sua dignidade e personalidade de homem e trabalhador suporta significativas perdas, passando a viver no ambiente de trabalho tenso e hostil, em constante estado de incômodo psicofísico, capaz de gerar distúrbios psicossomáticos, refletindo em desmotivação, stress, isolamento e prejuízos emocionais de toda ordem, comprometendo sua vida pessoal, profissional, familiar e social.

[...]



O assédio moral gera sofrimento psíquico que se traduz em mal-estar no ambiente de trabalho e humilhação perante os colegas de trabalho, manifestando o assediado sentimento e emoção por ser ofendido, menosprezado, rebaixado, excluído, vexado, cujos sentimentos se apresentam como medo, angústia, mágoa, revolta, tristeza, vergonha, raiva, indignação, inutilidade, desvalorização pessoal e profissional, que conduzem a um quadro de depressão com total perda da identidade e dos próprios valores, com risco de suicídio.

Corroborando, a autora Hirigoyen (2009) subdivide as principais consequências do assédio moral, como sendo consequências específicas físicas (o estresse e a ansiedade, a depressão e os distúrbios psicossomáticos), em consequências do traumatismo (estresse pós-traumático, desilusão e reativação das feridas) e em consequências específicas do assédio moral (a vergonha e a humilhação, a perda do sentido, modificações psíquicas e defesa pela psicose).

De certeza, o assédio moral no trabalho manifesta-se de distintas formas, às vezes mais clara outras sutil e praticamente imperceptível, percebida tarde demais.

A humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, sua dignidade e suas relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos às saúdes física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, o desemprego ou até mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações de trabalho (CATALDI, 2011, p. 93 apud SETTE; REIS, 2016, p.81).

Sem dúvida, na saúde do trabalhador tem consequências terríveis em qualquer meio condição e local, com risco invisível, porém concreto e isolamento da pessoa assediada que é hostilizada, desacreditada, se sentindo inferior e ridicularizada perante as demais pessoas. Tudo isso decorrente do assédio moral ou acoso psíquico ocorrendo em todos os sexos, manifestado como:

Crises de choro, dores generalizadas, palpitações, tremores, sentimento de inutilidade, insônia ou sonolência excessiva, depressão, diminuição da libido, sede de vingança, aumento da pressão arterial, dor de cabeça, distúrbios digestivos, tonturas, ideia de suicídio, falta de apetite, falta de ar, passa a beber, tentativa de suicídio (TOLEDO, 2011, p.90 apud SETTE; REIS, 2016, p.81).

De acordo com Amazarray (2010) a vítima do assédio moral tem dificuldade de se defender das agressões por possuir uma relação de poder entre as partes sendo essa relação formal ou informal, porém, há o medo de perder seu emprego e não voltar ao mercado de trabalho, de ser humilhada, da competição e falta de apoio entre os colegas dificultando a suas reações no local de trabalho. A mesma acrescenta que "a 'guerra' psicológica no trabalho agrega, portanto, dois fenômenos: o abuso de poder, comumente oculto e mascarado, e a manipulação perversa, que se instala de forma insidiosa e quase imperceptível".

Em outras palavras, acrescenta que:

São inúmeros os fatores tensionantes no cotidiano laboral que demandam mobilização constante de competências para seu enfrentamento, como rupturas nas carreiras, incertezas, clima competitivo, transformações tecnológicas e pressões pelo cumprimento de metas (AMAZARRAY, 2010, p. 40).

Ademais, acrescenta a autora ainda que “As repercussões do assédio moral no trabalho sobre a saúde são diversas, tanto do ponto de vista físico como psíquico, e podem ser decorrentes tanto do assédio moral interpessoal como do assédio moral organizacional” (AMAZARRAY, 2010, p. 34).

Deste modo, na pós-modernidade os trabalhadores desafia-se a adaptação contínua em situações contrárias representando riscos à saúde psíquica. O que passa a ser comum que quando a vítima percebe de verdade a situação ofensiva, já resta estabelecido o processo destrutivo, que de forma silenciosa alastra-se manipulando perversamente, estimulando o ataque e colocando a vítima em situação de inferioridade.

## **7 COMBATE E PREVENÇÃO AO ASSEDIO NO AMBIENTE DE TRABALHO**

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV). É assegurado o direito à saúde, ao trabalho e à honra (art. 5º, X, e 6º).

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

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

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.( grifei)

No Código Civil em seu art. 186 ensina sobre ato ilícito, que por sua vez comporta a conduta ativa do assédio moral.

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (grifei)

### **7.1 Medidas de Combate**

- Caso esteja vivenciando uma situação de assédio, não se submeta! Existem várias alternativas para enfrentar esse tipo de violência no trabalho:
- Anote com detalhes a situação: dia, hora e mês, nome do agressor e conteúdo da conversa, testemunhas e tudo o que você lembrar;
- Evite conversar com o agressor sem testemunhas;
- Mantenha uma cópia da documentação que possa comprovar a agressão;
- Exija, quando pertinente, as instruções por escrito. Mesmo que, seja por meio eletrônico. Provar o assédio é fundamental;
- Dê visibilidade ao problema: procure ajuda de colegas que testemunharam o caso;
- Busque o apoio de familiares e amigos! O apoio e a solidariedade são fundamentais para a manutenção da autoestima, dignidade e confiança;
- Rompa o silêncio: denuncie a situação aos canais competentes;
- Reúna provas, como bilhetes, presentes, entre outros;
- Arrole colegas que possam ser testemunhas;
- Registre queixa na Delegacia da Mulher, ou em uma delegacia comum, no caso de assédio sexual.

## 7.2 Medidas Preventivas

- Os problemas de relacionamento dentro no ambiente de trabalho e os prejuízos daí resultantes serão tanto maiores quanto mais desorganizada for a empresa e maior for o grau de tolerância do empregador em relação às práticas de assédio. Para preveni-las, a empresa deve atuar por meio das seguintes ações:
- Estabelecer diálogo sobre os métodos de organização de trabalho com os gestores e empregados;
- Promover seminários, palestras e outras atividades voltadas à discussão e sensibilização sobre tais práticas;
- Disseminar informações sobre assédio;
- Possibilitar a educação e a capacitação de gerentes, pessoas-chaves, líderes e empregados;
- Promover práticas que estimulem o respeito, a colaboração e a integração entre os colaboradores.

## 8 CONCLUSÃO

Diante do exposto no desenvolvimento deste trabalho torna-se possível concluir que o Assédio Moral ainda é uma violência que assola a sociedade nos dias atuais. Tal mazela corresponde em uma agressão que ocorre dentro do ambiente de trabalho, de forma contínua e prolongada, gerando inúmeros e distintos danos.

O assédio consumado pode atingir diversos indivíduos dentro desse ambiente, dando origem aos diferentes tipos de assédio apresentados, como os verticais, ascendentes e descendentes, o horizontal e o misto, sendo mais comum o vertical descendente, que derivam da hierarquia. Tal modalidade de assédio parte da chefia, quer seja do empregador ou mesmo de um preposto, em desfavor dos empregados, humilhando e atacando esses funcionários objetivando a possível desvinculação deles.

Desta forma, é ocasionado o pedido de demissão por parte do funcionário, para evitar custos de verbas rescisórias, ou mesmo pela impossibilidade de serem demitidos sem um motivo relevante, devido à estabilidade, como no caso do setor público. É válido ressaltar ainda, uma das maiores causas de assédio moral, é o preconceito, seja devido à cor, à opção sexual, religião, idade ou à mulher.

Todavia, as consequências causadas pelo assédio são críticas e diversas, produzem danos, muitas vezes irreparáveis, às vítimas, viola direitos e garantias fundamentais. Além de gerar custos ao erário público com atendimentos médicos, ausência de mão de obra, desemprego, gastos com assistência previdenciária, devido a uma invalidez ocorrida, além dos danos próprios na estrutura organizacional e com isso, até mesmo baixas na lucratividade.

No mais, mostra-se visível e devidamente comprovada a grande relevância de tal tema, um assunto muito presente nos dias atuais que gera inúmeros prejuízos e, deve, portanto, ser combatido de forma devida e eficiente.

Por fim, a prevenção do assédio moral deve ser de grande valia e eficiência, porquanto, pode ser usada antes de haver uma legislação específica, e *posteriori*, como complemento àquela. Esta prevenção deve transcorrer em conjunto, por parte das empresas, do governo, dos sindicatos, da sociedade, dos profissionais da área da saúde, da área jurídica e de grupos de apoio. Atualmente há a utilização da prevenção por parte destes, porém, de modo minimalista, a publicidade e apoio do governo seriam fatores de grande impulsão e reforço a esse meio de combate. Afinal, a prevenção se mostra como um meio de grande eficiência no combate ao problema e uma legislação abordando a obrigatoriedade e indicando quais os métodos preventivos utilizados seria uma forma de expandir a eficiência desse meio, afinal, os trabalhadores são a engrenagem do desenvolvimento do país e com sua importância merecem ter seus direitos garantidos.

## 9 REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

AMAZARRAY, Mayte Raya. **Violência Psicológica e Assédio Moral no Trabalho: Enquanto Expressão de Estratégia de Gestão**. 2010. Tese (Doutorado) – Curso de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/26083/000756202.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15/09/2021.

BARROS, Alice Monteiro de, **“O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado” in “Genesis – Revista de Direito do Trabalho”**, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.509.

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

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.742, de 2001. Introduce Art. 146-A no Código Penal Brasileiro - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -, dispendo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Diário da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26MAI2001.pdf#page=74>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

DUFFY, M.; SPERRY, L. **Mobbing: causes, consequences and solutions**. Inglaterra: Oxford University Press, 2012. 1- 22 p.

GUEDES, M. N. (2004). **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr.

HELOANI, Roberto. **Violência Invisível**. GV-executivo, v. 2, n. 3, ago-out, 2003. Disponível em: <https://rae.fgv.br/gv-executivo/vol2-num3-2003/violencia-invisivel>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

HIRIGOYEN, M. (2002). **Mal-estar no trabalho: Redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral: A violência perversa no cotidiano**. 14.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Tradução de Maria Helena Kuhner. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

NUNES, T. S. (2016). **A influência da cultura organizacional na ocorrência do assédio moral no trabalho na Universidade Federal de Santa Catarina** (Tese de doutorado). Programa de Pós-Graduação em Administração, Centro Sócio- Econômico, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, SC, Brasil.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

PIRES, J. C. S. MACÊDO, K. B. (2006). **Cultura organizacional em organizações públicas no Brasil**. Revista de Administração Pública, 40(1), 81-105. <https://doi.org/10.1590/S0034-76122006000100005>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

RAMOS FILHO, Wilson. **O assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos**. O Trabalho: Doutrina em Fascículos Mensais, Curitiba, n. 149, jul. 2009, p. 5103.

SALVADOR, L. (2003). **Assédio moral: Doença profissional que pode levar à incapacidade permanente e até à morte**. Revista Bonijuris, 15 (470), 13-17.

SETTE, Sandra Mara Franco; REIS, Clayton. **O Acoso Psíquico (Assédio Moral) Como Agente Nocivo Psicológico Presente No Ambiente Laboral – Instrumentos de Proteção**. p.76-95. Disponível em:<http://site.conpedi.org.br/publicaes/02q8agmu/1gi5pywg/ygOFWr7fvU8kOjyp.pdf>. Acesso em: 05/09/2021.

SOBOLL, Lis Andréa Pereira. **Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1ª Edição, 2008.

SOUSA, Ana Karoline Silva. **Assédio moral frente a inexistência de legislação federal**. Revista Âmbito Jurídico, n. 191, 04 dez. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-protecao-do-trabalhador-vitima-do-assedio-moral-frente-a-inexistencia-de-legislacao-federal/>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Processo – RO 0010632-78.2016.5.03.0111. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. Belo Horizonte, 09 de set. de 2019. Disponível em: <https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=868>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Processo – RO 0010125-79.2020.5.03.0143. Relatora: Maria Cecília Alves Pinto. Belo Horizonte, 07 de jun. de 2021. Disponível em:<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=896>. Acesso em: 07 de abril de 2022.

Tribunal Superior do Trabalho, TST. **Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral**, 2019.

VILELLA, F. G. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: Elsevier Editora, 2012. P. 152-155.



## O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS PRISÕES PREVENTIVAS

**KLAYVET LIMA GUIMARÃES:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

**RESUMO:** O objetivo deste presente artigo é tratar sobre as prisões preventivas, buscando desde seu contexto história no plano internacional e sua utilização com o decorrer do tempo, de 1514 até a atualidade no Brasil, verificando também se fere algum princípio ou normal constitucional, com maior ênfase ao princípio da presunção de inocência, em suas aplicações no âmbito jurídico. A partir de um estudo voltado às identidades principiológicas e normativas do ordenamento brasileiro, é verificado sua previsão legal no artigo 312 e sua admissibilidade no artigo 313 do Código de Processo Penal, e também pelo prisma da Lei 13.964/19, a qual carrega o nome de “lei anticrime” que nos deu novos entendimentos ao tema. Doravante, é matéria de análise a ordem pública como pressuposto para a prisão preventiva e seu conflito doutrinário a respeito de seu real significado, vislumbrando as decisões de tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, podemos identificar uma consonância entre as decisões dos tribunais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Presunção de Inocência. Princípio. Direito Penal. Processo Penal. Prisão Preventiva.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to deal with preventive prisons, seeking from its historical context at the international level and its use over time, from 1514 to the present day in Brazil, also verifying if it violates any constitutional principle or normal, with greater emphasis the principle of presumption of innocence, in its applications in the legal sphere. From a study focused on the principles and normative identities of the Brazilian legal system, its legal provision in article 312 and its admissibility in article 313 of the Criminal Procedure Code is verified, and also through the prism of Law 13.964/19, which bears the name of “anti-crime law” that gave us new understandings on the subject. From now on, public order is a matter of analysis as a presupposition for preventive detention and its doctrinal conflict about its real meaning, looking at the decisions of Superior Courts and the Federal Supreme Court, we can identify a consonance between the decisions of the courts.

**KEYWORDS:** Presumption of Innocence. Principle. Criminal Law. Criminal proceedings. Preventive Detention

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar as prisões preventivas e o princípio da presunção de inocência, de modo verificando sua importância e percepção histórica internacionalmente e no ordenamento brasileiro, encontrando seu embasamento no Código de Processo Penal.

Na esfera principiológica se tem amarras para as prisões preventivas, garantindo proporcionalidade enquanto às características do caso concreto e a razoabilidade diante das

medidas e de seu prazo útil. Enquanto na doutrina encontramos entendimentos divergentes sobre ao termo “ordem pública”, por ser uma das hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, havendo corrente doutrinária que sustenta uma aplicação restrita enquanto há corrente que defenda sua ampla aplicação. Por fim, na jurisprudência encontramos posicionamentos diferentes, entretanto, consoantes, uma vez assegurando que a medida cautelar de prisão preventiva não deve haver caráter punitivo ao analisar o andamento do processo e o tempo dessa prisão.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, usando métodos quantitativos acerca do tema, utilizando-se julgados, livros, revistas, colunas e legislação vigente.

## **2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA HISTÓRIA**

A presunção de inocência é um princípio constitucional e também um dos Direitos Humanos, tendo suas raízes na evolução francesa no século XVIII, que segundo Valério Mazzuoli (2019, p. 53) “trata-se dos direitos que têm por titular o indivíduo, sendo, portanto, oponíveis ao Estado”, estando codificado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 9º com a seguinte redação “Todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”, do mesmo modo, Cesare Beccaria, em seu Livro, *Dos Delitos e Das Penas* nos dá o seguinte pensamento “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada”, sendo assim um direito de primeira geração. Observando o momento histórico é possível observar a garantia ao indivíduo de não ter sua liberdade injustamente restringida e da não aplicabilidade de pena excessivamente severa.

Posteriormente, estando presente outras declarações, como as quais podemos citar a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (art. 6º, n 2), na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Art. 8º, n 2), no pós-guerra, onde o sentimento de fraternidade entre os povos estava em destaque após o fim da Segunda Grande Guerra que cominou na Declaração de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Artigo 9º e 11).

## **3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL**

No Brasil o Direito Penal desandou com os costumes, estando sempre um passo atrasado. No período colonial tivemos as Ordenações Afonsinas que vigoraram até 1514, que como características tinham as cruéis penas e sem qualquer garantia. Ordenações Manuelinas datadas em 1514, tempo das vinganças públicas e não muito diferente de sua antecessora. Ordenações Filipinas vigoraram até 1830, vítima deste sistema Tiradentes sofreu a pena capital e tendo-se transferido para seus descendentes também, período marcado pela vingança pública e pelas penas bárbaras.

No período Imperial foram abolidas as penas de “açoites, tortura, marca de ferro e todas as penas cruéis”, como alude o ilustre André Estefam (2020, p.106) não apenas essas mudanças trouxe o código criminal de 1830, foram diversas virtudes como também a previsão de atenuante, indenização do dano e a clareza e a concisão de seus preceitos, contudo, a pena capital por meio de enforcamento e por meio de outros métodos ainda estava vigorando.

Período Republicano o código criado entrou em vigor já desatualizado uma vez que não estava de acordo com os entendimentos e tendo um número muito grande de leis, em 1932 foi promulgada a Consolidação das Leis Penais e no Estado Novo no ano de 1942 foi promulgado o Código Penal que está vigente até os dias de hoje.

Entretanto, apenas em 1988 com a nova Constituição Federal que tivemos um dispositivo que traria o princípio da presunção da inocência estando presente no art. 5º, LVII, que nos traz a seguinte redação “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, seguindo o pensamento da escola positivista e estando de acordo com as normas internacionais, bem como o pacto San José, a carta magna nos dá esta garantia imutável.

No ordenamento brasileiro o princípio de não culpabilidade, como também é chamado, nos resplandece que todo indivíduo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, impondo assim o ônus da prova para a acusação, sendo, portanto, regra, podendo em casos excepcionais, ser flexibilizada para que seja extremamente necessário para o processo, seja para proteção da ordem pública, que são as medidas cautelares de prisão.

#### **4 A PRISÃO SOBRE O PRISMA CONSTITUCIONAL E DOUTRINÁRIO**

A pena de privativa de liberdade, aquela advinda de uma decisão penal condenatória de um juiz após o decorrer de todo o processo legal que, sendo regra nas prisões, se divide em detenção e reclusão, enquanto uma é prevista para aquelas infrações de menor gravidade, bem como, violação de domicílio, ameaça, desacato e lesão corporal, a outra por sua vez é prevista para aquelas infrações mais graves, como, associação criminosa, estelionato, roubo e furto.

No ordenamento brasileiro, há também outros meios para a prisão, que são as chamadas medidas cautelares de prisão, que são utilizadas de maneira excepcional quando útil ao processo ou para assegurar a ordem pública. Se subdividindo em três ramos, prisão temporária, prisão em flagrante e a prisão preventiva, esta última será trata posteriormente.

O princípio da presunção de inocência torna-se ainda mais consistente no direito brasileiro que em outros sistemas jurídicos, uma vez que, ele está intrínseco no ordenamento jurídico sendo regra, e não a exceção. Doravante a este ponto, nenhum direito é absoluto no sistema jurídico brasileiro, todavia, há casos em que o direito de presunção de inocência será apreciado junto às normas processuais penais, como nos ensina Cleber Masson (2017, p.672) “(...) a presunção de inocência deve ser flexibilizada diante do interesse público na efetividade da lei penal. Essa conclusão compatibiliza o respeito ao direito fundamental consagrado no art. 5º, LVII, da Lei Suprema com a eficácia da Justiça Penal, sem prejuízo do respeito ao nosso complexo sistema processual”.

Portanto, o Estado tem o poder e prerrogativa para restringir a liberdade de um indivíduo quando necessário e quando determinado por um juiz, quando provocado, seja de maneira temporária de caráter cautelar para seguridade do processo ou em decisões condenatórias, as restritivas de liberdade são as mais severas penas no âmbito penal brasileiro, sendo, necessariamente, a prisão, uma medida excepcional.

Nas palavras de Renato de Lima, podemos configurar a prisão da seguinte maneira:

A palavra “prisão” origina-se do latim *prehensio*, que vem de *prehensio* (*prehensio, onis*), que significa prender. Nossa legislação não a utiliza de modo preciso. De fato, o termo “prisão” é encontrado indicando a pena privativa de liberdade (*detenção, reclusão, prisão simples*), a captura em decorrência de mandado judicial ou flagrante delito, ou, ainda, a custódia, consistente no recolhimento de alguém ao cárcere, e, por fim, o próprio estabelecimento em que o preso fica segregado.

No sentido que mais interessa ao direito processual penal, deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o 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 (CF, art. 5º, LXI).” (2020, p. 963)

Como é possível observar nos ensinamentos do grande autor Renato de Lima, a prisão é um gênero o qual carrega três espécies distintas: as prisões cautelares (*prisão em flagrante, preventiva e prisão temporária*), prisões penais e as extrapenais. Como aponta o mesmo:

No ordenamento jurídico pátrio há, fundamentalmente, 3 (três) espécies de prisão: a) prisão extrapenal: tem como subespécies a prisão civil e a prisão militar; b) prisão penal (*prisão pena ou pena*): é aquela que decorre de sentença condenatória com trânsito em julgado (STF – ADC’s 43, 44 e 54); c) prisão cautelar, provisória, processual ou sem pena: tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária” (2020, p. 964).

Do mesmo ponto, o autor ainda adverte:

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. Tendo em conta a função cautelar que lhe é inerente – atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal – a prisão cautelar também não pode ser

decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, como mera consequência da deflagração de uma investigação policial ou até mesmo da instauração de um processo penal, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental. (2020, p. 973)

Tendo sua previsão no art. 282 do Código de Processo Penal, as prisões cautelares poderão ser decretadas de maneira isolada ou cumulativa, deverá ser decretada pelo juiz a requerimento das partes, pela autoridade policial quando em representação ou pelo Ministério Público.

Destarte, é importante se que faça necessário e que se cumpra todos os requisitos para a decretação de uma prisão cautelar, para assegurar que não haja nenhum equívoco na decisão e sobretudo que esteja de acordo com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade para que a prisão cautelar não tenha como finalidade a pena ou a vingança.

Neste diapasão, torna-se necessário uma análise mais profunda ao princípio da proporcionalidade, no que tange as prisões cautelares, ou ainda, as prisões preventivas, uma vez que segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) em 2014 cerca de 41% da população carcerária, ou 250.213 (duzentos e cinquenta mil duzentos e treze) pessoas estavam sendo privadas de sua liberdade sem condenação, em dados mais recentes, temos uma redução nesses números, alcançando 24,72% da população carcerária, ou 196.830 (cento e noventa e seis mil oitocentos e trinta).

Portanto, é importante observar se há adequação da medida cautelar ao caso concreto e em suas características, uma vez podendo ser cumulativas ou não entre si, enquanto a prisão preventiva é uma medida processual, a prisão temporária é uma medida cautelar pré-processual.

## **5 PRISÃO PREVENTIVA**

Sendo um dos meios de prisão cautelar, a prisão preventiva é exclusivamente decretada pelo juiz de direito quando presentes todos os requisitos necessários em lei. Para a decretação é necessário a existência do *periculum libertatis* e do *fumus commissi*.

Nas lições de Victor Gonçalves em seu livro *Direito Processual Penal Esquematizado*:

*Fumus commissi delicti* nada mais é do que a exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como da existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração. É o que se chama, no processo civil, de *fumus boni juris*. Já o *periculum libertatis* diz respeito à necessidade de segregação do acusado, antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que está prestes a fugir para outro país etc. É o chamado *periculum in mora* do processo civil. (2019, p. 527)

Observando o direito penal e o processual penal respeitam os princípios e direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, todavia, os mesmos devem ser afastados quando necessário para que o Estado possa exercer seu dever de proteger a sociedade, e como analisado, a Constituição Federal também garante ao Estado maneiras para que desempenhe tal função,

tendo como uma dessas maneiras a prisão cautelar preventiva, estando presente no nosso Código de Processo Penal no Art. 312 e sua admissibilidade no art. 313:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011) I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida

§2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento da denúncia.

Como é possível observar no art. 312, a hipótese de garantir a ordem pública não é única, há outras hipóteses para a que seja decretada a prisão preventiva, primeira é a garantia de ordem econômica, que Guilherme Nucci descreve da como uma espécie pertencente à garantia da ordem, assim como a garantia ordem pública, esta medida visa impedir que o agente cause maiores abalos à situação econômico-financeira, protegendo dessa maneira de possíveis crimes “invisíveis” que empresários e administradores de valores possam cometer, em especial observação ao setor público. Destarte, entende-se que a finalidade desta hipótese de prisão preventiva é impedir os chamados “crimes de colarinhos brancos”

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA, USO DE DOCUMENTO PÚBLICO IDEOLOGICAMENTE FALSO, DESCAMINHO,



EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE CAPITAIS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RISCO DE REITERAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FRAUDES DE VALORES VULTOSOS. GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA. RECORRENTE ESTEVE FORAGIDO POR LONGO TEMPO. ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, ainda que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.2. Caso em que a prisão do recorrente (acusado de ser um dos líderes do grupo criminoso e denunciado com outros acusados pela suposta prática dos crimes de formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, uso de documento público ideologicamente falso, descaminho, evasão de divisas e lavagem de dinheiro) foi decretada no bojo da denominada "Operação Simulacro", da Polícia Federal.3. A medida constritiva da liberdade foi mantida pelo Tribunal impetrado para a (a) garantida da ordem pública, em razão do risco efetivo de reiteração (centenas de ações penais por crimes fiscais propostas contra os sócios e administradores desde o ano de 1989); (b) garantia da ordem econômica (vultosos prejuízos acarretados ao fisco federal e estadual que alcançaram a cifra de mais de um bilhão e meio de reais); e, para (c) assegurar a aplicação da lei penal (o recorrente esteve foragido por longo tempo - o decreto de prisão, proferido em 16/12/2013, foi cumprido somente em 24/3/2016). Precedentes.4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (STJ. 5ª Turma. RHC XXXXXXX/XXXXX-7. Rel Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Acórdão 27.09.2017)

Por sua vez, a conveniência da instrução criminal como hipótese da prisão preventiva, para o autor, é a existência da garantia do devido processo legal, tal conveniência, se dá para que na busca da verdade real não haja dentro do processo a incidência de vícios, que seja o processo equilibrado e imparcial. A decretação da prisão preventiva nesta hipótese assegura que o acusado não prejudicará a obtenção de provas no desenvolvimento da instrução criminal.

Julgados dos tribunais mostram-se consoantes aos ensinamentos do autor:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL E PELO MEIO QUE GEROU PERIGO COMUM, ALÉM DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM CONCRETO. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. TEMOR DE TESTEMUNHAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO

CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não há ilegalidade na decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, diante da presença de indícios de autoria e da materialidade dos delitos de homicídio qualificado e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, e pelo perigo que o seu estado de liberdade representa à garantia da ordem pública e à instrução criminal. 2. Restam caracterizadas a gravidade do crime e a periculosidade do paciente, justificando a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, uma vez que o paciente é acusado de efetuar disparos de arma de fogo contra a vítima dentro de um estabelecimento comercial que estava em pleno funcionamento, com várias pessoas no seu interior no momento dos disparos, desferidos em razão de desentendimento acerca de relacionamento amoroso. 3. A prisão cautelar do paciente também se justifica por conveniência da instrução criminal, diante de notícias nos autos do temor de testemunhas em relação ao acusado, as quais se mostraram receosas de prestar depoimento, por medo de represálias. 4. Em relação ao pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, com base no contexto da pandemia de COVID-19 e de seu impacto no sistema carcerário, vale salientar que o Juízo da Vara de Execuções Penais, em conjunto com os órgãos competentes da Subsecretaria do Sistema Penitenciário e da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, têm tomado medidas diligentes e adequadas à prevenção da transmissão do vírus no sistema carcerário. Ademais, na ponderação concreta entre a situação do paciente e o direito da coletividade, na perspectiva de garantia da ordem pública, concretamente ameaçada pela liberdade do paciente, a situação atual recomenda que se prestigie a sociedade, mantendo-se sua prisão preventiva, sobretudo porque não restou suficientemente comprovado que o paciente se enquadre no grupo de risco, além de que o crime pelo qual responde é grave e foi cometido com violência e resultado morte. 5. Ordem denegada para manter a prisão preventiva do paciente. (TJDFT, 2ª Turma, HC 0717734-53.2020.8.07.0000. Rel Des. Roberval Casemiro Belinati. DJe 24.07.2020)

A garantia de aplicação da lei penal nas palavras de Nucci:

A garantia de aplicação da lei penal significa assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Não tem sentido o ajuizamento da ação penal, respeitando-se o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico. Não bastasse já ter ele cometido o delito, que abala a sociedade, volta-se, agora, contra o processo, tendo por finalidade evitar que o direito de punir se consolide. Exemplo maior disso é

a fuga deliberada da cidade ou do País, demonstrando que não está nem um pouco interessado em colaborar com a justa aplicação da lei. No mesmo prisma, já exposto, deve-se captar o grau e a intensidade do caso concreto, voltado à garantia da aplicação da lei penal, para optar entre a decretação de medida cautelar alternativa ou da prisão preventiva. Afinal, consta como requisito para a medida cautelar a necessidade para aplicação da lei penal (art. 282, I, CPP), do mesmo modo que está presente no art. 312 do CPP. (Nucci, p. 1002)

Portanto, a diante aos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci, as hipóteses da prisão preventiva têm como fundamento garantir o bom desenvolver do processo, buscando a valoração do princípio do devido processo legal, sua celeridade e proteger o processo de possíveis obstáculos criados pelo acusado, seja coagindo testemunhas ou destruindo outros meios de prova, ou ainda, para que não cause maiores prejuízos.

A prisão preventiva tendo também, previsão constitucional no art. 5º, LXI com a seguinte redação “ninguém será preso se não flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Vale ressaltar que em 2019 houve mudanças com a decretação da Lei N° 13.964, que alterou significativamente a prisão preventiva, podendo ser decretada de ofício ou a pedido as partes e só será decretada quando não houver cabimento para outras medidas cautelares ou sua substituição por medida diversa cabível.

Ao passo da doutrina, é nítido a consonância entre as mentes dos doutrinadores, o qual o dever para com a Constituição e seus princípios é absoluto, de modo a observar a duração dessa medida, como supracitado, não podendo ser medida com caráter de pena, tampouco deverá afastar princípios como celeridade, proporcionalidade e acima de tudo, o devido processo legal.

Na visão de Victor Gonçalves:

A prisão preventiva é, evidentemente, medida excepcional — embora tenha se tornado comum em razão da escalada da criminalidade violenta em nosso país. Em face dessa excepcionalidade, o instituto rege-se ainda pelos princípios da taxatividade, adequação e proporcionalidade, não se sujeitando a regime de aplicação automática. Não pode a lei determinar hipóteses compulsórias de decretação da prisão preventiva que, assim, sempre pressupõe análise do fato concreto pelo juiz a fim de verificar a necessidade desta forma de prisão. (2019, p.527)

Enquanto para Galdino Siqueira:

Não é uma pena, se bem que de fato assumo esse caráter, porquanto a pena só pode ser imposta com a certeza do crime e de seu agente, e mediante julgamento; a prisão preventiva é uma medida, imposta pela

necessidade, para acautelar ou assegurar a administração da justiça; e logo que se manifeste contra o indiciado a suspeita de criminalidade. (Curso de processo criminal, p. 129, apud. Nucci, Guilherme, 2020, p.988)

Porém, ao observar o uso irregular e da banalização desse instrumento processual, Guilherme Nucci ressalva:

É conveniente uma indagação: até quando vamos tolerar o flagrante desrespeito aos direitos humanos? Até quando vamos fingir que as nossas penas respeitam o princípio da humanidade, inscrito no art. 5.º da CF? (...) Lutamos contra o incerto. Vemos o erro. Não conseguimos atingir o acerto. Tudo isso porque há excesso de demagogia no mundo doutrinário e na esfera judiciária. Parece, num primeiro momento, que todos são a favor da prisão humanitária e que a prisão cautelar é exceção. No entanto, na realidade, especialmente na jurisprudência, não se dá o menor relevo ao humanismo no cumprimento da pena e a prisão cautelar é banalizada, especialmente em relação às pessoas de menor poder aquisitivo. (2020, p. 938)

Portanto, torna-se necessário maior zelo ao processo, ao sujeito investigado e acima de tudo aos direitos garantidos pela Carta Maior, uma vez havendo o uso incorreto das prisões cautelares como apontou o autor. O processo penal não pode, nem deve ser instrumento de vingança ou de punição arbitrária, deve-se cumprir seus próprios princípios e não apenas para garantir expectativa popular.

## **6 ORDEM PÚBLICA E A PRISÃO PREVENTIVA**

A prisão preventiva, como já mencionado, tem como hipótese para sua decretação a conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública, ao que concerne à esta última hipótese, para alguns doutrinadores, como Renato Brasileiro, tem um sentido vagado, podendo ser possível identificar 3 correntes doutrinárias sobre seu real significado.

A corrente minoritária, defende que as medidas cautelares devem sempre garantir os efeitos e a saúde do processo em si e não para garantir finalidades extraprocessuais, como defende Odone Sanguiné:

A prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir. (Manual de Processo Penal, p.1062, apud SANGUINÉ, p. 114/115)

Por seguinte, a segunda corrente, a qual é majoritária, que carrega uma característica restritiva, sustenta que o objetivo da prisão preventiva é resguardar a sociedade da periculosidade do agente que comete crimes, tendo também como foco garantir o resultado útil do processo, tendo como cerne o princípio da prevenção geral. Essa teoria defende que ordem pública tem consonância com a periculosidade do agente, não podendo observada somente a gravidade do fato em abstrato.

Por fim, a terceira corrente doutrinária entende que para a decretação da prisão preventiva com a perspectiva de garantir a ordem pública seria admissível, uma vez, assim, garantindo maior credibilidade da justiça, como apontou o Ministro Gilmar Mendes ao julgar o Habeas Corpus 89.090/GO, ao qual foi relator em 2007:

Quanto ao requisito da garantia da ordem pública, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, destaco as seguintes circunstâncias principais: i) a necessidade de resguardar a integridade física do próprio paciente ou dos demais cidadãos; ii) o imperativo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que tal objetivo esteja lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do Poder Judiciário, quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal e desde que diretamente relacionadas com a adoção tempestiva de medidas adequadas e eficazes associadas à base empírica concreta que tenha ensejado a custódia cautelar. (STF, 2ª Turma, HC 89.090/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05.10.2007).

Por fim, torna-se necessário ressaltar a diferença entre a corrente que defende o caráter restritivo e a corrente que defende o caráter ampliativo das prisões preventivas em termo de seguridade da ordem pública, enquanto a primeira corrente defende que garantir a ordem pública é sinônimo de prevenir ações ilícitas e antijurídicas por parte do indivíduo que esteja em liberdade, por outro lado a segunda corrente entende que o clamor público seria requisito para a decretação dessa medida, para assegurar a credibilidade da justiça.

## **7 POSICIONAMENTO JURISPRUDÊNCIAL**

Nos tribunais brasileiros entende-se que a prisão preventiva deve cumprir os requisitos legais, como não ser determinada de ofício e estar bem fundamentada no caso concreto, não tão somente, como também cumprir os princípios constitucionais e processuais penais, garantindo assim a não arbitrariedade nas decisões e buscando melhor andamento do processo.

Um dos princípios que frequentemente é objeto de análise é o princípio da razoabilidade nas prisões preventivas, o prazo de duração dessa medida muitas vezes é até seja necessário para o processo, não podendo ultrapassar a decisão condenatória, porém, excedendo o tempo de 2 (dois) anos da prisão preventiva, esta estará constituindo antecipação executória pena, como é possível observar em julgado da 2ª turma no HC nº86.915/SP de 2006, sendo o Ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Gilmar Mendes o relator, nas palavras do mesmo: "a demora na

instrução e julgamento de ação penal, desde que gritante, abusiva e irrazoável, caracteriza o excesso de prazo. Manter uma pessoa presa cautelarmente por mais de dois anos é desproporcional e inaceitável, constituindo inadmissível antecipação executória da sanção penal”, entretanto, para entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) só será possível identificar a não razoabilidade da prisão preventiva ao fim do processo como apontou o ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

Em relação à alegação de desproporcionalidade da prisão em cotejo à futura pena a ser aplicada, trata-se de prognóstico que somente será confirmado após a conclusão do julgamento da ação penal, não sendo possível inferir, neste momento processual e na estreita via ora adotada, o eventual regime prisional a ser fixado em caso de condenação (e consequente violação do princípio da homogeneidade) (STJ, 5 Turma, HC XXXXX/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 28.09.20).

Por outro lado, a 6ª turma do STJ entende que pode ser possível identificar medidas não proporcionais ou não razoáveis mesmo antes da sentença condenatória quando ela se torna morosa, como é possível observar:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR QUE PERDURA HÁ CERCA DE 6 ANOS E 6 MESES. JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI SEM PREVISÃO CONCRETA DE DATA PARA ACONTECER. TEMPO DESPROPORCIONAL. COAÇÃO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RECURSO PROVIDO. EXTENSÃO DE EFEITOS AOS CORRÉUS. 3. Conquanto se valide a extensão do tempo para o trâmite da demanda, em razão de sua grande complexidade (vários denunciados e testemunhas), a preservação do cárcere cautelar por cerca de 6 anos e 6 meses, sem nem sequer prognóstico claro para o julgamento do recorrente pelo Tribunal do Júri, configura a letargia do aparato do Estado e o constrangimento ilegal, mormente se havia possibilidade concreta de que a tramitação se encerrasse em primeiro grau com maior brevidade. (STJ, 6ª Turma, RHC 153214/CE. Rel. Min Rogério Schietti Cruz, DJe 21.02.2022)

Para o Ministro Relator do Recurso de Habeas Corpus, Rogério Schietti Cruz, a demasiada lentidão processual, deve ser ponderada diante da sobrecarga jurídica de nosso país, entretanto, não deve ser motivo de escusas para o não cumprimento dos princípios e normas constitucionais.

Deste modo, fica claro haver um consenso jurisprudencial diante ao prazo útil das medidas de prisão preventiva, ela poderá perdurar-se até o fim do processo, até a decisão condenatória, não obstante, deverá cumprir com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, e sempre que possível deverá ser decretada medida cautelar diversa menos gravosa.



## 8 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, é possível analisar como são aplicadas e observadas as prisões preventivas, havendo uma grande incidência de indivíduos presos de maneira cautelar, ou seja, sem condenação, em nosso país. É importante afirmar que há necessidade de uma normatização mais adequada ao que tange ao prazo útil da prisão preventiva, o entendimento de que ela se estende até a decisão condenatória torna-se vago quando paramos para observar os prazos dos processos no ordenamento jurídico brasileiro.

Os princípios da presunção de inocência fortemente defendido na doutrina, entretanto, a visão popular dos fatos, que, anseia por justiça, torna o indivíduo compulsoriamente culpado diante a sociedade, deixando aos órgãos de justiça a responsabilidade de resguardar a integridade moral do que se entende por justiça. Dessa forma, o judiciário age como intermediador entre os anseios populares e a necessidade processual de garantir a ordem pública.

Desta maneira, a Lei 13.964 trouxe mecanismo para que essa medida seja utilizada de maneira mais excepcional, uma vez utilizando de outras medidas menos gravosas, ainda, retirando o poder do magistrado de decretá-la de ofício e necessitando de maiores fundamentações para fazê-lo.

Por quanto aos tribunais superiores, vem sustento mais tato ao observar prisões já decretadas e buscar compreender nas entranhas do processo se aquela medida ainda se faz razoável e proporcional, ora não fazendo o indivíduo tem o direito de sua liberdade, pois configurará antecipação da pena, o que é de maneira clara inconstitucional.

## 9 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare, marchesi di, 1738-1794. Dos delitos e das penas. tradução Torrieri Guimarães – São Paulo: Martins Claret, 2017;

ESTEFAM, André; Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado – parte geral. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

FACULDADE FEDERAL DE SANTA MARIA. Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. 2018. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acessado em: 24 abr. 2022;

GINÇALVES, Victor Eduardo Rios, Alexandre Cebrian Araújo Reis. Direito processual penal esquematizado. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. volume único 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020;

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – parte geral. 11. ed. – São Paulo: Forense. São Paulo, 2017;

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2019;

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020;

OEA. Declaração europeia de direitos humanos de 1948. [s.d.]. disponível em:  
<<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acessado em: 24 abr. 2022;

PGESP. Convenção americana de direitos humanos (1969). [s.d.]. Disponível em:  
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acessado em: 24 abr. 2022

## **OS CONCEITOS DE *COMMERCIAL AND CIVIL MATTERS* E A PERSPECTIVA DOS ESTADOS SOBERANOS NA CONVENÇÃO SOBRE RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS DE 2019 DA CONFERÊNCIA DA HAIA**

**VITOR VELOSO BARROS E SANTOS:**  
Mestrando em Direito Internacional.  
Advogado da União.

**RESUMO:** A Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras de 2019 é uma convenção produzida no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, pelo qual se busca criar um mecanismo que facilite o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras entre os países signatários. Essa convenção tem por objetivos possibilitar uma maior circulação de decisões judiciais e efetivar uma verdade justa transnacional, dando mais segurança e previsibilidade as relações comerciais e civis, matérias às quais se destina. Entretanto, a conclusão desse projeto foi desafiadora e tem gerado grandes debates dentro da própria Conferência da Haia, bem como no meio acadêmico. Um dos percalços que se busca superar é a questão da participação dos Estados como partes nos processos que se busca dar circulação internacional, harmonizando o interesse comercial e civil com as imunidades e prerrogativas inerentes a esses entes. Assim, busca-se fazer uma análise dos pontos de maior interesse dos Estados, em especial o brasileiro, mostrando que o debate merece um estudo mais aprofundado sobre questões de direito administrativo e interpretação das relações mercado-Estado.

Palavras-Chave: Convenção de Sentenças. Convenção da Haia de Direito Internacional Privado. Tratado. Relações Internacionais.

**ABSTRACT:** The Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments is a convention produced at the Hague Conference on Private International Law, which seeks to create a mechanism to facilitate the recognition and enforcement of foreign judgments among the signatory countries. The objective of this convention would be to enable greater circulation of judicial decisions and to bring about a true transnational justice, giving more security and predictability to commercial and civil relations, for which it is intended. However, the conclusion of this project faced challenges and generated major debates within the Hague Conference itself, as well as in academia. One of the obstacles to overcome is the question of the participation of states as parts in the procedures that seek to give international circulation, harmonizing the commercial and civil interest with the immunities and prerogatives inherent to these entities. Thus, it is sought to make an analysis of the points of greatest interest of the States, especially the Brazilian, showing that the debate deserves a more in-depth study on issues of administrative law and interpretation of market-state relations.

Key words: Judgement's Convention. Hague Conference on Private International Law. Convention. Treaty. International Relations.

### **I – Introdução.**

Os atores da comunidade internacional vêm observando a ocorrência reiterada de conflitos causados pela ineficácia que provimentos jurisdicionais de um Estado nacional têm em

produzir efeitos em outros Estados, o que, em um mundo altamente globalizado, tem causado diversos prejuízos de tanto de ordem econômica como social. Trata-se de uma problemática intrinsecamente ligada à própria disciplina do direito internacional privado, na qual o conflito de normas cria impasses na sociedade e limita a circulação de capital. Dessa forma, os estudiosos do direito têm sempre buscado meios para superar essa problemática por meio da harmonização de ordenamentos jurídicos, seja pela criação de instrumentos bilaterais e ou pela instituição tratados multilaterais.

A Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras pode ser considerado um dos projetos mais ambiciosos desenvolvidos pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, uma das mais importantes organizações internacionais que atuam no campo da harmonização do conflito de normas. Essa convenção busca nada menos do que promover a circulação de decisões judiciais entre os Estados contratantes, com seu escopo voltado essencialmente para as questões civis e comerciais, na busca de garantir mais segurança jurídica e previsibilidade ao comércio internacional como um todo, bem como a questões civis específicas.

Entretanto, o projeto não é novo. Os Professores Nádía de Araujo e Fabrício Bertini Pasquot Polido<sup>19</sup>, em artigo conjunto, destacam que sua origem partiu de sucessivas negociações realizadas no âmbito interno da Conferência da Haia desde o início da década de 90, sendo que no ano de 1992 foi apresentado o primeiro projeto elaborado pelo Professor Arthur von Mehren, da Universidade de Havard. Desde esse marco a busca por uma convenção que tratasse sobre jurisdição e o reconhecimento de sentenças estrangeiras vem sendo cada vez mais debatida no âmbito da Conferência da Haia.

Os autores<sup>20</sup> sintetizam a linha do tempo do *"Judgement's Project"* em três fases. (i) A primeira se inicia com a própria proposta dos americanos à Conferência da Haia e termina a Conferência Diplomática de 2001; (ii) No segundo momento, entre os anos de 2002 e 2005, as reuniões resultaram no surgimento da Convenção Sobre Eleição de Foro, tem correlato e derivado do processo negociador relativo a pactos atributivos de jurisdição em matéria comercial. (iii) Por fim, a última fase se apresenta com a retomada das discussões sobre o tema em 2010, desde onde vem se avançado consideravelmente na elaboração de um texto mais sólido para o projeto.

É preciso destacar o objetivo central da convenção é a circulação e execução de sentenças em matéria civil e comercial, beneficiando todos os atores das relações internacionais que tenham seus interesses mitigados pela ausência de eficácias das decisões e de jurisdição. Nesse contexto, além da participação de pessoas físicas e jurídicas de direito privado, é possível que as decisões tenham como parte Estados soberanos, tema de extrema importância e diretamente ligado ao direito público.

---

<sup>19</sup> ARAÚJO, Nádía de; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras: análise do projeto em andamento na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 19-42.

<sup>20</sup> Idem.

Embora a convenção preveja, cautelarmente, restrições a abrangência do seu texto ao estabelecer que ele não se estende a questões de receita (ou arrecadação), alfandegárias e administrativas, bem como aquelas gerais encontradas nos artigos 2(1) e (3), é necessária uma análise mais profunda sobre a própria relação dos Estados como parte de ações judiciais e possibilidade de circulação de eventuais decisões, sob uma ótica da soberania e a das prerrogativas e imunidades intrínsecas a ela.

Sem dúvidas, trata-se de um importante tratado internacional e tem causados grandes debates no campo jurídico brasileiro e internacional, sua aplicação e os possíveis resultados mostram que o tema ainda não está longe de ser encerrado. Dessa forma, se mostra necessário o aprofundamento dos estudos sobre o tema a fim de que se possa contribuir com a sua construção, desenvolvimento e aplicação, antevendo os problemas e os reflexos nas relações internacionais e no próprio âmbito interno brasileiro.

Em estudo científico é necessária a utilização de instrumentos de aplicação de conhecimento e de criação do artigo. Dessa forma, na produção do presente artigo foram escolhidos os níveis de conhecimento e compreensão. No presente estudo, se buscou revisar a bibliografia nacional e internacional sobre o tema, bem como fontes governamentais e institucionais, mas em especial os materiais preparatórios para criação da Convenção objeto de estudo encontradas no próprio sítio eletrônico da organização.

Tais levantamentos serão importantes para responder a algumas questões que podem gerar preocupações para a aplicação para os Estados, especificamente o brasileiro. Quais as bases históricas e jurídicas que motivaram a criação dessa convenção? Quais instrumentos e instituições colaboraram para a busca pela harmonização do direito? Qual a inserção do Brasil nesse contexto?

Assim, se tentará analisar os principais pontos da Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que se relacionem diretamente com as questões estatais, as prerrogativas soberanas e qual será a posição brasileira sobre o tema.

## **II – O Direito Internacional e as imunidades dos Estados Soberanos**

A questão da soberania sempre foi um ponto que gerou debates acalorados no mundo político, nas relações internacionais e no próprio campo doutrinário. Essas discussões derivam antes mesmo do surgimento do conceito de Estados e remontam aos conflitos históricos entre os reis ou governantes dos povos que ocorreram ao longo dos séculos.

Buscando analisar mais a questão científico-jurídica, e menos história material, podemos vislumbrar uma divisão em duas fases ou visões da questão das imunidades dos Estados.

A chamada visão clássica se baseia numa concepção histórica de igualdade entre os soberanos, que se desenvolveu ao longo do tempo e se consolidou em um costume internacional validade por diversos Estados e nações. Essa noção de igualdade restou sintetizada por meio do

brocardo em latim "*par in parem non habet iudicium*". É a lição trazida pelo Professor Francisco Rezek<sup>21</sup>:

"Honrava-se em toda parte, apesar disso, uma velhíssima e notória regra costumeira sintetizada no aforismo *par in parem non habet iudicium*: nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado."

Ocorre que, em razão da intensificação das relações internacionais entre os países e do processo de globalização revelou a insuficiência e a superação dessa noção absoluta de imunidade, que passou a deteriorar-se nos principais centros de negócios do mundo por volta da segunda metade do século XX, local em que eram mais comuns a presença cada vez maior de Estados soberanos estrangeiros atuando no mercado, nos investimentos e também na própria especulação das bolsas de valores, afastando-se das tradicionais em funções diplomáticas ou consulares e estranhas à diplomacia estrita ou ao serviço consular.

Nesse contexto, o professor Valério Mazzuoli<sup>22</sup> afirma que se tem considerado o caso "*The Schooner Exchange Vs. McFaddon*", julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 24 de fevereiro de 1812, como o caso pioneiro de incidência da imunidade estatal. Na oportunidade, apreciou-se questão relativa a um navio de guerra francês apreendido nos Estados Unidos para o pagamento de dívidas comerciais.

Com o passar dos anos essa questão restou cada vez mais difundida e diversos instrumentos passaram a abordar a questão das imunidades dos Estados em seu texto, como a Convenção Europeia de 1972, leis internas promulgadas nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha, na Austrália, no Canadá — e com precedentes judiciais de diversas nações permitiram ter como provável que a imunidade não subsistiria no que se refere a toda espécie de processo derivado de relação jurídica entre o Estado estrangeiro e o meio local — mais exatamente os particulares locais.

A concepção de que a da imunidade dos Estados em matéria jurisdicional é relativa fortaleceu-se ao longo do tempo passando. A jurisprudência de vários Estados tem seguido essa mesma trilha, no sentido de somente reconhecer imunidade de jurisdição dos Estados no que atine aos seus atos *jure imperii*, e não em relação aos atos estatais de natureza comercial *jure gestionis*, que se equiparam às atividades particulares.

Apenas como adendo<sup>23</sup>, é preciso fazer uma pequena diferenciação sobre esses tipos de atos, em razão da sua importância para compreensão da matéria. Os atos de império (*jure imperium*) são aqueles que o Estado pratica no exercício de suas prerrogativas soberanas e no tocante aos quais continua a gozar de imunidade de jurisdição. Podemos ter como exemplos de

21 (REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2014).

22 (Mazzuoli, Valerio de Oliveira Curso de direito internacional público /Valeria de Oliveira Mazzuoli. -- 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.)

23 Idem.



atos de império: os atos praticados em ofensivas militares em período de guerra, atos de concessão ou de denegação de visto e atos de admissão de estrangeiro ao território de um Estado ou que configurem impedimento de ingresso ou deportação. Por seu turno, os atos de gestão (*jure gestionis*) são aqueles em que o ente estatal é virtualmente equiparado a um particular e a respeito dos quais não há imunidade de jurisdição. São exemplos de atos de gestão: aquisição de bens moveis e imóveis e contratação de serviços e de funcionários locais para missões diplomáticas e consulares, bem como atos que envolvam responsabilidade civil.

Na experiência brasileira a solução não se mostraria outra. O STF, ao apreciar à Apelação Cível 9.696, RTJ 133/159, entendeu que a regra costumeira que existia no passado não mais subsistia atualmente (a partir de 1972), por ter sido modificada com a edição da Convenção Europeia da Basileia, sobre as imunidades do Estado, bem como reafirmada com as leis dos Estados Unidos e do Reino Unido, que introduziram limites à teoria da imunidade estatal absoluta.

A CIJ, na sentença de 3 de fevereiro de 2012, também procedeu à distinção em comento, entendendo inclusive que a jurisprudência interna dos Estados já formou a necessária *opinio juris* sobre o tema ao ponto de afastar a tradição costumeira sobre a imunidade absoluta dos Estados.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, corte que detém a palavra final em matéria constitucional no Brasil, tem dado outro tratamento à questão da imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema relativo à imunidade de jurisdição) na qual entende se tratar de uma prerrogativa institucional mais abrangente<sup>24</sup>.

A imunidade de execução se relaciona com a possibilidade de constrição de bens de um Estado para o adimplemento de suas dívidas. O tema não é pacífico, embora se observe a predominância do seu caráter absoluto, há julgados que afastam a imunidade de execução quando envolvam bens que não estejam afetos às atividades diplomáticas e consulares.

Nesse campo Portela<sup>25</sup> elenca algumas hipóteses possíveis em que o pode haver a satisfação do débito do ente estatal derrotado num processo judicial: (i) pagamento voluntário pelo Estado estrangeiro; (ii) negociações conduzidas pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e, correlata a esta possibilidade, a solicitação de pagamento pelas vias diplomáticas; (iii) expedição de carta rogatória ao Estado estrangeiro; (iv) execução de bens não afetos aos serviços diplomáticos e consulares do Estado estrangeiro, como recursos financeiros vinculados a atividades empresariais disponíveis em contas bancárias; (v) e, por fim, a renúncia à imunidade de execução pelo Estado estrangeiro.

Diante do que foi apresentado, depreende-se que a origem, o desenvolvimento e aplicação atual do conceito de imunidades do Estados soberanos possui relação direta com a participação dos Estados na relações comerciais e civis quando estas se enquadram como atos de gestão, mostrando que a inserção do tema na Convenção sobre reconhecimento e execução de

24 CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, "Curso de Direito Internacional Público", vol. II/1.344, item n. 513, 14ª ed., 2002, Renovar, v.g.

25 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, Direito Internacional Público e Privado, 6ª edição, 2014, Editora Jus Podium, Salvador.

sentenças estrangeiras da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado se revela congruente com as mais modernas construções doutrinárias, mas que ainda assim precisar ser analisada, também, do ponto de vista político e estratégico de cada estado, como veremos a seguir.

### **III - O escopo da convenção e as previsões do seu *draft*: a questão dos conceitos de "Commercial and Civil matters"**

Como já anteriormente exposto, o escopo da convenção é voltado essencialmente para as questões civis e comerciais, numa pretensão garantir mais segurança jurídica e previsibilidade ao comércio internacional com a circulação de decisões judiciais entre os Estados contraentes.

Ocorre, entretanto, que os *drafts* da convenção e o próprio "*Explanatory Report*"<sup>26</sup>, documentos resultantes das reuniões diplomáticas que tratam do projeto na Conferência da Haia, deixam de interpretar ou especificar o que seriam essas questões civis e comerciais a que a convenção se reporta. Entretanto, vemos que um dos pontos levantados no âmbito do "*Explanatory Report*", aborda a questão da interpretação dos conceitos expostos no projeto de convenção e que serve como norte para o intérprete no momento de aplicação desse instrumento internacional.

Embora trate-se de uma questão não vinculante, os autores do documento defendem a existência de uma "dever" do intérprete em tomar como referências os objetivos e finalidades da própria Convenção, aplicando suas disposições sob a ótica de um instrumento internacional e não com referência a legislação interna. Assim, os conceitos de "questões civis ou comerciais", como outros conceitos jurídicos utilizados no projeto de Convenção, devem ser interpretados autonomamente a lei nacional, assegurando uma interpretação e aplicação uniformes do objeto da Convenção, abrindo certa margem de interpretação aos órgãos jurisdicionais dos Estados contratantes. Além disso, a interpretação desses termos deve ser aplicada de forma coerente a outros instrumentos da Haia, em especial a Convenção de 2005 sobre a escolha do Tribunal.

Por seu turno, o mesmo "*Explanatory Report*", discorre sobre eventuais diferenças entre os conceitos de civis e comerciais que alguns sistemas jurídicos podem considerar. É preciso lembrar que durante a produção de um texto convencional estamos lidando com uma gama heterodoxa de ordenamentos jurídicos e com as mais diferentes raízes jurídicas, dessa forma buscou-se utilizar ambos os termos como forma de não prejudicar a aplicação da convenção em sistemas nos quais os processos comerciais são enquadrados.

Destarte, assim como em outros instrumentos de direito internacional privado, a interpretação dos conceitos chave no momento de aplicação da convenção serão de competência dos órgãos jurisdicionais internos de cada Estado, o que, em tese, deverão observar o propósito do instrumento e os princípios de direito internacional relacionados ao tema. Entretanto, sabemos

---

<sup>26</sup> Garcimartín, Francisco; Saumier, Geneviève. Explanatory Report. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6797> . Acesso em 15 de outubro de 2022.

que na prática essa não tem sido uma postura seguida à risca pelos tribunais, em especial pelas cortes brasileiras.

#### **IV – Os Estados soberanos e a relação entre as questões civis e comerciais no Projeto de Sentenças**

O texto da Convenção da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado trazia em seus drafts previsões expressas sobre a participação dos Estados como partes nos processos judiciais que poderão circular com base nessa convenção, apontando nas primeiras propostas do seu art.4 que o um julgamento não será excluído do seu escopo pelo simples fato de um Estado ser parte, sendo incluído nesse conceito qualquer governo, agência governamental ou pessoa atuando em nome dele.

O "*Explanatory Report*" destacava que essa previsão tinha como objetivo deixar claro que o simples fato de um Estado se parte no processo não exclui a aplicação da Convenção, mas sim que pela natureza da disputa judicial que se apresenta no caso. Ou seja, é preciso analisar se a questão controvertida posta em juízo se relacionaria efetivamente com questões "civis ou comerciais", o que demandaria apreciar a questão sob o ponto de vista dos atos de gestão ou atos de império.

Os atos dos Estados praticados no exercício da sua soberania não são questões civis e comerciais, e assim estão fora do escopo da convenção. Dessa forma, mesmo que o Estado renuncie a sua imunidade de jurisdição, a convenção não seria aplicável ao reconhecimento e cumprimento de eventual julgado. Solução diferente é apontada no "*Explanatory Report*" quando agente diplomático, exemplo dado, é acionado judicialmente por um ato de um ato ilícito derivado de uma ação *jure gestionis*, nesse caso, havendo renúncia à sua imunidade, o projeto de convenção seria em tese aplicável no reconhecimento e execução dessa decisão em outro Estado contratante.

A antiga previsão do artigo 2(5), do texto do projeto, não afasta a possibilidade de outras imunidades e privilégios serem cobertas pelo direito interno de cada Estado. Assim, seria plenamente válida a recusa do reconhecimento e cumprimento de um julgado com base na violação desses privilégios e imunidades previstas em normas internas de um Estado, podemos citar no caso brasileiro as imunidades parlamentares.

Toda essa questão era reforçada pela disposição do art.5 do texto preliminar que dispõe que nada no escopo da convenção deve afetar os privilégios ou imunidades dos Estados ou das organizações internacionais, em respeito a eles e a suas propriedades. Trata-se de aplicação de preceito do Direito Internacional Público e que demonstra a intersecção deste com o Direito Internacional Privado.

Nessa mesma linha de raciocínio, o "*Explanatory Report*" apontava que a futura convenção também se aplicaria as imunidade e privilégios dos agentes dos Estados, o que incluiria pessoas cobertas pela imunidade consular e diplomática, previstas nos tratados de Viena específicos sobre essa questão.

Por fim, o tema causou grandes debates nas reuniões diplomáticas, muito em razão da relutância de diversas delegações em incluir os Estados no escopo da Convenção, que vem antevendo a dificuldade de um Estado em determinar quando outro Estado está atuando no exercício do seu poder soberano ou não.

Havia uma inclusão do art.20 na Convenção que permite que os Estados contratantes façam uma reserva quanto da aplicação desse tratado quando forem parte no processo: (a) esse Estado, ou uma pessoa agindo em nome desse Estado, ou (b) uma agência governamental desse Estado, ou uma pessoa agindo em nome de tal órgão governamental. Na mesma linha, determinou-se que essa reserva não deve ser mais ampla do que o necessário e a exclusão do escopo devem ser definidos de forma clara e precisa.

De toda forma, essa reserva não excluía a aplicação da convenção em processos em que for parte empresa estatal, trata-se de uma previsão condizente com a própria natureza privada que possui esse tipo empresarial.

Não obstante, a bem da verdade, esses artigos não constaram do texto final, onde preferiu-se não adentrar na questão das imunidades Estatais, um tema bastante delicado e que gerava muita resistência das delegações. De toda forma, o tema ainda terá desdobramentos na interpretação do texto convencional, a cargo dos tribunais de cada país.

De toda forma, há previsão expressa no artigo 31 da Convenção terá a duração de 5 anos a partir da data da sua entrada em vigor, mesmo para os Estados que a tenham ratificado, ou a ela tenham aderido, ainda que posteriormente, mas será prorrogada tacitamente de 5 em 5 anos, salvo denúncia dos Estados. Ou seja, é ainda possível que esse artigo ou o tema seja incluído no texto final das futuras revisões.

## **V – Perspectiva brasileira na ratificação e aplicação na aplicação da Convenção sobre Circulação de Sentenças**

Do ponto de vista do Estado brasileiro, é preciso ter muita cautela no que concerne a inclusão dos Estados no campo de abrangência da convenção. A criação desse instrumento iria padronizar a execução de sentenças nas matérias civis e comerciais, beneficiando diversos atores das relações internacionais como um todo. Entretanto, a possibilidade de execução de decisão que tramitou em ordenamento jurídico distinto poderia causar grandes prejuízos ao Estado brasileiro, primeiramente porque este não poderia contar com os préstimos da Advocacia-Geral da União<sup>27</sup>, ante a ausência de capacidade postulatória para seus procuradores agirem no exterior, se vendo obrigada a contratar escritório estrangeiro privado.

Para além disso, toda a normativa jurídica poderia ser alienígena e completamente distinta da realidade brasileira, causando dificuldades não só operacionais, mas também de

---

<sup>27</sup> Órgão responsável pela representação da União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos termos do artigo 131, da Constituição Federal.

desconhecimento do direito estrangeiros, comprometendo sua interpretação e aplicação, o que poderia comprometer o próprio direito de defesa do Estado.

Por outro lado, o tratado poderia ser favorável à União no que toca a execução de títulos judiciais obtidos dentro do território nacional e que condenem pessoas físicas, empresas ou até mesmo Estados estrangeiros ao ressarcimento ao erário, levando a cobrança desses valores aos países onde os réus possuem bens que poderiam ser executados para pagamento dessa dívida.

É preciso ter em mente que toda negociação de um tratado deve sempre atender aos interesses do Estado como um todo, por isso é preciso ponderar bem sobre sua forma como esse tratado será utilizado na realidade desse país, qual será sua eficácia e as consequências práticas nessa adesão, evitando que causem mais prejuízos do que benefícios para a sociedade como um todo.

Do ponto de vista do direito administrativo, é certo que cada Estado possui seu próprio meio de relacionar-se com o mercado, com regramentos dos mais distintos e com as mais variadas formas de comprar e vender ativos, produtos e etc.

Para fins de aplicação dessa convenção, a diversidade do tratamento dado ao direito administrativo pode causar grandes problemas no momento de definição do que é direito público e o que seria direito privado, nas relações com o Estado. Poderíamos tomar como exemplo um Estado que considere a relação de compra e venda de materiais bélicos como uma simples relação comercial, ausentes as prerrogativas soberanas, por outro lado, um segundo Estado poderia entender ser essa mesma relação de direito público e puramente resguardada pelos interesses nacionais e soberanos. A mesma confusão, em alguns casos, poderia ser feita mesmo que trocássemos o objeto do exemplo por uma simples compra e venda de lápis, caneta ou papel.

Na realidade brasileira, sabe-se que as disposições da Constituição Federal norteiam toda a atuação da administração pública, nos três níveis de governo, trazendo princípios e regras de observância obrigatória pelos gestores. Neste contexto, destacam-se dois dos mais importantes princípios do direito administrativo brasileiro: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Assim, segundo a doutrina majoritária, estariam os chamados contratos administrativos celebrados pela Administração Pública regidos pelo direito público, com as prerrogativas e vantagens inerentes à supremacia estatal, denominadas "cláusulas exorbitantes". Nesse sentido, segundo Hely Lopes Meirelles<sup>28</sup>, o que realmente o tipificar e distingue os contratos administrativos do contrato privado é a participação da administração pública na relação jurídica utilizando da sua supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, desse privilégio decorreria a faculdade de se impor as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum.

Por outro lado, nas hipóteses em que a administração pública assumir, em princípio, uma posição de igualdade jurídica com o particular, esses contratos serão regidos predominantemente pelo direito privado, visto que não seriam aplicadas prerrogativas de poder público, afastando a

---

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010.

verticalidade ou supremacia. Não obstante, é preciso destacar que na sistemática administrativista brasileira, permanecem hígidas outras restrições próprias do regime jurídico administrativo, extraídas do já citado princípio da indisponibilidade do interesse público.

Professor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>29</sup> atenta, quanto ao ponto, que mesmo nos contratos da administração, em que há preponderância das normas de direito privado, há, no que couber, a necessidade de observância das formalidades dos contratos administrativos, bem como algumas prerrogativas conferidas à administração. Trata-se de previsão disposta no art. 62, §3.º, da Lei 8.666/1993, que determina a aplicação dos arts. 55 e 58 a 61, além das demais normas gerais, no que couber aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; e aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Assim, em tese, a Lei 8.666/1993 atenuou a distinção feita pela doutrina entre os contratos administrativos e os contratos da administração, criando uma zona cinzenta, já que permite a aplicação, "no que couber", dos principais e prerrogativas do Estado aos seus contratos regidos, predominantemente, pelo direito privado.

No mesmo norte, o citado professor destaca a competência do Tribunal de Contas da União de fiscalizar os contratos, administrativos ou não, quanto a sua legalidade e questões formais, podendo requerer ao Congresso Nacional a sua sustação, conforme dispõe o art. 71, da Constituição Federal, reforçando ainda mais o emaranhado da relação entre público e privado no direito administrativo brasileiro.

É possível que essa incerteza jurídica que tenha levado o Brasil a tomar extrema cautela na adesão à tratados e acordos que envolvam os contratos administrativos ou mesmo contratos da administração, em especial aqueles relacionados às compras governamentais. Embora se tenha conhecimento que o país assinado acordo sobre o tema em encontro do Mercosul, oportunidade em que o governo afirmou ser uma abertura ao mercado de compras governamentais no bloco, com oportunidades de ampliar a concorrência e redução de gastos, aumentar internacionalização de empresas e de mais integração a região; o mesmo Governo Federal ainda encontra-se em fase de adesão a outros acordos que tratam da mesma matéria, como por exemplo o acordo de compras governamentais no âmbito da Organização Mundial do Comércio.

Para além das questões jurídicas, é certo que os Estados devem levar em consideração também questões geopolíticas e econômicas na conclusão dos tratados e esses pontos deverá também ser levantado nas negociações diplomáticas na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

## **VI – Conclusão**

---

<sup>29</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.



Com o presente estudo buscou-se fazer uma singela análise do texto da Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado com enfoque nas questões de direito internacional público, em especial os pontos que envolvem a participação dos Estados soberanos como partes nos processos judiciais a que se busca dar circulação *extramuros*.

Assim, observou-se que a Conferência tem priorizado o respeito às imunidades e prerrogativas dos Estados soberanos, seguindo também as teorias mais modernas quanto as formas de atuação destes, diferenciando os atos estatais de império e de gestão. A evolução da norma costumeira trouxe importantes avanços nos campos comerciais e empresariais, ao permitir que mais estados tenham participação no campo do comércio internacional, desde que ciente das possibilidades de serem acionados no contexto de uma judicialização de um litígio.

A adesão do Estado brasileiro à Convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras de 2019 da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado demanda uma avaliação complexa de diferentes fatores, como os interesses comerciais do país e a própria capacidade de defender-se perante jurisdições estrangeiras.

### Referências Bibliográficas

ALFÉREZ, Francisco J. Garcimartín. SAUMIER, Geneviève. Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report. 2018. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/judgments/special-commission>. Acesso em: 07 out. 2022.

ARAÚJO, Nádia de; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras: análise do projeto em andamento na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 19-42.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 07 out. 2022.

CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público /Valeria de Oliveira Mazzuoli. -- 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 36ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010.



PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, Direito Internacional Público e Privado, 6ª edição, 2014, Editora Jus Podium, Salvador.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar / Francisco Rezek. – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

## STALKING E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICA À LUZ DA LEI 14.132/2021

**AMARILIS DE CASSIA CABRAL CARVALHO:**

Graduanda do Curso de Direito do Centro  
Universitário Fametro.

**RESUMO:** O presente artigo discorre sobre fenômeno *stalking*, adentrando no conceito da violência de gênero. O objetivo é destacar a análise da Lei 14.132/21 e sua caracterização nos casos de violência, tendo a mulher no polo passivo. Um dos pontos principais desse estudo é entender se a Lei 14.132/21 promove o agravamento da pena quando se trata de violência de gênero. Além disso, é importante ressaltar a origem e influência atual do *stalking*, que está ligado diretamente com a exposição por meio das redes sociais e como este se tornou relevante para se tornar um objeto de estudo do ordenamento jurídico. O "novo crime" não está ligado diretamente com a violência doméstica, pois ainda não adentrou nesse contexto, porém, este deve ser analisado sob a perspectiva de gênero e como isso influencia no contexto geral da sociedade atual.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Stalking*. Violência. Gênero. Lei 14.132/21.

**ABSTRACT:** This article aims to describe the *stalking* phenomenon, delving into the concept of gender violence. The objective is to highlight the analysis of Law 14.132/21 and its characterization in cases of violence, with the woman in the passive pole. One of the main points of this study is to understand whether Law 14.132/21 promotes the aggravation of the sentence in cases of gender violence. In addition, it is important to emphasize the origin and current influence of stalking, which is directly linked to exposure through social networks and how it has become relevant to become an object of study in the legal system. The "new crime" is not directly linked to domestic violence, as it has not yet entered this context, however, it must be analyzed from a gender perspective and how it influences the general context of today's society.

**KEYWORDS:** *Stalking*. Violence. Genre. Law 14.132/21.

### 1 INTRODUÇÃO

A Lei 14.132/21 tipifica o crime de perseguição, atualmente conhecida como *stalking*, termo destacado para quem se enquadra como perseguidor que possui uma obsessão pela vítima, passando a persegui-la de forma virtual ou presencial. Essa norma altera o Código Penal e traz pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos para quem possui esse tipo de conduta.

Esse crime possui uma prática que repercute de forma significativa na vida das vítimas, com consequências graves em que a integridade psíquica da vítima ou vida pessoal destas são afetadas de forma negativa, sendo relevante para que os legisladores entendessem a necessidade em tipificar este crime.

O *stalking* tem como preferência a mulher no polo passivo, reiterando a violência de gênero. Isso decorre de uma longa influencia do patriarcado na sociedade e como isso perdura até os dias atuais, ressaltando a necessidade de medidas socio paliativas para a mulher.

A perseguição ocorre em duas modalidades, a perseguição presencial, onde o sujeito ativo desenvolve a obsessão em perseguir a vítima em locais públicos ou privados, configurando o crime de perseguição. A outra modalidade é a perseguição online, onde o sujeito ativo realiza a perseguição a distância, observando principalmente as redes sociais ou por contato telefônico, comportamento conhecido como *cyberstalking*.

Apesar da necessidade da tipificação do crime no Código Penal, é necessário preencher as lacunas existentes de insuficiência protetiva. Essas lacunas provêm da necessidade de locomoção da vítima, que ainda possui a influência negativa do agressor quanto a liberdade da vítima.

Diante disso, o objetivo do presente artigo é analisar as perspectivas da lei 14.132/21 referente ao crime de perseguição e como a lei assegura a proteção da mulher, além de identificar a necessidade do agravamento da pena para reduzir os casos decorrentes da violência de gênero.

## **2 O *STALKING* NO ORDENAMENTO JURÍDICO E SUA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL**

### **2.1 Conceito e Elementos do *Stalking***

O termo *stalking* vem do inglês, que na tradução da língua portuguesa originando o fato de perseguir um alvo, sem ser visto, para capturar ou matar. O termo naturalmente afeta mais mulheres do que homens em termos gerais.

*Stalking* é uma palavra inglesa derivada do verbo *to stalk*, que não tem uma exata tradução para a língua portuguesa, porém designa a ação de perseguição.

De acordo com Damásio (2008):

*Stalking* é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, frequência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O *stalker*, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela Polícia etc. Vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos.

Para melhor compreender o conceito da “palavra” precisamos observar que a conduta do *stalking* acontece de formas variadas, abrangendo um conjunto de ações e o sujeito ativo e passivo pode ser qualquer pessoa.

Contudo ressalta Neto (2017):

Verifica-se que a mulher é mais vulnerável, pois geralmente a perseguição começa após o término de um relacionamento amoroso, tendo consequências, muitas vezes, trágicas. Na maioria dos países em que o *stalking* é criminalizado a justificativa foi de que os homicídios, estupro ou lesões corporais, ocasionados por *stalkers*, poderiam ser evitados caso a polícia ou o poder judiciário viessem a dar uma resposta imediata ao problema.

É possível entender que no Brasil, existe um longo histórico que ressalta a cultura do estupro na sociedade, permitindo que a mulher permaneça em um lugar de vulnerabilidade e trazendo a necessidade de intervenção jurídica através de leis e penas mais severas para os homens que possuem essa prática.

De acordo com Kristine K. Kienlen (1998):

*Stalkers* são um grupo diverso, que apresenta uma matriz complexa de tipos de perturbações e uma variedade de desordens mentais. Pesquisas recentes sobre *stalking*, no entanto, destacam duas importantes semelhanças nesse grupo. Em primeiro lugar, um distúrbio precoce relativo a apego pode ser fator de predisposição para um comportamento persecutório. Em segundo lugar, perdas recentes na vida adulta podem precipitar uma perseguição. Aparentemente, os *stalkers* são incapazes de lidar com a perda e, a partir daí, envolvem-se em um comportamento de perseguição como meio de aliviar a dor ou desabafar a raiva.

Esse tema traz luz a uma cultura de violência que passa de geração em geração, onde muitas mulheres possuem uma falsa interpretação de como deve ocorrer um relacionamento, além de trazer graves consequências para as vítimas.

Ademais, o conceito de *stalking* é relevante para o presente estudo afim de evidenciar a necessidade da tipificação jurídica sobre o tema, abrangendo as responsabilidades civis e penais.

## **2.2 *Stalking*: a tipificação do crime de perseguição através do CP - Código Penal**

*Stalking* é tipificado no Código Penal através da Lei. 14.132/21, que delimita sobre a liberdade individual, conforme o art. 147-A. Esse crime já estava sendo previsto em outros países através do ordenamento jurídico. O "novo" crime substitui a contravenção penal que dispões o art. 65 da LCP – Lei de Contravenções Penais, pois o art. 2º revogou essa contravenção.

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021).

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.132, de 2021).

A partir desse momento, o legislador enquadrrou como conduta típica e trouxe uma forma mais severa de punir quem comete esse crime. Nesse caso, o indivíduo é processado ou investigado de acordo com a LCP – Lei de Contravenções Penais, pois a partir desse momento, a sua conduta se configura como crime de perseguição, caso não se adequa, o sujeito responderá pelo art. 65 da LCP de acordo com o Princípio da continuidade normativa típica.

Mas, caso não seja se enquadre no crime de perseguição, será necessário reconhecer a abolitio criminis. Nesse momento, é importante ressaltar que isso se trata de uma crítica à revogação da contratação penal, pois mesmo que a perturbação da tranquilidade não seja configurada, isso ainda traz graves consequências para vítima, mesmo sendo considerado como um indiferente penal.



Fonte: <https://annapaulacavalcante.jusbrasil.com.br/artigos/1203573241/papo-de-criminalista-resumo-de-direito-penal-stalking#:~:text=O%20stalking%20%C3%A9%20uma%20persegui%C3%A7%C3%A3o,exig%C3%A2ncia%20de%20um%20dolo%20espec%C3%ADfico.>

A conduta típica desse crime se consiste em:

**ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica** - aqui se configura o crime de ameaça (art. 147, do CP).

**restringindo-lhe a capacidade de locomoção** - não se trata do perseguidor retirar a liberdade da vítima, pois nesse caso se tornaria sequestro (art. 148, do CP). Mas se trata da vítima temer por sua segurança e restringir sua liberdade por temer o seu perseguidor.



**ou, invadir ou perturbar a sua liberdade ou privacidade** – em continuidade com o assunto do tópico anterior, nesse caso a perseguição não permite que a vítima tenha liberdade em realizar suas tarefas diárias.

Segundo Aras (2021):

O *stalking* pode ser afetivo, quando relativo a relacionamentos familiares ou amorosos, atuais ou pretéritos, entre o agente e a vítima; ou funcional, quando concernente a relações de trabalho, de comércio ou de ensino e estudo entre o autor e a vítima. Poderá também assumir a forma de perseguição idólatra, vinculada à admiração obsessiva de fãs, endereçada a artistas, a líderes políticos e religiosos ou a outras personalidades públicas. Pode ainda ser classificado como perseguição presencial ou remota. A motivação econômica pode estar presente, mas não é essencial à configuração do crime nem usual. Em geral, o agente agirá por ódio, raiva, vingança, inveja, idolatria, misoginia, fixação doentia ou paixão.

Nesses termos, é configurado o crime de perseguição, importante ressaltar que é necessária uma análise durante a investigação policial do crime para que possa ter evidências o suficiente para configurar o referido crime. É importante ressaltar que para configurar o crime de perseguição, não é necessário que o agressor e a vítima tenham um vínculo afetivo.

### **2.3 A violência de gênero no Brasil e seus aspectos históricos através da sociedade atual**

Sendo um dos países com alta taxa de violência, o Brasil possui essa constatação é confirmada através do ranking em que ocupa o 5º lugar de homicídios de mulheres somente em 2017. Esse destaque surge através de temas como violência doméstica e a cultura do estupro, que ainda persiste como um tema a ser discutido atualmente.

Nesse caso, o Brasil precisa enfrentar esse tema através de políticas públicas que possam combater essa violência e trazer um alívio maior entre as vítimas que ainda possuem receio em denunciar.

Esse número cresceu exponencialmente durante a COVID-19, onde muitas vítimas de violência doméstica foram obrigadas a conviver diariamente com o seu agressor, impossibilita em sair de casa, se mantiveram no ambiente de agressão sem a oportunidade de denunciar.

Um caso que ocorreu em São Paulo que repercutiu foi quando uma vítima solicitou uma concessão de medidas protetivas em desfavor do seu ex-companheiro, diante do pedido de separação, o agressor começou a perseguir-la e difamá-la para amigos próximos e para pessoas que ela ainda estava conhecendo.

Diante do ocorrido, a vítima se mostrou muito abalada e descreveu os ataques que andou sofrendo, mesmo com a denúncia, a vítima decidiu se mudar pois o ex-companheiro começou a perseguir o novo relacionamento e este foi o responsável pelo fim do noivado com o novo parceiro, passando a ter ataques de pânico pois começou a ter pavor em sair de casa.

Com o decorrer do caso, a juíza decidiu pela medida protetiva de urgência e proibiu o agressor de se aproximar da vítima, além de frequentar ambientes em que a mesma estivesse, afim de evitar qualquer tipo de contato para que ela se recuperasse dos episódios.

Nesse sentido, a violência de gênero é definida através de qualquer tipo de agressão física, sexual, psicológica ou simbólica contra a vítima que se encontra em situação de vulnerabilidade em razão da sua identidade de gênero ou violência sexual.

Dessa forma, é possível entender como violência de gênero os seguintes atos:

- a) Estupro;
- b) Prostituição forçada;
- c) Discriminação trabalhista;
- d) Aborto seletivo por violência física ou sexual contra pessoas que exercem a prostituição;
- e) Infanticídio com base no gênero da vítima;
- f) Castração parcial ou total;
- g) Mutilação feminina;
- h) Tráfico de pessoas;
- i) Ataques homofóbicos e transfóbicos para pessoas ou grupos LGBTQIA+, entre outros.

As pessoas possuem em sua maioria, a identificação do gênero iguais ao de seu nascimento, porém, existem pessoas que não se identificam e optam por mudar esse parâmetro.

Diante disso, é importante ressaltar a conexão entre o crime de perseguição e a violência de gênero que é o público mais atingido pelo agressor. A necessidade de inserir o crime no ordenamento jurídico é justamente promover penas mais severas para quem comete o crime e diminuir as consequências desses danos na vítima.

#### **2.4 A origem da Lei 14.132/21 e a sua influência na sociedade atual**

Com a tipificação do crime de perseguição através da Lei 14.132/21, alterando o Código Penal e prevendo uma pena mais grave. Esse crime é definido como perseguição reiterada de forma presencial ou online, através das redes sociais, ameaçando não somente a integridade física, mas psicológica da vítima, pois interfere na privacidade e liberdade da vítima.

De acordo com a senadora Leila Barros - PSB-DF (2021):

o avanço das tecnologias e o uso em massa das redes sociais trouxeram novas formas de crimes. Ela acredita que o aperfeiçoamento do Código Penal era necessário para dar mais segurança às vítimas de um crime que muitas vezes começa on-line e migra para perseguição física. É um mal que deve ser combatido antes que a perseguição se transforme em algo ainda pior. Fico muito feliz em poder contribuir com a segurança e o bem-estar da sociedade. Com a nova legislação poderemos agora mensurar com precisão os casos que existem no Brasil e que os criminosos não fiquem impunes como estava ocorrendo.

Ainda, a nova lei traz uma pena aumentada em 50% quando praticado contra crianças, adolescentes, mulher ou idoso por razões de gênero, objeto de estudo do presente artigo.

A partir desse momento, a nova lei revoga o art. 65 da LCP – Lei de Contravenções Penais que antes previa o crime de perturbação da tranquilidade alheia com pena mais branda, passando a ser considerada como perseguição.

### **3 A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NO CRIME DE PERSEGUIÇÃO**

Com a revolução digital, a sociedade possui uma interação diária com as redes sociais, compartilhando momentos do seu dia a dia e expondo grande parte da sua vida social e trazendo desconhecidos para o seu cotidiano.

Essa conduta pode ser configurada por ataques extremos como ameaças a integridade física ou psicológica, ou até mesmo criar perfis *fakes* para perseguir a vítima e obter informações para utilizar como um meio de atacar a vítima.

Pontos como esse são necessários para serem abordados hoje em dia, muitas pessoas não estão familiarizadas com esse tipo de crime e quão longe o agressor pode influenciar de forma negativa com a prática do crime.

"O que caracteriza o crime é quando há uma ameaça à integridade física ou psicológica da pessoa, restringindo uma capacidade de se locomover ou perturbando a liberdade ou a privacidade do alvo", explicou Nayara Caetano Borlina Duque, delegada da DCCIBER - Divisão de Crimes Cibernéticos da Polícia Civil de São Paulo (2022).

O *cyberstalking* é o *stalking* que utiliza o meio online para perseguir a vítima. É um crime que possui uma onda crescente nos dias atuais, principalmente através das redes sociais e em concurso com outros crimes.

Rogério Sanches Cunha (2021) explica:

Atualmente, o *cyberstalking* é um problema crescente, facilitado pela imensa quantidade de pessoas que mantêm perfis em diversas redes sociais, nas quais publicam, sem cautela, imagens e informações de sua vida pessoal. Os instrumentos tecnológicos não apenas favorecem a

perseguição por quem conhece a vítima e, agora, tem mais um meio à sua disposição, mas também tornam mais propícia a atuação do *stalker* aleatório, que, por acaso, se interessa obsessivamente por alguém com perfil exposto em rede social e passa a se valer desse meio para perseguir e atemorizar. Muitas vezes, as informações obtidas apenas em ambientes virtuais permitem que os atos do perseguidor tenham tanta eficácia quanto teriam se fossem presenciais.

O crime do art. 147-A é habitual, sendo este confirmado através dos atos de perseguição. Mesmo que seja comprovado que o suspeito haja de forma inoportuna, é necessário entender que o *stalking* é uma perseguição intensa e que precisa afetar o dia a dia da vítima para ser configurado como crime de perseguição.

Vejamos:



Fonte:<https://annapaulacavalcante.jusbrasil.com.br/artigos/1203573241/papo-de-criminalista-resumo-de-direito-penal-stalking#:~:text=O%20stalking%20%C3%A9%20uma%20persegui%C3%A7%C3%A3o,exig%C3%Aancia%20de%20um%20dolo%20espec%C3%ADfico.>

Neste sentido, a ação penal considerada é pública e condicionada à devida representação da vítima, seja na modalidade majorada ou simples.

Em conformidade com a necessidade da vítima em denunciar, muitos agressores utilizam de ameaças graves como divulgação de imagens íntimas da vítima afim de se vingar. Segundo o delegado João Ataliba, da 38ª Delegacia de Polícia de Vicente Pires (2021):

"Inconformado com a separação, o autor, desde o mês de fevereiro, passou a perturbar a tranquilidade da vítima, encaminhando diversas mensagens de texto, diversos e-mails, indo até sua residência, tocando campainha, insistindo em falar com ela", conta Ataliba.

Essa prática visa diminuir a vítima que geralmente é mulher, para que a mesma não obtenha recursos em responder à ameaça do agressor, que em muitos momentos, cumpre a ameaça prejudica a imagem da vítima.

#### **4 AS LACUNAS DE INSUFICIÊNCIA PROTETIVA NA TIPIIFICAÇÃO DO CRIME**

Diferente do que se imagina, enquadrar a prática na legislação não é uma tarefa simples. Muitos dos atos praticados pelo agressor são lícitos como por exemplo: quem irá ser processado pode enviar flores a alguém? Ou passar o dia parado na rua em frente a casa da vítima? É importante que legislador esteja ciente das variações que podem surgir quando se trata de evidenciar o crime de perseguição.

Nesse caso, o Estado que possui a obrigação legal de prestar medidas protetivas em favor da vítima está em um âmbito com poucas opções, como por exemplo, como não afetar o dia a dia da vítima que precisa sair de casa diariamente e pode simplesmente esbarrar com o agressor?

A linha do que é ou não é considerado crime de perseguição é tênue, trazendo uma possibilidade maior de não ter uma punição efetiva para o agressor. Permitindo que a vítima esteja em uma situação delicada e se veja sem opções viáveis.

De acordo com Rogério Sanches Cunha (2021):

O ato de perseguição não se restringe às situações de violência doméstica e familiar contra a mulher (aliás, não se limita nem mesmo a vitimar mulheres, embora seja o mais comum). Há inúmeros casos em que a fixação "doentia" se inicia entre pessoas que não tinham qualquer relação afetiva. São os casos de colegas de estudo ou de trabalho, do empregado que, dispensado, passa a perseguir o empregador, ou do empregador que, por alguma razão, persegue o empregado provocando sua demissão ou impedindo-o de conseguir outro emprego (*stalking* ocupacional). De qualquer forma, o art. 7º da Lei 11.340/06 apresenta uma definição de violência psicológica que pode nos auxiliar na interpretação deste tipo penal. Segundo a lei especial, há essa forma de violência em qualquer conduta que provoque dano emocional e diminuição da autoestima, que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da vítima ou que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento,

vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Nesse sentido, existe uma variação de quem pode ser a vítima, não obstante através de uma relação amorosa. Esse crime age em continuidade na fixação / obsessão em desfavor da vítima, trazendo consequências que perduram por anos e buscam minimizar o bem-estar e segurança da mesma.

Situações com essas ocorrem todos os dias, é necessário que o legislador traga mais opções viáveis as vítimas que possuem medo em denunciar, principalmente em decorrência das chantagens / ameaças.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo discorreu sobre o fenômeno *stalking* com ênfase na violência doméstica, trazendo o conceito e como este se adequa na esfera criminal, trazendo aspectos do crime e como isso pode ocorrer hoje em dia. Trazendo como objetivo destacar a análise da Lei 14.132/21 e como isso se adequa aos casos de violência e como a mulher está no polo passivo na maioria dos casos

Ainda, é importante ressaltar sobre os casos em que a Lei 14.132/21 determina se é possível o agravamento da pena em casos de violência de gênero. Pontos como esse são necessários para serem discutidos diante da gravidade do crime e como isso pode influenciar de forma negativa na vida da vítima, na maioria das vezes isso trazer danos permanentes.

Nesse sentido, é importante contextualizar o *stalking* atualmente, a exposição nas redes sociais abre precedentes para que os suspeitos tenham acesso a vida pessoal das vítimas, além de impedir a capacidade de locomoção ou invadir sua esfera de liberdade de alguma forma.

Esse ponto é relevante pois é importante que a Lei 14.132/21 tenha em seu texto jurídico sobre como a pena pode ser agravada se ocorrer por meio de rede social ou caso o suspeito possa invadir a privacidade da vítima, empregando técnicas de perseguição por meio das redes sociais ou por contato telefônico.

Esse novo crime está interligado com o crime de violência doméstica, em muitos casos os agressores perseguem a vítima por ter a necessidade de controlar todos os aspectos da vida da vítima.

Ainda, diariamente os jornais noticiam como os agressores perseguem a vítima afim de humilhar ou ameaçar, inclusive com a divulgação de vídeos ou fotos íntimas com o objetivo de chantagear a vítima.



Este artigo traz as modalidades da perseguição onde o sujeito ativo pode desenvolver uma obsessão pela vítima e inicia o processo de perseguir de forma presencial ou online, por meio de locais públicos ou privados.

Nesse caso, existe o *cyberstalking* que utiliza a tecnologia para perseguir a vítima, esse crime também possui tipificação pelo Código penal e possui uma pena para aqueles que praticam, pois mesmo que ocorram através da interação online, isso traz consequências para a vida da vítima, principalmente em razão da facilidade em ter anônimos com acesso e divulgação da imagens da vítima, inclusive das autoridades.

Como esse crime ocorre em grande escala atualmente, é necessário que o Código Penal tenha a tipificação do crime e que as lacunas possam ser preenchidas, principalmente em relação a insuficiência protetiva. Hoje, a vítima não possui uma proteção necessária para que possa efetuar atividades da rotina do dia a dia, o que influencia de forma negativa no seu direito de ir e vir.

Com o objetivo de analisar as perspectivas da Lei 14.132/21, o presente artigo trouxe o crime de perseguição e como a lei pode assegurar a proteção da mulher, para que o ordenamento jurídico possa influenciar de forma positiva na redução de casos em que esses crimes ocorrem e principalmente quando se tratam da violência de gênero.

A mulher como vítima é usado como objeto de estudo pela frequência em que isso ocorreu, é mais provável que a mulher seja o polo passivo diante dos inúmeros casos diários que ocorrem em função da violência de gênero, na maioria das vezes essa obsessão se trata de um ex-companheiro ou alguém que conhece a vítima, que exige algum relacionamento e diante da negativa, o ciclo de perseguição se inicia.

Diante dos pontos abordados, podemos concluir que é necessário que a Lei 14.132/21 possa ampliar as possibilidades em que podem ser comprovadas a ação do *stalking*, além de ter medidas eficazes em que possam trazer uma nova prerrogativa em que a vítima não precise ter a sua liberdade ou psicológico afetados diante do crime.

#### 4 REFERÊNCIAS

CALLEGARI, André. **Primeiras Linhas sobre o Delito de Stalking**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-01/andre-callegari-primeiras-linhas-delito-stalking>, acesso em 31.05.2022.

COSTA, Adriano Sousa, FONTES, Eduardo, HOFFMANN, Henrique. **Stalking: o crime de perseguição ameaçadora**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academiapolicia-stalking-crime-perseguiacao-ameaçadora#:~:text=Consiste%20em%20forma%20de%20viol%C3%Aancia,%C3%A0%20integridade%20psicol%C3%B3gica%20e%20emocional.>>. Acesso em 18 de out. 2022.

**Estudo doutrinário do stalking (crime de perseguição persistente, novo artigo 147-A do Código Penal).** Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2021/04/05/estudo-doutrinario-do-stalking/>> Acesso em 18 de out. 2022.

GILABERTE, Bruno. **Crime de Perseguição (art. 147-A, CP).** Disponível em <<https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1182713240/crime-de-perseguiacao-art-147-acp>>. Acesso em 18 de out. 2022.

HIRIGOYEN, Marie – France. **A violência no casal.** Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Stalking.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>>. Acesso em 18 de out. 2022.

**Juíza concede medidas protetivas a vítima de perseguição por ex-cônjuge em SP.** Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/juiza-concede-medidas-protetivas-vitima-perseguiacao-sp>>. Acesso em 18 de out. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico.** São Paulo: Atlas, 2014.

**Lei 14.132/21: A tipificação do crime de perseguição (stalking).** Disponível em <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/1189340306/lei-14132-21-a-tipificacao-do-crime-de-perseguiacao-stalking>> Acesso em 18 de out. 2022.

**Lei 14.132/21 insere no Código Penal o art. 147 para tipificar o crime de perseguição.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/04/01/lei-14.-13221-insere-no-codigo-penal-o-art-147-para-tipificar-o-crime-de-perseguiacao/> . Acesso em 18 de out. 2022.

**Lei que criminaliza *stalking* é sancionada.** Fonte: Agência Senado. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada>> Acesso em 18 de out. 2022.

KIENLEN, Kristine K. Developmental and social antecedents of stalking. In: MELOY, J. Reid. **The psychology on stalking: clinical and forensic perspectives.** San Diego: Academic Press, 1998, p. 65. Disponível em < [http://cachescan.bcub.ro/e-book/Adriana%20C\\_3\\_e-book\\_12000-13000/580725/51-112.pdf](http://cachescan.bcub.ro/e-book/Adriana%20C_3_e-book_12000-13000/580725/51-112.pdf)> . Acesso em 18 de out. 2022.

**O Fenômeno *Stalking* e sua repercussão jurídica.** Disponível em <<http://repositorio.unis.edu.br/bitstream/prefix/2181/1/TCC%20-%20O%20f.en%c3%b4meno%20Stalking%20e%20sua%20repercuss%c3%a3o%20jur%c3%addica.pdf>> Acesso em 18 de out. 2022.

**O crime de stalking do art. 147-A do Código Penal.** Disponível em <<https://vladimiraras.blog/2021/04/01/o-crime-de-stalking-do-art-147-a-do-codigo-penal/>>. Acesso em 24 de out. 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Perseguição, o novo crime do art. 147-A, do Código Penal.** Disponível em <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/1188694462/perseguiacao-onovocrime-do-art-147-a-do-codigo-penal#:~:text=147%2DA%2C%20do%20C%3%B3digo%20Penal,-8&text=O%20novo%20crime%20consiste%20em,esfera%20de%20liberdade%20ou%20privacidade.%E2%80%9D> >. Acesso em 18 de out. 2022.

**Novo crime: Perseguição - art. 147-A do Código Penal.** Disponível em < <https://www.rogeriogreco.com.br/post/nova-lei-de-persegui%C3%A7%C3%A3o> > Acesso em 26 de out. 2022.

**“Stalking”:** **perseguição nas redes sociais é crime.** Disponível em < <https://brasilpaisdigital.com.br/stalking-perseguiacao-nas-redes-sociais-e-crime/> >. Acesso em 18 de out. 2022.

**'Stalking': saiba quando a perseguição na internet se torna crime.** Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/07/16/stalking-saiba-quando-a-perseguiacao-na-internet-se-torna-crime.ghtml> >. Acesso em 18 de out. 2022.

**'Stalker': homem é preso no DF por perseguir ex-esposa e ameaçar divulgação de vídeos íntimos.** Disponível em < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/06/25/stalker-homem-e-preso-no-df-por-perseguir-ex-esposa-e-ameacar-divulgacao-de-videos-intimos.ghtml> >. Acesso em 20 de out. 2022.

**Resumo de Direito Penal – Stalking.** Disponível em < <https://annapaulacavalcante.jusbrasil.com.br/artigos/1203573241/papo-de-criminalista-resumo-de-direito-penal-stalking#:~:text=O%20stalking%20%C3%A9%20uma%20persegui%C3%A7%C3%A3o,exig%C3%Aancia%20de%20um%20dolo%20espec%C3%ADfico.> >. Acesso em 28 de out. 2022.

## **MUDANÇAS NA LEI DE LICITAÇÃO: ASPECTOS RELEVANTES ACERCA DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS EFETIVAS PELA LEI GERAL DE LICITAÇÃO.**

**AYRTON FRANCISCO GONÇALVES MAIA:**

Graduando do Curso de Direito do Centro  
Universitário Fametro.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é mostrar as principais mudanças da nova lei de licitações, seus aspectos jurídicos e seus impactos referente a antiga lei que ainda continua valendo, mas com prazo de validade. A nova lei trouxe mudanças tanto nas suas modalidades, uma vez que a antiga lei possuía cinco espécies de modalidades de licitação, sendo elas tomada de preço, convite, concorrência, concurso e leilão. Sendo também consideradas como modalidades de licitação o pregão (Lei 10.520/2002) e o RDC (Lei 12.462/2011). A nova lei extinguiu algumas modalidades de licitação como a tomada de preços o convite e o RDC mantendo as outros. Ademais a nova lei trouxe uma abertura para diálogos competitivos, oferecendo uma espécie de debate entre os licitantes. Houve também diversas mudanças na dispensa de licitação, modos de disputa dentre outros, visando a garantia de transparência e aplicação de regras no uso de verbas públicas nas contratações de obras, produtos e serviços feito pela administração pública, afim der possibilitar mais transparência e menos burocracia nos processos licitatórios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação. Normatização. Aplicação. Transparência. Mudanças.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to show the main changes of the new bidding law, its legal aspects and its impacts regarding the old law that is still valid, but with an expiration date. The new law brought changes both in its modalities, since the old law had five kinds of bidding modalities, namely price taking, invitation, competition, tender and auction. The auction (Law 10.520/2002) and the RDC (Law 12.462/2011) are also considered as bidding modalities. The new law extinguished some bidding modalities such as the taking of prices, the invitation and the RDC keeping the others. In addition, the new law has brought an opening for competitive dialogues, offering a kind of debate between bidders. There were also several changes in the waiver of bidding, modes of dispute, among others, aiming to guarantee transparency and application of rules in the use of public funds in the contracting of works, products and services made by the public administration, in order to enable more transparency and less bureaucracy. in the bidding processes.

**KEYWORDS:** Bidding. Standardization. Application. Transparency. Changes.

### **1. INTRODUÇÃO**

É responsabilidade da administração pública de prestar serviços e realizar obras, sendo necessário que haja um responsável pela movimentação de mão de obra e de materiais.

E para que seja selecionado essa pessoa é necessário um processo de escolha conhecido como licitação. Processo este onde empresas competem para que então, seja selecionado um fornecedor dos produtos e serviços necessitados pela administração pública.

O processo licitatório nada mais é do que um conjunto de procedimentos administrativos para compras de serviços contratados pelos entes federativos. Pois, é responsabilidade desses entes governamentais a contratação de serviços e compras seguindo um conjunto de regras expressas em lei fazendo assim com que aconteça uma disputa entre os interessados.

O presente artigo científico, tem o objetivo de buscar a realização do entendimento da lei 14.133/2021 conhecida como nova lei de licitações, mostrando as principais mudanças e novidades comparadas com a antiga lei 8.666/1993,

A nova lei de licitações veio estabelecendo normas gerais, fixando normas para a união e os demais entes federativos. Ocorre que a referida lei não distingue com clareza as normas gerais das normas específicas aplicáveis pela união. Tais mudanças vieram com intuito de modernizar a administração pública e atender as necessidades dos entes públicos e privados, com objetivo de combater as ocorrências de fraudes e corrupções visando manter a segurança jurídica e administrativa com certames mais seguros para alcançar a objetividade pública.

E por fim demonstrar as percepções sobre a nova norma, mostrando seus benefícios, soluções de problemas, sua aplicação e implementação no ordenamento jurídico.

## **2. PRINCIPAIS MUDANÇAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO**

A lei nº 14.133/2021, sancionada em abril de 2021 provocou diversas mudanças em comparação com a antiga lei nº 8.666/1993. Diversos aspectos contribuíram para que houvesse essas mudanças como: os avanços tecnológicos e as mudanças no cenário, fazendo com fosse feito melhorias e mudanças para atender as demandas da administração pública.

A antiga lei nº 8.666/1993, buscava garantia de transparência e a aplicação das regras nas contratações de produtos, obras e serviços visando o bom uso das verbas públicas.

Com a sanção da nova lei de licitações nº 14.133/2021, o objetivo é possibilitar mais transparência e menos burocracia e morosidade nos processos licitatórios, assegurando contratações justas pela administração pública.

Portanto a nova lei de licitações com o intuito de modernizar a administração pública e dar mais celeridade e segurança jurídica em todas os negócios e contratações com os entes federativos e a iniciativa privada fazendo assim uma ruptura com o regime anterior, garantindo a aplicação dos princípios da administração pública com transparência e eficácia aos interesses públicos.

### **2.1 Modalidade de licitação**

A nova lei de licitações nº 14133/2021 em seu artigo 28 estabelece as modalidades de licitações, sendo elas: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo, esta última modalidade é uma inovação trazida pela nova norma, também, foram extintas as modalidades de tomada de preço e convite, modalidades que faziam parte do rol da antiga lei de licitações nº 14.133/2021

Art. 28. São modalidades de licitação:

- I - pregão;
- II - concorrência;
- III - concurso;
- IV - leilão;
- V - diálogo competitivo.

O § 2º do artigo 28, veda qualquer a utilização de qualquer outra modalidade ou até mesmo, combinações entre as modalidades existentes na nova lei devendo, ser aplicada e respeitada pelos entes que compõem a administração pública

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput deste artigo.

### 2.1.1 Pregão

Esta modalidade era regida pela lei nº 10.520/2002, mas passa a ser regido agora pela nona lei nº 14.133/2021, juntamente com as outras modalidades de licitação.

O pregão é uma modalidade utilizada para contratações de bens e serviços comuns. O caput do artigo 29, da referida lei, traz o rito procedimental do pregão, que está previsto no artigo 17, trazendo uma ordem a ser seguida.

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I - preparatória;
- II - de divulgação do edital de licitação;
- III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;



VI - recursal;

VII - de homologação.

Este rito é semelhante ao já estabelecido pela lei 10.520/2002.

### 2.1.2 Concorrência

De acordo a nova norma legislativa concorrência é a segunda modalidade expressa na nova lei, é uma modalidade utilizada para a contratação de bens e serviços especiais e obras e serviços comuns e especiais de engenharia. Esta modalidade é também de rito procedimental estabelecido pelo artigo 17 da referida lei como estabelece o artigo 29.

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

### 2.1.3 Concurso

Conforme a lei 14.133/2021 o concurso é a modalidade designada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico conforme artigo 6º inciso XXXIX da nova lei de licitações:

Art. 6º (...)

XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

O artigo 30 da nova norma estabelece que o concurso deve respeitaras regras previstas no edital:

Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:

I - a qualificação exigida dos participantes;

II - as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;

III - as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 93 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua

execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.

#### 2.1.4 Leilão

A nova lei define que o leilão é modalidade utilizada para a alienação de bens imóveis ou de bem moveis sem utilidades para a administração pública ou apreendidos legalmente para quem oferecer maior lance.

Esta modalidade é regulamentada pelo artigo 31:

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

§ 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterà:

I - a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III - a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V - a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.

§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração

e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.

§ 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital.

### 2.1.5 Diálogo competitivo

Esta modalidade chamada diálogo competitivo é uma inovação trazida pela nova lei de licitações. O inciso XLII do artigo 6º especifica que esta modalidade é utilizada para a contratação de obras, serviços e compras, em que é realizado um diálogo entre os licitantes selecionados e administração pública para entender as necessidades, para assim os licitantes poderem oferecer uma proposta final:

Art.6º (...)

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

O diálogo competitivo busca a transparência e a segurança jurídica na relação entre o particular e a administração pública.

O Diálogo Competitivo é um procedimento importado da Diretiva de 2014/24/UE, que se volta para solucionar problemas ligados à definição do que contratar. Conforme Egon Bockmann

Moreira ensina:

O diálogo competitivo foi concebido para conferir maior flexibilidade nas licitações públicas, nomeadamente naqueles contratos complexos que não comportam, a priori, soluções herméticas. A essência do diálogo competitivo é viabilizar, no curso do próprio procedimento licitatório, a construção da solução mais satisfatória para objetos demasiadamente complexos, seja pelas características técnicas, financeiras ou mesmo jurídicas.

O artigo 32 da nova lei traz as hipóteses em que será possível adotar a modalidade de licitação dialogo competitivo:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III - (VETADO).

### **3.PROCESSO DE LICITATÓRIO**

O processo licitatório é uma junção de procedimentos administrativos pela qual a administração pública busca na contratação de compras e serviços a melhor proposta, tentando assegurar igualdade entre os concorrentes, ou seja, procedimento pelo qual é feita a escolha da proposta mais vantajosa, sempre visando o interesse público.

Segundo Mello (2009, p. 519):

Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

No setor privado é bastante diferente é bastante diferente, uma vez que cada empresa realiza suas contratações de acordo com os seus interesses, ou seja, de acordo com o interesse particular, já na esfera pública a licitação ocorre antes das contratações do poder público. Destacando o interesse público acima do particular, visando igualdade e segurança jurídica nos processos licitatórios

De acordo com Carvalho (2015, p. 429):

A administração pública possui a tarefa árdua e complexa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública. Por essa razão, não poderia a lei deixar a critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo.

Portanto é perceptível o respeito ao princípio da isonomia, buscando a seleção da proposta mais vantajosa que nem sempre terá o menor valor. Este processo licitatório é importante para que seja desenvolvido de uma forma regular respeitando alguns princípios como: legalidade, moralidade, igualdade, impessoalidade e publicidade, princípios estes considerados como os pilares da administração pública.

### **3.1 Aspectos jurídicos da nova lei de licitação**

Aprovada pelo congresso em 2020 a nova lei de licitação trouxe diversas mudanças, substituindo assim a antiga lei de licitação também, outras como a lei do pregão e o regime diferenciado de contratações, trazendo mudanças as normas e ao sistema de contratação da administração pública.

Mudanças essas que estabeleceram normas gerais sobre licitação e nos contratos administrativo, entrando em vigor no momento em que foi sancionada a nova lei, sendo aplicada de forma imediata pela administração pública

Portanto foi designado o prazo de 2 anos para que a nova lei de licitação revogasse a antiga lei, sendo possível durante esses 2 anos a aplicação das duas leis pela administração pública devendo ser escolhido o regime de sua preferência, podendo ser aplicado ambos os regimes.

O artigo 191 da Lei 14.133/2021 prevê que:

Art. 191 (...)

§ 2º Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 190, a Administração poderá optar por licitar de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso

#### **3.1.1 Benefícios da nova lei de licitação.**

A nova norma tem como um dos principais benefícios a menor rigidez na apresentação de documentação e habilitação, dando mais celeridade aos processos licitatórios, no entanto a nova lei ainda continua um pouco complexa.

Prezando sempre as licitações pelo menor custo-benefício e não apenas o menor preço, valorizando outros aspectos de proposta e não apenas de preço. Mesmo com todas essas

mudanças e benefícios, precisa-se ainda de uma maior fiscalização e participação da sociedade para que haja uma correta utilização de recursos públicos, devendo serem mais bem elaborados os projetos e obras visando um equilíbrio contratual quando se tratar do uso de verbas públicas.

Ainda assim é de suma importância o debate a respeito do assunto para que os processos licitatórios atendam fielmente ao interesse público.

### 3.1.2 Regime de execução

O regime de execução significa a forma pela qual determinado contrato será executado, sendo utilizada de uma forma bastante objetiva pela antiga lei 8.666/1993, que separava esse regime em duas categorias: a execução direta e a execução indireta.

A execução direta é aplicada quando a própria administração pública se utiliza dos seus próprios meios para a execução de determinadas tarefas. Não sendo necessária a contratação de um terceiro para a execução uma vez, que a própria administração que a executa.

A execução indireta um terceiro é contratado para realizar a execução de determinada tarefa, tendo assim ligação direta com a lógica da licitação.

A nova lei de licitação menciona a execução direta apenas uma vez de forma isolada e específica, diferente da antiga lei. A execução direta é mencionada apenas nas rescisões de contratos por culpa do particular como mostra o artigo 139 §1º da referida lei

Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II – ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;

III - execução da garantia contratual para:

a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;

b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;

c) pagamento das multas devidas à Administração Pública;



d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do caput deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

A execução indireta de outra forma pressupõe a atuação do particular, sendo assim, a nova lei de licitação no que se refere a esse regime de execução, a nova lei estabeleceu sete formas, como previsto no art. 46.

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - empreitada integral;

IV - contratação por tarefa;

V - contratação integrada;

VI - contratação semi integrada;

VII - fornecimento e prestação de serviço associado.

#### **4. INFRAÇÕES E SANÇÕES E O REGIME JURÍDICO**

As infrações e sanções administrativas é um assunto bastante discutido em nosso dia a dia

Segundo Oliveira, (p.17):

O ilícito administrativo (ou infração administrativa aqui tomados como sinônimo) consiste no comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação no exercício da função administrativa

Com esse conceito distingue-se que a infração administrativa se afasta do ilícito penal e civil conforme a sua apuração sob o regime jurídico estabelecido.

##### **4.1 As condutas definidas como Infrações**

A nova lei de licitações, em seu art.155 traz as condutas definidas como irregulares no âmbito das licitações e dos contratos administrativos. O artigo traz um rol de doze práticas que podem gerar responsabilização do contratado ou licitante, podendo algumas hipóteses ser consideradas tanto na licitação, quanto nos contratos e apenas uma hipótese é direcionada ao combate a corrupção.

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

III - dar causa à inexecução total do contrato;

IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

A nova norma veio com um ponto relevante com um número maior de situações que podem ser apenas, comparado a norma anterior, que englobam desde atos praticados pelos contratados ou licitantes no processo licitatório, até atos relacionados a atividade de fiscalização.

Deste modo a nova lei de licitações um regime mais rigoroso, ou seja, ao tempo em que a administração se expõe aos riscos, ela se fortalece com um maior poder punitivo buscando uma forma de preservar a integridade dos contratos

#### 4.1.1 Sanções administrativas

O artigo 156 da nova lei de licitações estabelece quatro espécie aplicáveis de sanções em face de que cometer infrações definidas em lei e a maneira de que cada uma será aplica.

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

#### 4.1.2 Advertência

É a comunicação formal com aspecto de conduta com um critério punitivo e brando. A advertência a princípio busca revelar dois objetivos, o primeiro é identificar a prática faltosa e o segundo é tentar alertar, sobre um possível dano futuro decorrente da conduta utilizada pelo contratante.

#### 4.1.3 Multa compensatória

É aplicada ao contratante em relação ao descumprimento das obrigações do contrato

#### 4.1.4 Impedimento de licitar e contratar

Essa é imposta ao particular faltoso, é uma restrição parcial de participar de novas contratações públicas, sendo impedido de participar de licitações e novos contratos durante a vigência da sanção.

#### 4.1.5 Declaração de idoneidade para licitar ou contratar

Consiste na penalidade mais severa entre as sanções, uma vez que à mesma afasta o particular de qualquer oportunidade de contrato com a administração pública. Esta sanção tem natureza gravíssima e tem ligação com a responsabilidade criminal, em caso em que as demais sanções não seriam suficientes para garantir a finalidade pública nas contratações.

## 6. CONCLUSÃO

Na elaboração deste artigo, foram estudadas as principais mudanças e inovações legislativas da nova lei de licitações nº 14.133/2021 em comparação com a antiga lei de licitações nº 8.666/1993, com o objetivo e entendimento e analisar os aspectos jurídicos da nova lei.

Inicialmente foi feita uma explanação sobre as modalidades de licitações e suas principais mudanças.

Posteriormente foi feita uma explicação sobre o seu conceito, suas fases, matriz de risco e o processo licitatório. Após buscou-se analisar as melhorias que a nova lei de licitações pode oferecer nos processos de contratações entre o particular e a administração pública.

É perceptível que a nova norma trouxe uma gama de inovações legislativas em relação a norma anterior.

Na lei nº14.133/2021 foram suprimidas duas modalidades, (tomada de preços e convite), e sendo acrescentada uma nova modalidade chamada de diálogo competitivo. Tornando o processo licitatório mais coeso com suas inovações. Também sofreram importantes alterações as fases de licitações, além de muitas outras novidades impactando significativamente nas contratações públicas.

No segundo objetivo específico, pode-se observar que o processo legislativo na nova lei de licitações nº 14,133/2021, passou por uma longa tramitação, se desenvolvendo de acordo com cenário das aquisições públicas.

Portanto foi possível concluir que somente após uma longa discussão sobre seus benefícios, barreiras, e novidades relacionadas a nova norma legislativa foi possível chegar ao entendimento que a nova lei de licitações pode melhorar na aplicação e fiscalização das contratações publicas

## 7. REFERÊNCIAS

AKASHI, Diogo Telles. Presidente Bolsonaro sanciona nova Lei de Licitações. 2021. Secretaria Geral da Presidência da República. Abril, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt->

[br/noticias/2021/abril/presidente\\_bolsonarosanciona-nova-lei-de-licitacoes](https://www.conteudojuridico.com.br/noticias/2021/abril/presidente_bolsonarosanciona-nova-lei-de-licitacoes) . Acesso em: 29 de mai.de 2022

BRASIL. Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021. Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em acesso: 16 de set de 2022

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em Acesso em 26 de set de 2022.

BRAUNERT, Rolf Dieter Oskar Friedrich. A prática da licitação. Curitiba: Grafiven, 2002.

BITTENCOURT, Sidney. Contratos da Administração Pública. Leme: JH Mizuno, 2016. Livro digital.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Salvador. Juspodivm, 2015.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas, p. 17.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA, G. S. C. A matriz de riscos na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-16/gabriel-pereira-matriz-riscos-lei-licitacoes>. Acesso em: 28 de mai. de 2022.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. Nova Lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças / Rodrigo Bordalo Rodrigues – São Paulo: Expressa, 2021.

ZAGO, M.; RODRIGUES, F. O que o diálogo competitivo agrega às contratações públicas? 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/opiniao-dialogo-competitivo-agrega-contratacoes-publicas>. Acesso em: 28 de mai.de 2022.

## **DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

**PEDRO CÂMARA GUIMARÃES:**

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS<sup>30</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Os filhos concebidos por inseminação *post mortem* são aqueles em que um cônjuge decide usar o material genético do outro, que se encontrava armazenado em uma clínica especializada, após a morte dele. O objetivo principal deste trabalho é discutir os direitos sucessórios desses filhos tidos dessa maneira, uma vez que se presume que nesses casos já tenha existido a abertura da sucessão do de cujus e, por vezes, até a sua finalização. As técnicas de reprodução assistida podem e devem ser utilizadas pelos casais que não conseguem alcançar o sonho de ter um filho a partir dos métodos naturais. O ordenamento jurídico brasileiro permite, inclusive, que essa reprodução assistida seja na forma de inseminação artificial homóloga *post mortem*, embora existam algumas lacunas sobre o tema. Atualmente existem alguns projetos de leis que buscam tratar sobre esse assunto. Foi possível chegar a conclusão de que a inseminação artificial *post mortem* não pode ser considerada um tabu, muito menos uma prática odiosa. Trata-se de um meio de garantir a consecução do planejamento familiar do casal que sofreu uma perda repentina. Por fim, entende-se que é possível que todos os direitos sucessórios do filho havido dessa maneira sejam resguardados. Foi utilizado nesta pesquisa o método dialético, se baseando em discussões e argumentações de especialistas acerca do tema, além de pesquisas bibliográficas e documentais.

**Palavras-chave:** Direitos Sucessórios; Inseminação Artificial; Planejamento Familiar.

### **INTRODUÇÃO**

É de conhecimento geral que o conceito de família e sua própria constituição no meio social passam cotidianamente por diversas modificações, principalmente nas últimas décadas, com o advento da tecnologia e com a mudança de foco, no aspecto legislativo, do patrimonial ao existencial, no que tange aos critérios de leis e as Constituições Federais ao redor do mundo.

O presente artigo vem propor uma análise aprofundada, no que tange as possibilidades sucessórias, quanto ao vínculo na esfera cível no que tange à reprodução humana *post mortem*. Mais especificamente, aos critérios necessários para comprovar a filiação na sucessão hereditária.

---

<sup>30</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado.



Há a necessidade, obviamente, de se aprofundar quantos aos pontos específicos do direito de sucessão, vez que o tema de pesquisa implica, principalmente, na questão do direito de herança.

Referente à metodologia utilizada na presente pesquisa optou-se pelo método dialético, se baseando em discussões e argumentações de especialistas acerca do tema, além de pesquisas bibliográficas e documentais, por meio de artigos científicos e outros materiais já publicados sobre o assunto, com foco principalmente, nas matérias disponíveis do STJ sobre o tema herança na reprodução assistida post mortem, ou seja, atingirá tanto o campo de uma pesquisa bibliográfica como uma pesquisa no âmbito exploratório.

E por fim, pesquisar e investigar quanto à comprovação de filiação por intermédio da inseminação artificial após a morte do cônjuge, como será relatado posteriormente, pois é graças às mudanças ocorridas no contexto familiar, e por consequência na sociedade que proporcionou o surgimento da pesquisa do referido artigo.

Tal como aconteceu com as pesquisas com células-tronco, a tecnologia de reprodução humana artificial levantou uma série de questões que devem ser consideradas, das quais estão principalmente ligadas no âmbito da lei. Essas questões não precisam apenas ser discutidas e amplamente divulgadas para tirá-las da zona de isolamento onde residem atualmente.

A infertilidade já não é um obstáculo intransponível para o nascimento de uma criança, várias técnicas de inseminação artificial estão cada vez mais comuns e estão disponíveis para mulheres e casais que desejam ter filhos. O planejamento familiar e a decisão de inseminação artificial, no caso da reprodução natural não ser possível, é apenas para os diretamente envolvidos. Nas palavras da jornalista italiana Oriana Fallac (1975, tradução livre), a maternidade é "não uma profissão; nem mesmo um dever: é apenas um direito entre muitos outros".

Todavia, as divergências iniciam quando a Medicina evolui a ponto de uma criança poder nascer mesmo após a morte do pai.

Na atualidade, os debates sobre o direito de continuar herdando uma criança nascida por meio de inseminação artificial post mortem homóloga têm causado polêmica em sistemas judiciais no Brasil e no mundo. Apesar de que assunto não seja pacífico na doutrina brasileira e cada caso é analisado separadamente, o número de crianças nascidas com técnicas de inseminação artificial cresce a todo momento no mundo, e os casos em que ocorre também após a morte são graças ao desenvolvimento da medicina. Por intermédio disso, a primeira decisão sobre o assunto foi tomada no Brasil em 2008 na forma de tutela liminar, e desde então o assunto não foi compreendido de forma uniforme no judiciário.

No primeiro capítulo iremos tratar das variações da reprodução assistida, no que tange a utilização da inseminação artificial *post mortem*. Já no segundo capítulo, irá ser debatido os direitos sucessórios, quanto ao ser que venha a nascer do procedimento de inseminação artificial, após a morte do cônjuge falecido, e por fim, os andamentos quanto ao posicionamento dos tribunais superiores referente a matéria que está em pauta no presente artigo científico.

## **1. A FILIAÇÃO NO QUE SE REFERE À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

O Código Civil Brasileiro de 1916 estabelecia a relação familiar em duas esferas, quais sejam legítima e ilegítima. A primeira contemplava as relações que se formavam segundo as normas legais, ou seja, sob a égide do casamento e, assim, eram resguardadas juridicamente. A segunda se referia às relações não provenientes do casamento e, portanto, marginalizadas na concepção dos direitos das partes envolvidas.

A forma como as relações se formavam era determinante sobre os direitos sobre paternidade que as resguardariam. Os filhos concebidos fora da constância do casamento, por serem considerados como ilegítimos encontravam-se em posição de desigualdade e desamparo legal em relação aos considerados legítimos, não havendo qualquer garantia de direitos.

Em contrapartida, o Código Civil de 2002 apresentou uma nova concepção de família e, conseqüentemente, de paternidade, na qual houve a equiparação de direito entre os filhos. Abandonando, portanto, os conceitos de legitimidade e ilegitimidade.

Embora o Código Civil reconheça e garanta a presunção de paternidade, o ordenamento jurídico é omissivo quanto aos direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial após a morte. Na ausência de previsão legal, para os filhos nascidos após a morte do pai, a regra geral deve ser aplicada, pois somente estão compreendidos na presunção de paternidade aqueles já gerados no momento da sucessão, ou seja, do falecimento do genitor. Diante disso, coloca-se a questão de saber se os filhos gerados após a morte têm direito à herança (FREITAS, 2022).

Por não terem sido concebidos durante o casamento, os filhos nascidos após a morte de um dos cônjuges mudaram o foco da discussão de questões de relacionamento entre pais e filhos para se concentrar no debate de consentimento e decisões de direito de primogenitura. Pode haver divergências sobre paternidade e direitos na avaliação da ordem sucessória, uma vez que a viúva dá à luz ao filho do falecido, e os direitos entram em vigor imediatamente se ela obtiver o consentimento informado (SARDINHA, 2017).

Portanto, torna-se necessário debatermos acerca das questões de presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida *post mortem*, para isso, é essencial que se entenda como esse tipo de reprodução surgiu e se desenvolveu ao longo da história, o que pode ser visto a seguir.

### 1.1 ORIGEM E CONCEITO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

É de conhecimento geral, que a reprodução humana sempre foi um assunto que gera e continua a gerar muita divergência de ideologias e curiosidade, principalmente ao longo dos anos, com o advento da tecnologia e as inovações na medicina de forma geral. Ou em nosso cotidiano, pois tal assunto não aguça somente a curiosidade, mas influencia diretamente no contexto social e cultural da sociedade, vez que a cada lapso temporal surge uma novidade a respeito disso, seja para se ter uma qualidade de vida melhor e mais segura, no que tange a questão de gerar um filho, como o surgimento de novos contextos na Lei e na ciência para a

realização, muitas vezes de um sonho. Pode-se dizer assim, a respeito daqueles que apresentam alguma deficiência ou impossibilidade de gerar um filho nos aspectos naturais.

Na Grécia e em Roma Antiga, um dos principais objetivos da fertilidade era a procriação. As mulheres inférteis podiam ser rejeitadas por seus maridos, pois a infertilidade era motivo de degradação familiar podendo, inclusive, invalidar um casamento por ser considerada como um defeito inaceitável. As mulheres inférteis eram consideradas amaldiçoadas e deveriam ser banidas da vida social. A fertilidade, por outro lado, está associada aos conceitos de alegria, abundância e dons divinos (ALBUQUERQUE, 2008).

De acordo com Amaral (2018), o primeiro marco da reprodução assistida no Brasil foi o nascimento de Anna Paula Caldeira em 1984. Ela foi a primeira criança na América Latina a ser produzida por fertilização in vitro (FIV) e nasceu 6 anos após o nascimento da primeira paciente do mundo, Louise Brown, no Reino Unido. Mas tudo começou em meados da década de 1890. Walter Heape, também da Universidade de Cambridge, Reino Unido, relata a primeira transferência de embriões (TE) entre espécies de coelhos, resultando em descendentes saudáveis.

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas utilizadas pela medicina especializada para ajudar pacientes a terem filhos. Por este método, a manipulação de pelo menos uma enzima gameta do aparelho de fertilização proporciona condições ideais para que o processo decorra conforme planejado (BARREIRAS, 1997).

Existem dois tipos de reprodução humana assistida, a inseminação artificial, que envolve o procedimento no próprio corpo da mulher, e a fertilização in vitro, uma técnica laboratorial que ocorre fora do corpo da mulher. A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida na qual o sêmen é passado diretamente para a cavidade uterina da mulher durante seus anos reprodutivos, aumentando assim as chances de gravidez, principalmente em casos de infertilidade (FREITAS, 2022).

Dessa forma, a reprodução humana assistida é o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução de problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada. (FRANÇA, 2001)

A seguir, iremos discorrer acerca dos tipos de inseminações artificiais disponíveis, bem como dos efeitos jurídicos no que se refere aos direitos sucessórios no ordenamento jurídico.

## 1.2 TIPOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

As técnicas de reprodução assistida podem ser divididas entre duas categorias, a homóloga, quando é utilizado o semêm do próprio companheiro ou então utilizar-se da reprodução heteróloga, quando é utilizado o material genético para tratar-se de um terceiro doador.

A inseminação artificial envolve a introdução de espermatozoides no útero sem relação sexual com a ajuda de métodos mecânicos e recursos médicos. A inseminação artificial pode ser dividida em homóloga e heteróloga. A inseminação homóloga é a inseminação com o esperma do marido ou parceiro. Quando o material genético do marido ou parceiro não é usado para inseminação artificial, é chamada de inseminação heteróloga (BARREIROS, 1997).

A inseminação homóloga é um tipo de fertilização que utiliza os gametas masculino e feminino de um casal que se interessa por esse processo de fecundação, sejam eles casados ou vivam em união estável (FREITAS, 2022).

A referida inseminação artificial, apresenta-se nesse contexto de forma mais branda com relação a inseminação heteróloga, uma vez que envolve somente o material genético do casal, ou seja, não há um envolvimento de terceiros nessa relação. Partindo na ideia da presunção de paternidade, nos moldes do artigo 1597 do Código Civil, contudo, tem-se a necessidade de autorização expressa do de cujus, à luz da Resolução CFM, artigo 1, inciso IV.

Quando elaborado os referidos dispositivos, em especial no tocante às técnicas de reprodução, o legislador, como ora já mencionado, optou por não adentrar e aprofundar melhor as técnicas, criando um impasse ainda maior, sobre a forma que ocorreria a tutela e resguardaria o interesse *post mortem*. Diante disso, cria-se o imbróglio, pois o legislador não fez qualquer menção de necessidade de prévia autorização do marido, para que a esposa possa utilizar o seu sêmem, bem como não houve indicação se a mulher necessitaria manter o estado de viuvez para o seu uso (FREITAS, 2022).

A utilização do material genético do marido somente é permitida diante da sua expressão de vontade e enquanto estiver vivo, pois a titularidade de partes destacadas de seu corpo apenas lhe incumbe. (MADALENO, 2013).

É imprescindível o consentimento livre e esclarecido das partes, com a finalidade de proteger a dignidade dos seres humanos envolvidos, inclusive da prole a nascer. (BERALDO, 2012).

Observa-se que, mesmo com a omissão do legislador no que tange a autorização do de cujus para dar andamento nos procedimentos da reprodução assistida, principalmente a homóloga, tem-se posicionamento a respeito do respectivo assunto a exigência de uma autorização expressa do de cujus para que ocorra a procriação, não apenas por uma questão de proteção de direitos, mas também para se ter um respaldo jurídico mais efetivo.

A inseminação artificial heteróloga, uma das tecnologias de reprodução assistida, tem sido criticada pelo uso de material genético de terceiros, causando disputas judiciais, insegurança jurídica para marido e mulher e até mesmo batalhas morais até certo ponto, porque um terceiro está envolvido na relação conjugal do casal (FREITAS, 2022).

É notório que o assunto em questão traz uma grande insegurança jurídica por ser de certa forma uma novidade no contexto social e legal, pois a sociedade é dinâmica e o Direito e as leis têm a difícil tarefa de acompanhar as diversas mudanças que se ocorre no cotidiano e ao longo dos anos. Referente à inseminação artificial heteróloga, esta é, um instrumento novo que surgiu tanto no cenário social como jurídico, mas sua aplicação, principalmente na esfera jurídica, é complexa, em razão do envolvimento de terceiros em uma relação jurídica e social com pouco respaldo legal.

Essa metodologia sofre bastante crítica, em razão de diversos desdobramentos, tanto de ordem jurídica, quanto de ordem moral, em razão da intervenção de um terceiro na relação conjugal, não tendo sido abordada de forma aprofundada pela legislação sobre a temática. Um dos imbróglis pode ser exemplificado nos casos em que o filho proveniente da inseminação tenha o interesse em conhecer o doador do material, o que pode é definido como “o pai biológico”. A situação acima exemplificada esbarra num impasse, visto que aquele que doa o material genético à inseminação é resguardado pelo sigilo (FREITAS, 2022).

É do saber de todos que a situação apresentada no posicionamento de Freitas não está distante da realidade cotidiana de todos, pois muito embora se tenha a questão do sigilo assegurada pela lei, e, além disso, a lei assegura todas as prerrogativas em favor de quem é dado como pai, no que tange ao filho concebido por inseminação artificial. Trata-se, contudo, de relações sociais permeadas por seres humanos nutridos por sentimento, que muitas vezes dificulta a aplicabilidade de uma legislação eficaz para ambas as partes envolvidas nesse contexto.

A inseminação *post mortem* é uma técnica que consiste na inseminação da mulher com sêmen de marido já falecido. Por não ser considerada homóloga nem heteróloga, pode ser chamada, também, de intermediária e, é uma técnica de criopreservação do material genético de um marido ou parceiro, usando o sêmen do parceiro para permitir que a esposa produza um filho a partir do material criopreservado, mesmo após a morte. Essa operação era improvável ou mesmo impossível décadas atrás, mas com os avanços da biotecnologia, é possível que os casais tenham filhos mesmo após a morte do marido (FREITAS, 2022)

Muitos países regulamentam e legalizam o processo de doação de órgãos e tecidos para pacientes com morte encefálica, incluindo o Brasil, por meio da Lei 9.434/97 e a Resolução 1.480/97. Nesse processo, além das dificuldades trazidas pelo tema, os médicos também enfrentaram a solicitação de suas esposas ou familiares para a coleta do material genético para serem utilizados na concepção, ou seja, o sêmen. Essa situação incomum aumenta o risco de conflito moral significativo entre profissionais médicos, esposas/requerentes e famílias, produz direitos da criança e questiona a coleta e uso de materiais póstumos (SARDINHA, 2017).

Nesse diapasão, é imprescindível ressaltar que, no ordenamento jurídico atual, três principais critérios são determinantes para a presunção de paternidade, quais sejam, o critério jurídico/legal, que tem como fundamento a presunção de paternidade relativa, fixada pelo legislador em dispositivo legal; no que se refere ao critério biológico, esse está intrinsecamente

ligado ao vínculo genético e, por fim, o critério baseado nos laços de afeto formado pela convivência entre as pessoas envolvidas, ou seja, socioafetivo (FARIAS, 2017).

O ordenamento jurídico brasileiro carece de dispositivos legais que determinam os efeitos sucessórios para os filhos concebidos por meio da reprodução assistida *post mortem*, isso gera instabilidade e vários conflitos, que serão abordados a seguir.

## **2. DA FILIAÇÃO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA " *POST MORTEM*" E OS EFEITOS SUCESSÓRIOS**

Apesar do tema de pesquisa ter bastante respaldo no Código Civil de 2002, principalmente pelo direito de sucessões, que, como relatado anteriormente faz grande interferência, pois com o advento do novo Código Civil de 2002 e da Constituição Federal Brasileira de 1988, mais especificamente com a habilitação do art. 227, § 6º, o direito de sucessão teve um novo direcionamento, no que tange a filiação. Esse posicionamento foi ainda mais fortalecido pelas previsões estabelecidas pela Lei de Introdução ao Estudo do Direito, mais especificamente em seu artigo 4º, quando se utiliza a analogia com os artigos 1.799, I e 1.800, § 4º do Código Civil de 2002, nos casos que se tem uma lacuna a respeito da sucessão testamentária.

Cumprе ressaltar que o Direito de Sucessão é o ramo responsável pelas normas jurídicas de regulamentação e fiscalização das relações referentes ao patrimônio de uma pessoa falecida, ou seja, determina a destinação à terceiros dos bens deixados após a morte de seu titular.

No ordenamento jurídico do Brasil nota-se uma escassez de normas específicas para garantir os direitos das crianças decorrentes da fecundação *post mortem*. Nosso ordenamento jurídico não é suficientemente normativo e nem mesmo a própria sociedade está se posicionando sobre essa questão.

Por isso o presente tema de pesquisa é relevante, pois está cada vez mais frequente a ocorrência desta situação, e isso torna cada vez mais difícil aos operadores do Direito no que tange a aplicabilidade na sucessão aos filhos concebidos após a morte do genitor, sujeitos de direitos e deveres.

### **2.1 DOS DIREITOS INERENTES À FILIAÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não apenas prevê a igualdade de homens e mulheres perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, mas também estipula que todos os filhos devem ser tratados de forma igualitária, independentemente de sua forma de filiação. Ademais, o próprio Código Civil de 2002 reconhece em seu artigo 1.597, inciso III, a filiação oriunda da concepção por inseminação artificial homóloga póstuma.



Não obstante, quando vista na condição de filho, reconhecido como tal pela sociedade e pela família em que vive, ou seja, nas relações sociais, as necessidades da criança tais como alimentação, moradia e educação são atendidas. Formar uma criança como um ser humano talvez seja uma das mais valiosas tarefas e traz-lhe o maior benefício, mas nem a lei nem o sangue podem garantir isso. Talvez a verdadeira ligação, segundo o artigo 227 da Constituição Federal, esteja na dedicação e acuidade, e não na fonte do sêmen (SARDINHA, 2017).

Assim, é natural pensar que os devidos direitos devem ser conferidos às pessoas concebidas após a morte, tanto no âmbito familiar quanto no direito sucessório. Ele não é nem mais nem menos do que os demais filhos, e sua dignidade e direitos devem ser reservados desde o momento de sua concepção (FABRE, 2014).

Em contrapartida, a norma civilista estabelece em seu art. 1.798 que é legítima "a pessoa nascida ou concebida no início da sucessão", donde decorre que, por força de diploma estatutário, não terá direito a ser legal após a morte de seus pais herdar. Em outras palavras, o doutrinador concebeu a possibilidade de a mãe e os profissionais que executam a técnica serem responsabilizados civilmente por danos materiais ao filho por não receberem a herança do pai, pois seriam responsáveis por sua concepção (REZZIERI, 2015).

Segundo essa corrente, tando a maternidade e quanto a paternidade só pode ser concebida com a anuência de ambos os envolvidos, nesta senda, a reprodução assistida *post mortem*, é manifestação unilateral da vontade, sendo suprimida a vontade expressa da outra parte, no caso, o falecido.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários princípios surgiram para nortear o direito. Dentre eles, destacam-se o princípio da igualdade dos filhos contido no art. 227, Capítulo 6 da CF.

Este princípio reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana que é o princípio fundamental da Constituição acima mencionada, ou seja, sustenta todos os outros princípios, portanto toda discriminação expressamente prevista no Código Civil de 1916 é descontextualizada e deve ser removida. e lutar de acordo com os princípios acima.

Portanto, uma vez que o filho tem um pai, ele deve ser tratado como qualquer outro filho do mesmo genitor, incluindo não apenas, mas principalmente, a herança legal, que é consequência direta e obrigatória da sucessão e não há espaço para interpretação. (FABRE, 2014)

No entanto, se um embrião for implantado, os direitos dos pais têm precedência sobre os direitos reprodutivos, e a criança deve ser reconhecida mesmo contra a vontade do pai. A estrutura da relação entre pais e filhos dada pela Constituição impede qualquer forma de tratamento diferenciado dos filhos com base na origem, não existindo quaisquer barreiras quanto à determinação da relação pais-filhos e proibindo a fixação de restrições em relação aos direitos de filiação, seja ela qual for.

## 2.2 DIREITO DE SUCESSÃO INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Cumpra-se nos esclarecer que sucessão não se trata de sinônimo de herança, uma vez que o ato de suceder ocorre, tanto por ato entre vivos, quanto em função da morte de um titular de bens e direitos. Já herdar, remete-se à transmissão de direitos e obrigações de um falecido à terceiros.

Ao preceituar o Art. 1.798 do Código Civil de 2002, o legislador não se atentou ao avanço na reprodução humana assistida, tendo em vista que menciona que terá garantias de direitos sucessórios os que, direitos que estavam previstos no início da herança, pois as disposições atenham sido concebidos na data da abertura da sucessão. Tal menção é causa de conflito entre direito de família e herança direito em diferentes áreas da relação jurisprudencial (FREITAS, 2022).

Ao conceder à mulher o direito de inseminar artificialmente o sêmen do marido falecido, deve-se conceder à criança todos os direitos inerentes como se tivesse nascido por reprodução natural. Portanto, parece inconcebível que, uma vez que a criança nasceu, tenha havido qualquer discussão sobre suas origens. Assim, é inadmissível que, uma vez reconhecida sua paternidade, ela perca seus direitos naturais de herança para quaisquer outros filhos dos mesmos pais. (FABRE, 2014)

Considerando que os embriões são seres concebidos, a doutrina diverge quanto ao tema de análise, ou seja, o direito de sucessão dos filhos nascidos de embriões implantados no útero após o momento da morte do progenitor. Neste caso, distinguem-se duas hipóteses. Se o embrião criopreservado já existe no momento da morte do autor do espólio, mesmo que demore muito tempo, esse embrião é implantado no útero da mãe, e seu nascimento vivo lhe confere a capacidade de herdar. (SOUSA, 2014)

Essa intenção seria uma expressão implícita de vontade, extraída das ações dos mortos, que passaram por todos os procedimentos necessários e exaustivos para preservar seu material biológico. Caso não quisesse que o autor utilizasse seu sêmen, poderia manifestar sua vontade ao assinar o contrato com a clínica de reprodução assistida. Presume-se que, não é uma atitude comum um homem armazenar seu material genético à toa em um banco de sêmen. Se ele o mantém, ele tem uma intenção, que só pode ser presumida como a intenção de reprodução.

No entanto, se ainda não houver embriões no início da herança, mas apenas gametas criopreservados do falecido, uma vez que esse material genético tenha sido usado para a concepção, a pessoa não terá nenhum direito de herança relacionado ao espólio do provedor de sêmen congelado, isto porque o filho ainda não havia sido concebido no momento de sua morte. (SOUSA, 2014)

Importante destacar que há uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de se reconhecer a capacidade sucessória em si dos filhos havidos na forma de reprodução assistida *post mortem*.

Há uma parte da doutrina que entende não ser possível a concessão da capacidade sucessória a esses filhos. Defendem que para que possam possuir o direito de herdar, devem já estar concebidas no momento do óbito de seus genitores. Entendem, ainda, que a possibilidade de se atribuir capacidade sucessória a esses filhos configuraria uma insegurança jurídica, uma vez que teria de haver reabertura do inventário (PINTO, 2008).

No entanto, outra corrente doutrinária defende ser possível a concessão de capacidade sucessória aos filhos havidos após a morte do *de cujus* através de inseminação artificial homóloga *post mortem*, desde que tenha autorização expressa dele para tanto (PINTO, 2008).

Essa parcela da doutrina entende que os direitos sucessórios decorrem unicamente da filiação, pouco importando qual tenha sido o momento da concepção. Fato é que tanto aqueles que são favoráveis quanto os que são contrários defendem que a reprodução assistida *post mortem* deve ser evitada, pois pode gerar muitos problemas psicológicos para essa criança que virá ao mundo (PINTO, 2008).

Insta consignar que a lei é omissa quanto a este fato, isto é, não há previsão legislativa sobre a possibilidade – ou mesmo a impossibilidade – de reconhecimento de capacidade sucessória ao filho oriundo de uma reprodução assistida *post mortem*.

Entre os princípios constitucionais que podem ser mencionados frente à concessão dos direitos de suceder da criança fruto de inseminação *post mortem*, estão os princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade, igualdade dos filhos, melhor interesse da criança e livre planejamento familiar. (REZZIERI, 2015)

Vale mencionar que é justamente o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, que permite o reconhecimento dos direitos sucessórios dos filhos havidos na forma de reprodução assistida *post mortem*.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já entendeu pela concessão de capacidade sucessória a um filho havido da referida forma, pois a Carta Magna prevê o princípio da igualdade entre os filhos (BRASIL, 2014).

Entendeu o aludido Tribunal que ainda que o Código Civil não preveja essa forma de capacidade sucessória, o fato de a Constituição Federal dispor sobre esse princípio autoriza a concessão de direitos sucessórios a esses filhos (BRASIL, 2014).

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e do livre planejamento familiar protegem os direitos dos cônjuges sobreviventes de dar continuidade ao planejamento e proteção do material biológico que começou com a vida de duas pessoas: ter um filho.

Na ausência de legislação aplicável, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas Jurídicas, análogo aos artigos 1.799-I e 1.800-4 do Código Civil, podem ser tomados como ponto de partida, uma vez que regulamenta a sucessão testamentária e dispõe sobre a finalidade de preservar o direito de herança das crianças não concebida, por um período de até dois anos. Tal

prazo parece razoável, pois não importa qual seja o direito de herança, ele não pode ser preservado parcialmente para a eternidade. Desta forma, a viúva tem tempo suficiente para decidir conceber após a morte e começar a tentar conceber sem prejudicar os outros herdeiros. Se a criança não estiver concebida no final deste período, os demais herdeiros terão direito a uma parte reservada. (FABRE, 2014)

A verdade é que não importa quantos casos sejam resolvidos por analogia ou qualquer outra forma de preenchimento de lacunas, sempre faltam leis que regulem melhor a matéria. Idealmente, a ordem existente seria discutida e analisada para criar normas que trouxessem respostas a essas questões para abordar todas as questões sociais e acadêmicas no campo dos métodos de reprodução assistida.

O Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*, desde que o cônjuge falecido tenha deixado uma autorização para tanto, através de um testamento ou de um documento análogo. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

[...]

5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017 prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.

6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma

por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expreso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

[...] (BRASIL, 2021).

Nesta oportunidade, reconheceu o referido Tribunal Superior que o filho havido através de reprodução assistida *post mortem* teria todos os seus direitos sucessórios garantidos.

Além disso, não há necessidade de falar de egoísmo sobre uma criança nascida sem pai, porque mesmo que o pai esteja vivo no momento da concepção, não há garantia de que a criança estará viva nove meses depois de nascido. Mesmo vivo, não há garantia de que será um pai amoroso, muito menos presente, uma ausência que o equipara à condição de pai falecido.

Como o artigo 1.597, III, do Código Civil brasileiro reconhece a relação pais-filhos dos filhos nascidos por inseminação artificial homóloga, este método de reprodução é presumido mesmo que o marido esteja morto. Apesar das divergências na doutrina e na jurisprudência quanto aos direitos das viúvas ao material genético do falecido, é geralmente aceito que há presunção de paternidade quando a criança engravida (FABRE, 2014).

Negar os devidos direitos sucessórios das crianças concebidas por inseminação artificial homóloga póstuma equivale a regredir ao ordenamento jurídico anterior, onde ainda prevalecia a discriminação entre as crianças.

No entanto, considerando a concepção por inseminação artificial homóloga póstuma, a questão desloca-se para o domínio do direito sucessório. O princípio constitucional da igualdade, que se estende ao direito de família, pois o princípio da igualdade de tratamento dos filhos, juntamente com o princípio do melhor interesse da criança, constitui a base para a proteção dos incapazes, que será sempre mais forte do que a divisão herdar.

### **3. DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS**

Muito embora o tema de pesquisa tenha respaldo em sua maioria pelo entendimento dos tribunais, algumas turmas recursais demonstram por meio de julgados que o referido caso ainda não está pacificado, pois há uma discrepância entre as decisões no que tange a autorização do material genético do de cujus para o procedimento de inseminação artificial, como bem demonstra os julgados abaixo.

Em uma decisão de primeiro grau, proferida pela 7ª Vara de Família de Brasília foi autorizado o procedimento para realização do ato de procriação póstuma assistida dessa decisão houve recurso. Ao apreciar o recurso do hospital que preservou o sêmen criopreservado, a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do distrito Federal e territórios, por maioria de votos, reverteram a decisão e negaram o direito pleiteado pela viúva, entendendo que não havia provas suficientes nos autos para demonstrar a intenção do falecido (*de cujus*) de liberar o uso de seu material genético caso viesse a falecer.

O contexto fático dessa decisão relata que no ano de 2007, a recorrida por ter mantido união estável por 14 anos com o companheiro, falecido de câncer, alegou que o casal havia tentado engravidar durante a união a mulher (não identificada, por sigilo judicial) razão pela qual recorreu à Justiça para obter autorização para liberação de material genético do *de cujus* criopreservado para realização do ato de procriação póstuma assistida. (FABRE.2014)

Uma outra decisão, proferida em maio de 2010, pela 13ª Vara Cível de Curitiba, autorizou a professora Katia Lenerneier, de 38 anos, temporariamente (liminarmente) a tentar engravidar com o esperma congelado do marido falecido em fevereiro do mesmo ano, vítima de câncer de pele.

O caso em questão narra que o casal estava casados há cinco anos e tentavam engravidar há três anos quando Roberto Jefferson Niels ficou surpreendido com a descoberta do melanoma. Devido ao risco de infertilidade, este decidiu seguir o conselho do seu médico em congelar seu esperma antes de iniciar o tratamento de câncer. Como nem o laboratório nem o Conselho Regional de Medicina desejavam autorizar o procedimento pois não havia consentimento expresso de Roberto para usar o sêmen após sua morte, Kátia acionou a justiça. Ela recebeu permissão e oito meses após a morte do marido ficou grávida de uma garotinha. Luiza Roberta nasceu em junho de 2011 com peso de 3 kg. Foi à primeira concepção conhecida no Brasil por inseminação artificial *post mortem* homóloga, e a criança tinha direito à descendência. (BRASIL. 2010)..

O clímax do referido assunto está ligado diretamente autorização expressa do *de cujus* para a utilização do seu material genético, após a sua morte. Essa questão já foi mencionada anteriormente sobre o polo do posicionamento doutrinário, que em sua maioria entende ser necessário uma autorização expressa de vontade do *de cujus* para o procedimento.

No entanto, a inseminação artificial *post mortem* sobre o foco social, é uma novidade, assim como, um assunto de foro íntimo, principalmente entre os cônjuges, que na prática dificulta provar, principalmente a vontade do *de cujus*, em relação à vontade do cônjuge sobrevivente em constituir família, já que assuntos dessa natureza não se tem o costume social de deixar expresso o animus de constituir família.

Outra situação que apresenta essa lacuna legislativa, no que tange a viabilidade da inseminação artificial *post mortem*, é uma apelação cível (47.2020.8.26.0510), interposta por Debora Baboni Dominiquini, em 09 de fevereiro de 2021 ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com o objetivo de conseguir a autorização judicial para utilização do material genético de seu marido (*de cujus*) para a inseminação artificial. (FABRE.2014)

Uma vez que, este era policial, foi baleado em frente a residência que morava, vindo a óbito em razão disso. Como os cônjuges não tinham filhos, a referida viúva veio em prol da autorização da inseminação artificial. Mas o tribunal negou provimento sob o argumento de que o material genético não foi fornecido pelo *de cujus*, mas sim recolhido após o óbito, ou seja, não se teve demonstrado a prévia autorização expressa por escrito do *de cujus*.



No recurso de Apelação Cível (nº 0100722-92.2008.8.07.0001), a 3ª Turma Cível do Tribunal do Distrito Federal e Territórios decidiram por maioria em setembro de 2021 contra a utilização do material genético pela viúva. No entanto, alguns fundamentos das decisões dos desembargadores podem ser extraídos para contribuir para o debate em relação ao tema de pesquisa. Pois o desembargador Getúlio Moraes Oliveira explicou que, em sua opinião, o direito à herança do nascituro é óbvio, mesmo que a lista seja encerrada na concepção. Para ele, "desde 1912, antes do antigo Código Civil, o Supremo Tribunal Federal estabelecia a noção de que os filhos têm parte na herança, ainda que contingente". (TJDF – 3ª Turma – APC 2008 01 1 149300-2 0100722-92.2008.807.0001 – Relatora: Nídia Corrêa Lima – Publicação: 23/09/2014).

Ainda haveria espaço para os herdeiros chegarem a um acordo sobre o conceito de herança e a consequente divisão. A juíza Nídia Corrêa Lima foi além, declarando que o sonho daquela viúva de ter um filho com o companheiro com quem viveu tantos anos e fez tantos planos, não pode ser frustrado. Para ele, o fato de a falecida ficar com o material genético seria uma prova da intenção de constituir família com o companheiro. A relatora também entendeu que a questão da herança não poderia impedir o nascimento desta criança, pois teria um propósito claro e o direito de conceber a criança.

Essa intenção seria uma declaração tácita de vontade decorrente do comportamento do falecido quando ele passa por todas as medidas necessárias e exaustivas para preservar seu material biológico. Se ele não quisesse que o seu material genético fosse usado pelo cônjuge sobrevivente, este poderia manifestar sua vontade para a clínica de inseminação artificial. No entanto, isso não aconteceu, e embora estivesse em tratamento de uma doença grave, ciente do risco de morte, deixou o material genético em um banco de sêmen. Segundo a relatora, não seria uma atitude geral de um homem deixar sem rumo seu material genético em um banco de esperma. Se ele o mantivesse, serviria a um propósito que só pode ser considerado a procriação.

Apesar de no presente trabalho frisar-se intensamente sobre a autorização expressa do de cujus para a utilização de seu material genético após a sua morte, que em sua maioria é pleiteada pelo cônjuge sobrevivente. Teve-se a ocorrência de um caso no qual o cônjuge sobrevivente conseguiu por meio de liminar a retirada do sêmen do de cujus após a morte, ou seja, não se teve a realização de uma autorização prévia. Porém houve uma excepcionalidade no caso em questão, em razão, do de cujus ter falecido em razão de um aneurisma cerebral, e este não teve o tempo cabível para deixar sua vontade intitulada de forma expressa.

Ressalte-se que a decisão foi aplicada apenas para a retirada do material genético, que pelo aspecto jurídico é uma evolução considerável, e a real necessidade da respectiva liminar foi atendida, porque o sêmen não resistiria muito tempo no corpo do de cujus, com isso, sendo necessário realocá-los para um banco de criopreservação.

É sabido que a matéria não envolve somente um assunto que é novidade no meio social e jurídico, mas também uma questão emocional entre os envolvidos que o Direito ainda não consegue atender de forma ampla e eficaz, ou seja, é um assunto que tem muitas lacunas no aspecto legislativo, e isso tem que ser resolvido, como também se exige tanto do legislador

como do julgador uma visão e conseqüentemente uma sensibilidade mais voltada para a questão existencial em suas decisões.

Pois esses casos de inseminação requeridos na ala judicial, de forma geral são aqueles, em que um casal ao longo de sua união estável ou conjugal não concebeu herdeiros, e infelizmente por uma fatalidade ou doença grave um dos conjugues ou companheiro venha a falecer e o sobrevivente tem o desejo de deixar o que representa ou representou a respectiva união que foi desfeita, por um evento natural (a morte) de forma consolidada no meio social, e a forma mais sólida ao qual uma união pode ser celebrada é por meio do fruto, ou seja, um filho.

## CONCLUSÃO

Embora tenhamos previsão sobre a possibilidade de inseminação artificial póstuma, o ordenamento jurídico é omissivo sobre como tal procedimento deve ser realizado, após a morte do de cujus o que levantou dúvidas sobre a necessidade de o doador (o de cujus) expressar especificamente a autorização para o uso do seu material genético. Isso o que causou uma enorme discordância doutrinária sobre a necessidade ou dispensa da autorização prévia.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e do livre planejamento familiar protegem o direito do cônjuge sobrevivente de continuar com os projetos que iniciou quando o falecido ainda estava vivo, e isso inclui obviamente a preservação do material biológico do falecido, casos estes tinham vontade de ter um filho. Além disso, não há necessidade de falar em egoísmo em relação a uma criança nascida sem pai, porque mesmo que o pai esteja vivo no momento da concepção, não há garantia de que ele estará vivo nove meses depois quando a criança nasce. Mesmo vivo, não há garantia de que seja um pai amoroso, muito menos presente, cuja ausência o equipara à condição de pai morto.

Enfim, deve-se lembrar que, apesar do silêncio da lei, projetos de lei estão na fase de elaboração e casos específicos são compreendidos não só no Brasil, mas em todo o mundo, e que a utilização do direito comparado é sempre uma alternativa enriquecedora para esses casos, quando se tem a falta de legislação nacional. Já é muito oportuno promover discussões sobre temas que possuem escassa bibliografia e jurisprudência, ainda mais quando esses temas na prática só aumenta no contexto social, conforme a medicina e a tecnologia avançam. A complexidade da sociedade nunca deve impedir o desenvolvimento do conhecimento, porque a prosperidade da ciência depende da complexidade da vida.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. A reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2008. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3830>. Acesso em: 10/09/2022.

AMARAL, Adelino. 2017 marcou a história da reprodução assistida no Brasil. Publicado em 05/02/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/2017-marcou-a-historia-da-reproducao-assistida-no-brasil/>. Acesso em: 10/09/2022.

BARREIROS, Wilza Carla Folchini. **Procriação artificial post mortem: aspectos jurídicos e doutrinários**. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis/SC, 1997-07. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/236906>. Acesso em: 11/09/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1918421**. Quarta Turma. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1270115923/inteiro-teor-1270115925>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **APC 20080111493002**. 3ª Turma Cível. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/141069792/inteiro-teor-141069826>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APC 20208260510**. Setima Câmara de Direito Privado. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1166993827/inteiro-teor-1166993843>. Acesso em: 19 nov.2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito Família. Notícia. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2206913/mulher-pode-ter-filho-de-marido-morto>. Acesso em 19 nov.2022.

FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga post mortem**. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis/SC, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/127075>. Acesso em: 05/11/2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: família**. 9ª. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FREITAS, Adilson Ferreira. **Direitos sucessórios decorrentes de inseminação artificial post mortem**. Universidade Federal de Santa Catarina Centro de Ciências Jurídicas Departamento de Direito. Florianópolis/SC, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/233063>. Acesso em: 08/09/2022.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REZZIERI, Lorrana. Direitos hereditários do concebido "post mortem" no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise crítica a partir do sopesamento entre princípios sucessórios e constitucionais - TCC(graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito.

Florianópolis/SC, 2015. Disponível em:  
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133838>. Acesso em: 05/11/2022.

SARDINHA, L. A. da C., *Et.Al.* (2017). **A coleta de sêmen post mortem para reprodução humana assistida e os direitos da criança**. Brazilian Journal of Transplantation, 20(3), 14–19. Disponível em:  
<https://bjt.emnuvens.com.br/revista/article/view/87/414>. Acesso em: 07/09/2022.

SOUSA, Priscila Meireles de. O filho havido por fertilização in vitro homóloga e implantado post mortem como sujeito de direitos sucessório e de filiação - TCC(graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis/SC, 2014. Disponível em:  
<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/122334>. Acesso em: 05/11/2022.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões. 2012.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assistida: Indeminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. **Recanto das Letras**, 31 mar. 2008. Disponível em:  
<https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>. Acesso em: 17 nov. 2022.

## ASPECTOS REGULATÓRIOS DA SERVIDÃO AMBIENTAL

**LETÍCIA NAMIE YAMADA:**

Bacharelada em Direito pela  
Universidade de Gurupi –  
UnirG.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES<sup>31</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A servidão ambiental, criada por meio da Lei nº 11.284/06, prevê que o proprietário renuncie, em caráter permanente ou temporário, total ou parcial, ao direito de uso, exploração ou supressão de recursos naturais existentes na propriedade. Primordialmente, a servidão ambiental deve se ater as suas particularidades e a sua incorporação dentro da regulamentação do imóvel rural respeitando a legislação, para que seja alcançado a preservação ambiental. Frente a esse instituto, a respectiva pesquisa tem como finalidade analisar o impacto que a servidão ambiental possui sobre a preservação ambiental. Para isso analisou-se os seus aspectos regulatórios. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, a partir de livros e periódicos, nacionais e internacionais, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Nos resultados, ficou claro observar que este recurso foi estabelecido para salvaguarda de áreas até agora não exploradas e estabelece critérios positivos na proteção do meio ambiente. Nitidamente, verificou-se que a implantação da servidão ambiental é um recurso poupado de política ambiental recente (em virtude de sua efetiva aplicabilidade), inovador e relevante, havendo a expectativa de que os resultados de sua administração trarão, necessariamente, benefícios para a proteção das terras. Dessa forma, a servidão ambiental é uma prática positiva para a preservação ambiental.

**Palavras-chave:** Meio Ambiente. Servidão. Regulamentação.

**ABSTRACT:** Environmental easement, created by Law No. 11,284/06, provides for the owner to renounce, permanently or temporarily, in whole or in part, the right to use, exploit or suppress existing natural resources on the property. Primarily, the environmental easement must stick to its particularities and its incorporation within the regulation of rural property respecting the legislation, so that environmental preservation is achieved. Faced with this institute, the respective research aims to analyze the impact that environmental easement has on environmental preservation. For this, its regulatory aspects were analyzed. The methodology used was the bibliographic review, based on national and international books and periodicals, to better describe, argue and outline the research objectives. In the results, it was clear to observe that this resource was established to safeguard areas hitherto unexplored and establishes positive criteria in protecting the environment. Clearly, it was found that the implementation of environmental easements is a resource spared from recent environmental policy (due to its effective applicability), innovative and relevant, with the expectation that the results of its administration will necessarily bring benefits to the protection of the lands. Thus, environmental easement is a positive practice for environmental preservation.

---

<sup>31</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

**Keywords:** Environment. Bondage. Regulation.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Síntese geral sobre o Meio Ambiente. 4. Servidão: aspectos gerais. 4.1 Da servidão ambiental. 5. Consequências jurídicas e sociais da servidão ambiental. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O Meio Ambiente é o maior bem que o ser humano possui. Sem ele, não existiria vida humana ou animal na Terra. Em termos conceituais representa todo o aparato de vida existente no espaço territorial. Por conta disso, a sua defesa e, conseqüentemente, a sua conservação é de extrema importância.

Devido a essa importância, o ordenamento jurídico vem regulamentando a tutela jurisdicional e legislativa do Meio Ambiente em todas as suas formas. Seja na norma constitucional ou infraconstitucional, o Meio Ambiente encontra escopo jurídico para a sua proteção. Tendo a sociedade em geral a garantia do seu uso, a própria norma jurídica pátria a protege dos abusos cometidos pelos cidadãos.

A importância do estudo desse tema versa sobre os constantes malefícios praticados contra o Meio Ambiente por parte do homem. Atualmente, muitos são os casos de descaso humano contra o bem estar ambiental. Queimadas, poluição, desmatamentos, dentre outros, são alguns dos inúmeros exemplos de maus tratos do homem em desfavor do Meio Ambiente (CARDOSO, 2019).

A presente ação protetiva vem ao seu turno defender e buscar punição para qualquer ente (jurídico ou físico) que venha lesar qualquer bem ambiental. Sua eficácia garante a todos que usam desses bens a sua responsabilidade no que tange a sua preservação e conservação.

Nesse cenário, encontra-se a servidão ambiental. De modo geral, como bem define Santos (2021) a servidão é o direito real sobre a coisa imóvel, que lhe impõe um ônus em proveito de outra, pertencente a diferente proprietário.

Frente a isso, este trabalho discutiu de que forma servidão ambiental pode auxiliar na preservação ambiental. E para isso apresenta-se os seus aspectos regulatórios. Portanto, no decorrer dessa pesquisa procura-se responder as seguintes indagações: A servidão realmente valoriza uma área? Não traz nenhum prejuízo ao proprietário que aderir? Quais são seus benefícios e como aderir??

Desta feita, o objetivo desse estudo foi de sistematizar o conhecimento e aprofundar a análise do instrumento servidão ambiental, dentro de um traçado histórico, procurando ressaltar os principais aspectos (importância, pontos positivos, conflitos, dentre outros).

## 2. METODOLOGIA



A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

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, dentre outros, entre os meses de outubro e novembro de 2022.

### **3. SÍNTESE GERAL SOBRE O MEIO AMBIENTE**

Antes de se adentrar no tema por ora proposto, necessário tecer algumas linhas gerais a respeito do Meio Ambiente, tanto em relação ao seu conceito como a sua normatização.

É sabido que o Meio Ambiente faz parte indiscutivelmente da vida humana; sem ele não haveria vida animal ou humano. Esse ambiente representa tudo àquilo que existe no planeta, onde os animais e os indivíduos ocupam o seu espaço. Portanto, entender o espaço ambiental se torna fundamental na medida em que se entende pela vida de pessoas, animais, vegetais e tudo o que vive e produz na Terra.

A evolução do homem está diretamente ligada à evolução ambiental. Os seres vivos só foram criados e mantidos por estarem inseridos em um ambiente que lhes proporcionassem a vida. Assim, o homem só permanece vivo porque o ambiente a qual está inserido o permite. O ar, a água, a terra, entre outros, são elementos essenciais para a sobrevivência humana. E esses elementos são integrantes do Meio Ambiente.

O Meio Ambiente é de extrema importância para qualquer ser vivo. Sua importância reside justamente por abarcar todo e qualquer corpo ou substância existente neste planeta, oferecendo os elementos essenciais para a sua sobrevivência.

Conceitualmente, o Meio Ambiente possui várias definições e que foram se ampliando ao longo do tempo. Alguns defendem que se inserem em seu conceito qualquer ser vivo, outros afirmam que são compostos todos os seres vivos ou não.

Em termos gerais o Meio Ambiente traz em seu bojo tudo aquilo que se insere em um espaço geográfico. Também pode ser visto como um espaço social, físico ou psicológico, natural ou artificial (MILARÉ, 2015).

A sua nomenclatura é originada pelo verbo latino *ambire*, que está ligado ao sentido de ir à volta; arrodar. Desse modo, o Meio Ambiente seguindo essa semântica pode ser entendido como algo que cerca o ser humano, que o interage entre si e que faz parte da sua sobrevivência.

No entendimento de Silva (2019) o meio ambiente é uma comunicação existente entre os elementos naturais, artificiais e culturais aos quais fornecem o desenvolvimento da vida. Essa interação tem a finalidade de abraçar uma concepção unitária do ambiente, compreendendo os recursos naturais e culturais.

O Meio Ambiente também pode ser entendido como um resultado da ligação entre o ser humano e a base física e biológica, onde por meio dessa interação se tem a sobrevivência biológica e espiritual (MACEDO, 2014). Pode-se afirmar, assim, que o Meio Ambiente é o espaço amplo que envolve o homem e todos os seus elementos.

Num conceito mais amplo, tem-se:

O “Meio ambiente” no sentido de ecossistema é um conjunto de realidades ambientais, considerando a diversidade do lugar e a sua complexidade. O “meio ambiente” como lugar onde se vive é referente à vida cotidiana: casa, escola e trabalho. O “meio ambiente” como biosfera surge para explicar a interdependência das realidades socioambientais em todo mundo, a Terra é a matriz de toda vida (BELTRÃO, 2018, p. 01).

Ligando ecologia ao meio ambiente, Silva (2019) entende que este último é um agrupamento de todas as unidades ecológicas que rodeiam e influenciam o ser vivo. Nesse grupo encontram-se os animais, os microrganismos, a vegetação, as rochas, o solo, a atmosfera, etc.

Partindo dessa premissa, é o meio ambiente “todos os fatores físicos, químicos e biológicos que envolvem os seres vivos. Esses fatores influenciam os organismos e são influenciados por eles, formando o ecossistema em que a vida desses seres são desenvolvidas” (SILVA, 2019, p. 01).

Por fim, apresenta-se um conceito mais abrangente de meio ambiente por meio das palavras de Naime (2018) que estabelece que mesmo sendo de difícil conceituação, o meio ambiente é intangível. Para esse autor, não dá tocar e pegar. Em suas palavras afirma: “tocar numa pedra, na água ou no solo é tocar num elemento ambiental do meio físico. Tocar uma planta, um animal, é tocar num elemento do meio biológico. Tocar numa plantação, num produto industrializado ou num depósito de resíduos sólidos (lixo) é tocar num elemento do meio antrópico ou socioeconômico” (NAIME, 2018, p. 01).

Portanto, o Meio Ambiente deve ser visto como um conjunto de relações entre os meios físico, biológico e antrópico. É ao mesmo tempo um espaço para animais, para a vegetação e também um espaço social onde figura o homem.

Nesse sentido, o meio ambiente, são acima de tudo as relações. São “as consequências de todas as relações entre os meios, que são produzidas pelo homem e que podem impactar a própria espécie humana” (NAIME, 2018, p. 01).

Em âmbito legislativo, encontra-se a Lei nº. 6.938/81, que em seu art. 3º § I, define o Meio Ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Tanto o conceito doutrinário quanto o legal, concordam que o termo meio ambiente “não é redundante, posto que retrata, além do ambiente/espaço, o conjunto de relações físicas, químicas e biológicas entre os seres bióticos (vivos) e abióticos (não vivos) que acontecem nesse ambiente

e que são essenciais para a manutenção, o abrigo e a subsistência de vida nele presentes” (TOSE, 2012, p. 01).

Em termos legislativos, no Brasil, criou-se a Política Nacional do Meio Ambiente, importante ferramenta de promoção de ações que visam à gestão ambiental. Esta Lei (nº. 6.938/81) veio, a seu turno, objetivar a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental, tão importante para a vida.

O processo legislativo referente ao Meio Ambiente também possui outras normas, tais como o SISNAMA, o CONAMA, o IBAMA, entre outros, que são institutos extremamente importantes para a efetiva proteção e conservação do Meio Ambiente através de seus textos normativos.

Em decorrência desses fatores, a Lei Maior não poderia se ausentar na legalização desses assuntos. Surgida como referência “para a interpretação e aplicação das normas materiais e processuais de todo o universo que compõe o ordenamento jurídico” (MACEDO, 2014, p. 01), a Constituição regula o Meio Ambiente por meio do art. 225 onde afirma que todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo um bem de uso de todos e fundamental para uma vida sadia e com qualidade de vida (BRASIL, 1988).

No mesmo artigo supra descrito, aduz ainda que caiba ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defender, proteger e preservar o Meio Ambiente hoje e para as futuras gerações (BRASIL, 1988).

#### **4 SERVIDÃO: ASPECTOS GERAIS**

As bases jurídicas da servidão ambiental encontram raízes no Direito Civil. É no Código Civil que se encontra primeiro, o instituto da servidão. Em termos conceituais, a servidão pode ser entendida como um direito de gozo sobre imóveis que, em virtude da lei ou da vontade das partes, e se impõem entre o proprietário diverso, trazendo ao primeiro (dominante) um acréscimo em desfavor do segundo (serviente). (LORENZETTI, 2017)

Este instituto está previsto nos arts. 1378 a 1379 do Código Civil de 2002. Em tal regramento, a servidão possibilita o uso para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diversos dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis (BRASIL, 2002).

Nos dizeres de Santos (2021) a servidão é o direito real sobre a coisa imóvel, que lhe impõe um ônus em proveito de outra, pertencente a diferente proprietário. Lorenzetti (2017) nos explica quais são os elementos constitutivos da servidão: 1º) a existência de um ônus ou encargo; 2º) a incidência num prédio em proveito de outro; 3º) o fato de pertencerem os prédios a diferentes donos.

A sua classificação se dá pela seguinte forma:

#### **QUADRO 1 – Classificação da servidão**

CLASSIFICAÇÃO	DESCRIÇÃO
Contínua e Descontínua	A servidão contínua é aquela quando se exerce ou pode se exercer ininterruptamente, como é o caso do aqueduto, de energia elétrica ou de iluminação. Já servidão descontínua é aquela quando o seu exercício é intermitente, são aquelas exercidas pelo homem. A servidão de passagem é um exemplo, o homem não fica passando todo tempo, só em determinado período de tempo.
Aparente e Não-aparente	As servidões aparentes são aquelas que se manifesta por obras exteriores, sendo visíveis e permanentes, como uma estrada e o aqueduto. Existe uma obra que a torna aparente. Servidão não-aparente é aquela que não revela suas obras exteriores, ou seja, a servidão de não construir acima de certa altura.
Urbanas e Rústicas	Servidão urbana é a voltada para as construções civis entre vizinhos, que se iniciam pelos telhados que vertem suas águas pluviais para os vizinhos até a obrigação de não impedir a entrada de luz ou ar para o dono do prédio dominante. A servidão rústica ou rural, em tese seria aquela voltada para o exercício da propriedade no campo, como a tomada de água, aquedutos para a lavoura, da pastagem etc.
Positivas e Negativas	Positiva seria a servidão que confere ao senhor do prédio dominante o poder de praticar algum ato no prédio serviente como a servidão de trânsito. Já a negativa impõe ao dono do prédio serviente o dever de abster-se da prática de determinado ato de utilização, como a de não construir.

**Fonte:** Thomé (2018)

Ademais, entende-se que a servidão é o direito real que permite aumentar as utilidades que um direito real de gozo sobre um imóvel proporciona, mediante uma restrição correlativa de um direito de gozo sobre um imóvel vizinho (SANTOS, 2021).

Assim, estabelecido a base da servidão, ela também pode ser configurada como uma servidão de natureza ambiental, o que será apresentado no tópico seguinte.

#### 4.1 DA SERVIDÃO AMBIENTAL

O instrumento servidão ambiental é regido pelas prescrições introduzidas pela Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, que veio a instituir o atual Código Florestal, implicando alterações na Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. A servidão ambiental insere-se no ordenamento jurídico como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, art. 9º, XIII, da Lei n. 6.938/81, sendo categorizada como um instrumento econômico de efetivação da tutela ambiental (MELO; MELO, 2021).

A servidão ambiental no Brasil, conforme previsto na Lei nº. 6.938/81, é grifada por dois fatores a emergir na sua caracterização. Conforme Gomes (2018) o primeiro deles é o caráter público, transcendente mesmo do estatal, que reveste a servidão ambiental, afastando apreensões civilistas de qualquer espécie, a fim de dotar-lhe de um específico norte ecológico fincado na durabilidade ou sustentabilidade das relações humanas e seus reflexos no meio ambiente.

O segundo é pertinente ao caráter plástico de sua conformação e implementação na qualidade de gravame ambiental, a distanciar de uma ossificada apreensão da legalidade para abraçar uma legalidade concretizadora, pela qual os atos administrativos ambientais se consubstanciam em mecanismos criativo-concretizadores das finalidades e das disposições balizadas na lei (GOMES, 2018).

De todo modo, entende-se que a servidão ambiental é acima de tudo um mecanismo de proteção e preservação do Meio Ambiente. Nesse sentido:

A servidão ambiental como instrumento da política nacional do meio ambiente deve estar envolvida em matriz de cooperação que transcenda particularismos ou doutrinas abrangentes e se volte para a construção de adesão dos agentes sociais a uma cultura ambiental propulsionada pela norma jurídica e pela cultura política (MELO; MELO, 2021, p. 13).

Na visão de Dias (2019) os instrumentos da política nacional do meio ambiente, em especial a servidão ambiental, assumem a condição de mecanismos de estabilidade na sociedade política, em uma perspectiva própria de estímulo à adoção de condutas por vias não coercitivas que se passam entre o ecológico e o econômico. Portanto, a justificação do instituto da servidão ambiental repousa em princípios guiados para a razão prática, de modo a conjugar pretensões de impulso econômico e de proteção ambiental.

Freitas (2021, p. 01) destaca que pela servidão ambiental "o proprietário impõe uma autolimitação, com o objetivo de conservar sua(s) terra(s) para fins ecológicos; e abre mão de algum ou alguns componentes de seus direitos, como uso, fruição ou gozo".

A servidão ambiental se distancia da servidão civil. Thomé (2018) explica que não é uma relação entre dois sujeitos em uma limitação privada da propriedade. Também se distingue da

servidão administrativa, por não se compor como uma restrição da propriedade em favor do Estado, a instituir direito real sobre coisa alheia.

Para Cardoso (2019) a servidão ambiental institui um gravame de direito difuso, não de restrição da propriedade em favor de um sujeito privado ou de uma entidade estatal, seu desiderato é comprometer a propriedade com a finalidade ambiental, com a tutela do meio ambiente.

O objetivo de proteção ambiental fundada em lastreamento a direito difuso é a distinção matriz da servidão ambiental para com outros tipos de servidão, que se situam em conotação clássica da restrição da propriedade. Por esse motivo, a servidão ambiental não labora com conceitos tais como imóvel dominante e imóvel serviente, ela se afirma como uma especial de restrição finalisticamente guiada, por constituir-se a propriedade, a partir de ato de adesão do proprietário ou mesmo do possuidor, em compromissos de conservação e preservação ambiental delimitados (WALENDORFF, 2021).

A Lei n. 6938/81 dispõe em seu artigo 9º- A que a servidão ambiental pode ser instituída por pessoa natural ou jurídica. Inclusive ente estatal pode instituir servidão ambiental ou servir-se de sua instituição. Isto porque o artigo 9º- B, §3º, indica que a servidão ambiental pode ser transferida em favor de entidade pública, ao que se pode ela receber a servidão em transferência também poderá instituí-la (BRASIL, 1981).

Figura diversa do instituidor da servidão ambiental é o detentor ou gestor da servidão. O detentor pode ou não ser o proprietário ou o possuidor da área gravada. O artigo 9º- B, §3º, abre portas para que a servidão ambiental seja transferida para entidade pública ou privada que tenha a conservação ambiental como fim social. É possível assim que uma instituição privada seja constituída com o fim específico de efetivar a gestão e a conservação ambiental de áreas gravadas por servidão (THOMÉ, 2018).

A instituição da servidão ambiental deve ser formalizada por instrumento público ou particular, ou mesmo por termo administrativo que pode ser firmado com qualquer órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA. A Lei n. 6.938/81 estabelece que o SISNAMA se compõe pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como das fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. É possível, assim, falar-se em servidões ambientais municipais, estaduais, distritais e federais (FREITAS, 2021).

A incidência do gravame pode ser parcial, atingindo somente fração da propriedade, ou mesmo total, não havendo restrição de ser a propriedade urbana ou rural, já que a previsão constante no revogado Código Florestal não mais subsiste. Em perímetro urbano, a servidão ambiental pode ser instituída a par das aplicações de normas urbanísticas, demandando que estas últimas se integrem em aplicações para garantir a eficácia do gravame de preservação ambiental (THOMÉ, 2018).



Os objetivos gerais normativos da servidão são preservar, conservar ou recuperar os recursos ambientais existentes. Dessa forma, ao contrário de instrumentos de política ambiental outros, a servidão ambiental não exige que a área posta em gravame já seja dotada de valor ambiental ou cobertura de vegetação em um a priori da instituição. Converter a área degradada em uma área ambientalmente rica pode ser o fito da instituição da servidão, ganhando ela assim um eixo não somente de manutenção do status ambiental, mas também de resgate e recuperação de passivo ambiental presente na sociedade (SOUZA, 2019).

O instrumento ou termo administrativo de instituição da servidão ambiental compõe-se de uma parte formal e de uma parte substancial, essa última ligada à função ecológica da área gravada. A função ecológica a ser cumprida é de suma importância, pois irá ela definir os desideratos e graus de compatibilidade no uso e fruição do meio ambiente tutelado (SOUZA, 2019).

Segundo Cardoso (2019) é recomendável que a servidão ambiental conte em sua estruturação e planejamento com programa e cronograma de implantação, em interlocução com planejamento ambiental, efetivado pelos órgãos públicos ambientais, em especial tendo em conta aconselhável diálogo a ser mantido com espaços territoriais especialmente protegidos e com unidades de conservação.

Para Carneiro (2019), não se crê por necessário plano de manejo para servidão ambiental, sob risco de acrescentar-se ritualização e procedimentalização excessivos e pouco contributivos que venham a depor contra a índole de instrumento econômico, de normas de cumprimento voluntário que irrigam o mecanismo.

Ademais, são itens essenciais do instrumento ou termo de instituição da servidão ambiental, o memorial descritivo da área da servidão ambiental, contendo pelo menos um ponto de amarração georreferenciado, o objeto da servidão ambiental, os direitos e os deveres do proprietário ou possuidor instituidor, além do prazo durante o qual a área permanecerá como servidão ambiental (COSTA; ALBUQUERQUE, 2021).

Todos esses critérios, a estarem presentes formalmente na instituição da servidão ambiental, serão percorridos e preenchidos pela parte substancial, veiculadora da função ecológica a que se atém a servidão ambiental (CARNEIRO, 2019).

Analisada os principais pontos sobre a servidão ambiental, parte-se para os seus efeitos no Meio Ambiente.

## **5. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA SERVIDÃO AMBIENTAL**

Como já mencionado anteriormente, a mudança do novo código florestal a Lei Federal nº 12.651/2012 obriga todo proprietário rural com mais de quatro módulos fiscais a ter na propriedade o mínimo de 20% de reserva legal podendo entrar no compito dos 20% as APP's. Esse fato acabou repercutindo de modo geral a todos.

Dentre as vantagens da instituição da servidão ambiental, a mais relevante é a desobrigação de pagar altas indenizações na expropriação de áreas para preservação de bens ecológicos. O

Poder Público tem assumido a responsabilidade pela conservação e preservação de terras por meio da criação de unidades de conservação e outras áreas protegidas, mas a um custo muito alto e, às vezes, contra as expectativas dos proprietários, o que gera tensão e insatisfação em decorrência desse tipo de conservação em que não há participação da sociedade (COSTA; ALBUQUERQUE, 2021).

O proprietário rural do imóvel serviente renuncia a seu “direito de uso, exploração ou supressão de recursos naturais existentes na propriedade”, deixando de explorar economicamente o seu imóvel. Verifica-se que não existe dispositivo regulamentando os benefícios dessa renúncia de direitos do proprietário rural. Partindo dessa premissa, um dos pontos mais discutidos na servidão ambiental é sobre os benefícios que proprietário rural pode ter com a servidão ambiental.

Nesse ponto, adentra-se a servidão ambiental a título oneroso, que como explicam Amado e Pavione (2018) é aquela em que o proprietário receberá tais vantagens em forma de pagamentos periódicos ou não, realizados por entidade de conservação de terras privadas; isenções tributárias em razão da desvalorização da área que sofrerá restrições de uso, gozo ou fruição, e que não poderá ser utilizada para fins residenciais, comerciais ou industriais; recursos oriundos de projetos de captura de carbono, que serão vendidos como commodities ambientais no mercado econômico; ou qualquer outra forma de benefício financeiro a ser negociado entre as partes contratantes.

No estudo de Dias (2019) analisou-se a propriedade de Fernando P. de Lima Horta, que está localizada no município de São Manuel – SP com área total de 1166,5431 ha, com o intuito de realizar uma pré análise para a regularização ambiental para fins de compensação ambiental extra propriedade. As dimensões das Fazenda Encontro das Águas são: Área total: 1166,5431 hec. Servidão: 0,8813 hec. Área total útil: 165,6618, lagos, açudes e lagoas: 0,9093, APP's (vegetação nativa: 26,517. Uso consolidado: 0 hec. Área a recuperar: 0,2154. Total: 26,7324 hec. Cobertura vegetal nativa em APP: 26,517 hec. Fora de APP 58,3158 hec. Total: 84,8328). Área de recuperação florestal em APP: (0,2154, fora de APP:0. Total: 0,2154). Reserva legal obrigatória: 233,1324 hec. Reserva legal própria: 85,0482hec. Área de passivo ambiental (Déficit de Reserva Legal): 148,0842 hectares. O diagnóstico desta área teve por finalidade descrever a situação ambiental das áreas destinadas a preservação (APP) e de Reserva Legal, de forma a subsidiar a avaliação dos órgãos competentes quanto a sua necessidade e forma de compensar o déficit de RL. Levando em consideração o valor do hectare na região onde está localizada a fazenda e o valor que esse hectare gera em produção, entendeu-se que a melhor solução para regularizar ambientalmente a propriedade é por meio da Compensação da Reserva Legal, por meio de aquisição de área sob o regime de servidão ambiental perpetua.

Souza (2019) afirma que é possível extinguir-se a servidão naquela área em si, mas mantém-se a obrigação de proceder a uma servidão ambiental substitutiva. Essa situação poderia ocorrer em caso de constituição voluntária de servidão para fins de atendimento à condicionante ambiental ou para usufruir de benefício fiscal já concedido. Resta ao proprietário, possuidor ou mesmo detentor, conforme a hipótese, alienar a área inviabilizada para constituir nova servidão em local outro que garanta o cumprimento da função ecológica. A servidão ambiental é instrumento de cumprimento voluntário para sua criação, o que de forma alguma quer significar que não existam

obrigações após sua constituição. Há assim uma manutenção perpétua do propósito da constituição da servidão ambiental, dos fins de preservação da função ecológica e não da área em si.

Na visão de Marques (2020) a servidão ambiental pode ser utilizada para a preservação da vegetação nativa e, como consequência, conservação dos bancos genéticos, racionalização do uso de águas, manutenção de áreas florestadas e, por conseguinte, a diminuição da concentração do gás carbônico na atmosfera, que tanto afeta a vida do planeta.

A servidão ambiental se apresenta como um instrumento flexível, pois decorre da vontade dos contratantes e não da imposição do Poder Público. Contudo, quanto mais detalhadas forem as informações referentes à propriedade serviente constantes no contrato, maior será a garantia para a verificação do seu efetivo cumprimento. Convém observar que cada servidão ambiental é única, porque atenderia às características e peculiaridades singulares da propriedade, pois a decisão sobre os valores ecológicos que devem ser preservados decorre da vontade do proprietário privado, em conformidade com a organização de conservação de terras (THOMÉ, 2018).

A servidão ambiental possibilita maior efetividade à tarefa de proteção dos órgãos ambientais, e ao mesmo tempo alicerça a atividade do empreendedor com recursos e ferramentas de cumprimento das obrigações ecológicas, na medida em que proporciona, por meio da figura do detentor, uma especialização e mesmo uma uniformização de tratamento entre áreas ambientalmente protegidas (SOUZA, 2019).

Ademais, entende-se que importante é a conscientização do proprietário em proteger a sua área por iniciativa própria, o que acarreta seu comprometimento para com a eficácia da servidão, evitando o aparato administrativo obrigatório do Estado, necessário para sua concretização. O Estado brasileiro tem limitações de recursos técnicos, financeiros e humanos para monitorar, gerenciar ou desapropriar áreas com valores ecológicos significativos, além de ser notória a corrupção endêmica em determinados órgãos ambientais.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Meio Ambiente é um dos maiores bens que a sociedade possui. É tão importante para o ser humano, quanto os bens materiais. Ampliando toda e qualquer forma de vida no planeta, o Meio Ambiente é um conceito amplo que agrupa uma enorme camada dos habitantes da Terra.

Frente a isso, necessário que a sua proteção seja legalizada e efetivada. Conforme prevê a Constituição Federal de 1988, no consagrado art. 225, o Meio Ambiente é um bem de todos, a que deve ter a devida proteção. Dentre as várias formas de proteção, discutiu-se nesse trabalho a servidão ambiental.

Como bem destacado sobre a sua conceituação, a servidão ambiental é uma limitação de uso da propriedade, que o proprietário ou possuidor do imóvel rural (pessoa física ou jurídica), pode voluntariamente limitar todo o uso de sua propriedade ou parte dela, com o objetivo de preservar e conservar os recursos ambientais ali existentes.

A servidão ambiental pode ser manejada pelos órgãos ambientais como mecanismo de mitigação de impactos e lesões provocados pelo uso de bens ambientais ou pela produção potencial ou efetiva de poluição. Lado outro, também se faz cabível o manejo do mecanismo como forma de compensar lesões ambientais irresistíveis, mas toleradas social e normativamente.

De todo modo, a servidão ambiental pode ser utilizada para a preservação da vegetação nativa e, como consequência, conservação dos bancos genéticos, racionalização do uso de águas, manutenção de áreas florestadas e, por conseguinte, a diminuição da concentração do gás carbônico na atmosfera, que tanto afeta a vida do planeta.

A efetividade da servidão ambiental é necessária e imperativa, pois o Estado Democrático de Direito exige a presença ativa de seus membros, em busca da defesa da vida e da preservação do ambiente para as atuais e futuras gerações.

A servidão ambiental possui vantagens tanto de gestão quanto de estímulo à criação de espaços ambientalmente protegidos, o que se manifesta não somente em termos jurídicos, mas também em termos de realização instrumental de mecanismos ligados ao cerne cooperativo em uma sociedade democrática.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO F; PAVIONE L. **Direito Ambiental - Coleção resumos para concursos**. Salvador: Editora: JusPodivm; 2018.

BELTRÃO, Antonio F. G. **Curso de direito ambiental**. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

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, 2018.

BRASIL. Código Civil, **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. VadeMecum. 14<sup>a</sup> ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.938/81, da Política Nacional de Meio Ambiente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938org.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

CARDOSO, Sônia Letícia de Mello. **A servidão ambiental segundo a Lei nº 11.284/2006**. Artigo entregue à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2019.

CARNEIRO, L. M. P. M. **A financeirização da preservação ambiental no Brasil e as cotas de reserva ambiental**. 2019. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2019.

COSTA, Maria Sarajane Farias da; ALBUQUERQUE, Helder Neves da. **O licenciamento ambiental no Brasil e os seus desafios na proteção do meio ambiente**. Revista Saúde e Meio Ambiente – RESMA-UFMS-Três Lagoas, v. 12, n. 02, p.101-115, janeiro/julho. 2021.

DIAS, Marcos Aurélio. **Pré análise para regularização ambiental para fins de compensação ambiental extra propriedade**. 8º Jornada Científica e Tecnológica da Fatec de Botucatu. FATEC, 2019.

FREITAS, Ivana de. **Servidão ambiental: aspectos práticos e jurídicos**. 2021. Disponível em: <https://fiamasouza.com.br/servidao-ambiental-principais-aspectos/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GOMES, Marcelo Kokke. **Servidão ambiental e os instrumentos econômicos no marco legal brasileiro**. Rev. Dir. & Desenvol. da UNICATÓLICA; v. 1, n. 1, p. 84-98, Jul - Dez; 2018.

LORENZETTI, R. L. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MACEDO, Maria Fernanda Soares. **Ação popular na esfera ambiental como meio de exercício da cidadania**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3968, 13maio2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28382>. Acesso em: 07 nov. 2022.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES, Betina. **Servidão Ambiental: o que é e para que serve**. 2020. Disponível em: <https://conexaosafra.com/artigo/servidao-ambiental-que-e-que-serve/>. Acesso em: 10 nov. 2022.

MELO, Leonara Oliveira; MELO, Gilson Martins. **Uma reflexão acerca da servidão ambiental no Brasil**. Direito em Revista. v. 6, n. 6. 2021, 1-15.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NAIME, Roberto. **Significados de meio ambiente**. 2018. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2018/10/25/significados-de-meio-ambiente-artigo-de-roberto-naime/>. Acesso em: 30 out. 2022.

SANTOS, Ronaldo Pereira. **Principais controvérsias na fixação de indenização por servidão de passagem: estudo de caso de duas perícias judiciais em linhas de transmissão elétrica no Estado do Amazonas**. Revista Digital De Direito Administrativo, 2021. 8(2), 153-173.

SILVA, Nara. **O que significa Meio Ambiente?** 2019. Disponível em: <https://beduka.com/blog/materias/biologia/ecologia-e-meio-ambiente/>. Acesso em: 30 out. 2022.

SOUZA, P. R. P. de. **Servidão Ambiental**. Revista Jurídica Cesumar, Maringá-PR. 2019, v. 1, n. 1, p. 127-149.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 8ª edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

TOSE, Fernanda Silva. **O Meio Ambiente e sua Proteção Jurídica:** O conceito de Meio Ambiente. 2012. Disponível em: <http://www.forumimobiliario.com.br/2010/08/o-meio-ambiente-e-sua-protecao-juridica-o-conceito-de-meio-ambiente/>. Acesso em: 05 nov. 2022.

WALENDORFF, Ruan. **Validação do CAR segue lenta. País ainda não conseguiu iniciar a análise das informações de mais de 7 milhões de propriedades ou posses rurais.** Valor Econômico, Brasília, 16 abr. 2021.



## **POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM AÇÕES PENAIS INICIADAS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.964/2019**

**ALBERTO GENESIS DE AUZIER FERREIRA:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

**RESUMO:** O artigo discute a possibilidade de proposição, de forma retroativa, do acordo de não persecução penal – ANPP – em ações penais iniciadas antes da vigência da Lei 13.964/2019. Na análise é abordado o modelo de justiça consensual brasileiro, sua influência na construção e interpretação dos acordos de não persecução; natureza jurídica do ANPP e a sua relação com o modelo de justiça consensual; e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Por fim, partindo da premissa de que a norma que institui o ANPP é de caráter misto, razão pela qual deve retroagir em benefício do réu, pois é garantia constitucional, demonstrar-se-á a possibilidade de aplicação às ações penais deflagradas antes da positivação do instituto, vez que esse entendimento se alinha aos anseios político-criminais esculpido no atual modelo de justiça consensual, solução essa que parece ser a mais acertada, visto corroborar com o ordenamento jurídico pátrio. A pesquisa utiliza o método dedutivo de análise qualitativa, por meio da revisão de obras sobre o tema, bem como de análise crítica de jurisprudência e manifestações judiciais sobre a temática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordo. Persecução penal. Retroatividade. Lei benéfica. Garantia constitucional.

**ABSTRACT:** The article discuss the possibility of proposing, retroactively, the penal non-prosecution agreement - PNPA - to defendants in criminal actions initiated before the entry into force of Law 13.964 / 2019. In the analysis the Brazilian consensual justice model will be discussed, its influence on the construction and interpretation of non-prosecution agreements; the legal nature of the PNPA and its relationship with the consensual justice model; and the position of the Federal Supreme Court. Finally, based on the premise that the norm establishing the PNPA is of a mixed nature, which is why it must retroact for the benefit of the defendant, since it is a constitutional guarantee, it will be demonstrated the possibility of application to criminal actions triggered before the positivization of the institute, since this understanding is aligned with the political-criminal aspirations carved in the current model of consensual justice, a solution that seems to be the most correct, since it is in accordance with the national legal system. The research used the deductive method and the qualitative analysis methodology, through a review of works on the subject under review and others that are correlated, as well as a critical analysis of Jurisprudence and judicial manifestations addressing the thematic.

**KEYWORDS:** Agreement. Criminal persecution. Retroactivity. Beneficial law. Constitutional Guarantee.

### **1 INTRODUÇÃO**

O sistema judiciário brasileiro é considerado pela maioria um sistema remansoso. Isso justifica o propósito do legislador ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do acordo de não persecução penal – ANPP. Em que pese a laudável iniciativa e a importância do

ANPP para o atual sistema jurídico brasileiro, não há como não mencionar os inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicação do instituto a processos criminais com denúncias recebidas antes da vigência da Lei 13.964/19, restando, inclusive, até o presente momento, um posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Argumenta-se, por um lado, que a extinção da punibilidade que o acordo cumprido produz, assegurada pela norma jurídica do § 13 do art. 28 do CPP, qual seja, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade, tem a nota da retroatividade benigna assegurada na Constituição Federal e no Código Penal, respectivamente, no art. 5º, inc. XL, da CF e art. 2º, parágrafo único, do CP, inclusive, nos processos em andamento; por outro lado, redargui-se que o propósito do ANPP é de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime.

O tema é questão afeita à interpretação constitucional (Art. 5º, XL, da CRFB/88), com expressivo interesse jurídico e social. Importante mencionar que boa parte da doutrina entende que é possível a celebração de acordo de não persecução penal após iniciada a ação penal, em processos anteriores a Lei nº 13.964/2019, pelo fato da norma ser de caráter misto, ou seja, processual penal e penal (material), já que aborda diretamente a aplicação de pena e extinção de punibilidade, além da reincidência, o que evidencia sua dimensão material.

Trata-se, portanto, de um tema atual e relevante, mostrando-se oportuno o seu estudo considerando o atual terreno fértil para o incremento do acordo de não persecução penal, destacando alguns de seus princípios legitimadores e enfatizando a análise da sua disciplina legal, em vigor desde janeiro de 2020.

Os resultados desse estudo vêm da aplicação do método dedutivo e da metodologia de análise qualitativa, por meio da revisão de obras sobre o tema abordado e outros que lhe são correlatos, bem como de análise crítica de jurisprudência e manifestações judiciais abordando a temática examinada, indicando-se, ao final, a solução que parece ser a mais acertada, visto estar de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, que é a aplicação da retroatividade da Lei Penal mais benéfica nos casos anteriores à vigência da Lei 13.964/19, mesmo se já recebida a denúncia, por força do disposto no art. 5º, inciso XL, CF/88 c/c art. 2º, §, parágrafo único, do CP.

## **2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS**

### **2.1 Justiça Criminal negocial no Direito Penal brasileiro**

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, fala-se em introdução de instrumentos de consenso no ordenamento jurídico-penal. A Justiça criminal negocial é mais um modelo de política criminal, introduzido na seara penal, que oportuniza acordos, ou seja, a consensualidade entre o órgão acusador e o acusado a fim de interromper o processo que se inicia ou que esteja em curso. E, uma vez cumprido as condições acordadas pelas partes, tem-se, como um dos resultados, a extinção da punibilidade do agente.

Para Vinicius Gomes, a Justiça criminal negocial é um modelo que se pauta no consenso das partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do acusado de sua posição de resistência, impondo, em regra, encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. (VASCONCELLOS, 2015)

Atualmente, a aplicação do *jus puniendi* pode ser classificada em três modelos de resposta à prática de um crime. A primeira classificação é a dissuasória clássica, que se pauta na ideia de retribuição através da simples imposição da punição, que serve como meio de prevenir que o infrator volte a praticar crimes. Assim, a pena possui uma finalidade puramente retributiva. (FIGUEIRÊDO, 2019); a segunda, a ressocializadora, que, ao contrário do modelo anterior, tem como finalidade a reintegração do delinquente à sociedade. Esse modelo não enxerga a pena somente como castigo, mas sim como meio adequado e suficiente para alcançar a finalidade de prevenção especial positiva, evitando a reiteração, pois acredita que o Direito Penal pode eficazmente intervir na pessoa do infrator, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade, principalmente quando ele estiver preso; e por derradeiro, tem-se a classificação consensual, modelo que busca a solução do conflito através da negociação, conciliação, transação etc.

O modelo consensual pode ser subdividido em duas espécies: a justiça restaurativa e a justiça negociada. Enquanto na primeira tem por objetivo buscar a conciliação entre a vítima e o infrator, em regra, visando a reparação dos danos, a segunda tem por finalidade o encerramento antecipado do conflito por meio de acordo entre o acusado e a acusação, devendo haver a confissão do infrator.

A justiça negociada instituída no ordenamento jurídico brasileiro passou por uma evolução histórica até alcançar o status atual. Frente a crise enfrentada pela justiça criminal brasileira, se faz necessário voltar os olhos a essa solução mais pacífica e rápida dos conflitos penais. E seguindo uma tendência internacional, o Brasil vem adotando desde 1995 medidas de consenso no âmbito do Direito Penal, como se pode notar com a criação da Lei 9.099/95 que traz ao ordenamento jurídico os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo; a Lei 12.850/13 que regulamentou a colaboração premiada, e agora, mais recentemente, com a Lei 13.964/2019 que instituiu o acordo de não persecução penal. Portanto, trata-se de um instituto bastante atual e relevante que visa, dentre outras coisas, contribuir e reduzir as grandes demandas do judiciário.

### 2.1.1 O ANPP e a justiça negociada: uma análise finalística do instituto

Relatórios disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça mostram a alta demanda processual do Judiciário brasileiro que sobrecarrega os diversos tribunais implantados nas inúmeras comarcas do território brasileiro.

Nesse cenário é inegável a importância do ANPP, sobretudo, em razão de seu enorme potencial para otimizar o funcionamento da Justiça Criminal, oferecendo celeridade na tramitação dos feitos, por ser solução alternativa mais rápida e efetiva para os crimes de pequeno e médio

potencial ofensivo, praticados sem violência ou grave ameaça às pessoas, via acordo com efetiva participação das vítimas, onde há obrigações apresentadas pelo Ministério Público, que se aceitas e cumpridas, a ação penal não é iniciada e a punibilidade do beneficiário do acordo é extinta.

A justiça penal consensual negociada que, frise-se, não se preocupa em restaurar os vínculos entre infrator e vítima, como acontece na justiça consensual restaurativa, apresenta-se como meio alternativo de remédio aos conflitos criminais, de modo a possibilitar uma solução mais célere e menos dispendiosa, já que evita o trâmite de processos que, geralmente, estendem-se por anos e, fazendo isso, diminui os efeitos estigmatizantes para o réu ao mesmo tempo em que reduz significativamente o fluxo de autos nas já abarrotadas unidades de prestação jurisdicional.

Inicialmente, o acordo de não persecução penal foi regulamentado pelo art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela Resolução nº 183/2017 do CNMP, a qual dispõe sobre o procedimento investigatório criminal a cargo da Instituição. Posteriormente, de modo a sanear a inconstitucionalidade formal do dispositivo em comento, que viola a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria de direito processual penal prevista no art. 22, inciso I, incluiu-se o acordo ao Projeto de Lei nº 882/2019 (Pacote Anticrime), que deu origem à Lei nº 13.964/2019.

Dessa forma, seguindo a trilha de uma justiça negociada (PACELLI, 2020), a Resolução do CNMP, posteriormente positivada pelo “Pacote Anticrime”, já buscava mais uma alternativa para implantar um sistema que fosse dotado de maior eficiência. Em outras palavras, a finalidade do acordo de não persecução penal está atrelado à implementação de mecanismos de definição inteligente de casos prioritários, os quais são discutidos em processo de situações de maior gravidade.

Para Renee Souza e Patrícia Eleutério, a previsão tem por escopo evidente dotar de maior racionalidade o sistema penal, assegurando, de um lado, resposta mais rápida aos crimes menos graves, respeitando a autonomia da vontade do investigado e a ampla defesa, garantida pela indispensabilidade da defesa técnica e, de outro lado, permitindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário maior dedicação e celeridade no tocante à apuração de crimes graves, opção já indicada pela Constituição ao definir os institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995. (SOUZA; DOWER, 2018)

Portanto, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o instituto despenalizador do acordo de não persecução penal passa a ser mais uma das alternativas de celebração de acordos na sistemática do Direito Penal. Nesse liame, Rodrigo Leite afirma que o Ministério Público, fundado no seu poder de realizar política criminal de persecução penal, pode buscar alternativas para dar respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade, por meio de acordos penais. (CABRAL, 2020)

## 2.1.2 Expansão dos chamados espaços de consenso no Processo Penal

O tradicional sistema de justiça criminal não apresenta resposta capaz de atender plenamente às justas expectativas de resolução de conflitos, pois, apesar de consumir parcela significativa dos recursos públicos, as ações penais se multiplicam, são altas as taxas de criminalidade, o padrão de funcionamento da segurança é baixo e o Judiciário é moroso, implicando descrença da opinião pública na capacidade do Estado de dirimir essas demandas.

Diante desse cenário, intensificaram-se os debates sobre a proficuidade de métodos alternativos/complementares de enfrentamento da criminalidade, abrindo espaço para o desenvolvimento do modelo da justiça penal negocial, que busca dar uma resposta compatível com as necessidades de prevenção e repressão de infrações penais e que seja, ao mesmo tempo, diretamente proporcional à gravidade do delito, de modo a não demandar despesa pública, esforço ou desgaste dos atores envolvidos muito superiores ao benefício gerado.

Com já mencionado antes, a negociação no processo penal foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 9.099/1995, que prevê os instrumentos da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, posteriormente tomando novos contornos com a Lei nº 12.850/2013, que regulamentou a colaboração premiada.

É interessante deixar claro que essa característica negocial da Justiça Penal não é uma especificidade do ordenamento jurídico nacional, pois diversos países da Europa adotam sistemas semelhantes.

Há uma forte tendência de expansão dos chamados espaços de consenso no processo penal (VASCONCELLOS, 2019), motivada, entre outras razões, pela busca da eficiência como resposta ao abarrotamento de processos judiciais. Tal expansão reflete a crescente influência do modelo de negociação criminal norte-americana, denominado *plea bargaining*, em países de tradição *civil law*, como no Brasil, a despeito das duras críticas doutrinárias à barganha e dos efeitos práticos majoritariamente negativos do instituto estrangeiro.

Como apontado por Ricardo Gloeckner, o modelo negociado de justiça penal tem sido objeto das principais reformas penais na América Latina, além de alvo de alterações em muitos dos ordenamentos jurídicos europeus, tendo como principal justificativa a busca pela eficiência. Ao passo que a lógica da justiça negocial vem invadindo as reformas penais que sofremos ao longo dos últimos anos, as formas de consenso vêm sendo acrescentadas “ao gênero do princípio da oportunidade” no processo penal (ALSCHULER, 2019, *apud* GLOECKNER).

## **2.2 Conceito, natureza jurídica e conteúdo material do ANPP**

Em meio a toda discussão existente acerca da introdução ou não do *plea bargaining* no Brasil, o modelo consensual aprovado foi o acordo de não persecução penal, que podemos sintetizar como sendo um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado, devidamente assistido por advogado ou defensor, notadamente na fase de investigação de um ilícito penal, necessariamente homologado judicialmente, onde o investigado assume a responsabilidade do fato delituoso, aceitando, voluntariamente, cumprir determinadas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Ministério Público de não promover a ação penal e pugnar pela extinção de punibilidade, caso o acordo seja integralmente cumprido.



Gordilho e Silva conceituam o ANPP como um negócio jurídico pré-processual celebrado entre o parquet e o ofensor, apto a promover o arquivamento definitivo da investigação mediante homologação judicial, desde que cumpridas pelo investigado certas obrigações restritivas de direitos. É uma técnica de desjudicialização a ser utilizada pelas instâncias formais de controle visando solucionar conflitos jurídico-penais em momento anterior à instauração do processo penal ordinário, fora, portanto, do sistema clássico de aplicação da Justiça Penal. Representa a concretização do movimento de descarcerização, otimizando tempo e recursos do Ministério Público e do Poder Judiciário, que passam, ao menos em tese, a ter tempo para resolver eficazmente crimes mais graves, que aviltem bens jurídicos mais importantes. (GORDILHO e SILVA, 2020, p. 99-120).

Quanto a sua natureza jurídica, verifica-se que o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico de natureza extrajudicial realizado entre as partes, necessariamente homologado judicialmente. Cabral (2020, p. 84) indica que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é caracterizada por um negócio jurídico que consubstancia a política criminal do titular da ação penal na persecução dos delitos. Contudo, Souza (2020, p. 123) vislumbra, com razão, uma natureza jurídica híbrida do ANPP, já que passou a ser, também, uma causa extintiva de punibilidade.

Para Barros (2020, p. 184) a alteração promovida pela Lei 13.964/2019, apesar de possuir caráter processual, contém intenso conteúdo material, porquanto o instituto é benéfico para o agente ativo, pois cria uma hipótese que pode implicar na não aplicação de pena. Assim, a norma, embora tenha aparência processual, tem reflexos penais diretos, e, sendo benéfica ao réu, deverá retroagir para alcançar fatos pretéritos, inclusive nos processos penais em curso, por força do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Mazloun (2021, p. 1), em perspectiva assemelhada, pontua que é iniludível a natureza híbrida da norma que introduziu o ANPP, pois detém conteúdo material e processual, tratando-se de inequívoco programa estatal de despenalização, que deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Incidindo, inclusive, sobre os processos criminais em curso. Cabendo ao Estado abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição do ANPP.

Para De Bem e Martinelli (2020, p. 126), embora formalmente previsto no CPP, o ANPP reveste-se de conteúdo material no que tange às suas consequências, apresentando-se como verdadeira norma de garantia e, assim, retroativa; em outros termos, é norma que interfere diretamente na pretensão punitiva do Estado e não simples norma reguladora de procedimento. A norma penal que consagra medida despenalizadora é benéfica e necessariamente impulsionada, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma incontestável carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

Todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material. Com base nessa premissa, são normas processuais de conteúdo material as



regras que estabelecem: as hipóteses de cabimento de prisões e medidas cautelares alternativas à prisão, os casos em que tais medidas podem ser revogadas, o tempo de duração de tais prisões, a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, entre outras.

Assim, quanto ao direito processual intertemporal, o intérprete deve, antes de mais nada, verificar se a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal. Para tais institutos, a regra de direito intertemporal deverá ser a mesma aplicada a todas as normas penais de conteúdo material, qual seja a da anterioridade da lei, vedada a retroatividade da *lex gravior*. (BADARÓ, 2021)

Como se observa, a doutrina e jurisprudência tendem a classificar a natureza jurídica do instituto como de lei penal mista, como ocorreu no caso da Lei nº 9.099/95, tendo em vista que contém disposições de direito penal e processual, de modo que deverão retroagir, por serem mais benéficas.

### **2.3 Síntese dos requisitos e circunstâncias impeditivas à celebração do ANPP**

Observar-se que o acordo de não persecução penal (ANPP) sofreu intensa modificação em seus limites e, principalmente, em seu processamento. O Aperfeiçoamento do instituto encartado no art. 28-A do CPP ensejou maior repercussão sobre o exercício das funções do Ministério Público enquanto titular da ação penal. Antes visto como mero instrumento de política criminal de cunho facultativo e de questionável constitucionalidade, o acordo de não persecução penal, quando necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, pode, preenchidos os requisitos, ser proposto pelo membro oficiante. Cuida-se, portanto, de poder-dever do Ministério Público.

Frise-se, no entanto, que não é direito subjetivo do investigado ou do réu “obrigar” o Ministério Público a propor um acordo – “acordo imposto” seria, aliás, uma contradição em termos –, nem poderá o Estado-juiz puramente substituir essa atribuição do Ministério Público, sob pena de malferimento ao princípio acusatório.

Desse modo, o parquet, ao se deparar com os autos de um inquérito policial, a par de verificar a existência de indícios de autoria e materialidade, deverá ainda analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, que podem ser assim sintetizados:

a) não ser o caso de arquivamento – como já referido, é imprescindível a identificação de indícios de autoria e de materialidade;

b) o investigado ter confessado formal e circunstancialmente a infração penal – no caso, deve-se analisar o inquérito policial para eventual identificação da confissão;

c) prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos – para a aferição da pena mínima, faz-se forçosa a ponderação das causas de aumento e diminuição aplicáveis; e

d) suficiência e necessidade para reprovar e prevenir o crime.

Além disso, a disciplina legal impõe diversas circunstâncias impeditivas à celebração do ANPP, que também devem ser devidamente sopesadas, senão vejamos:

- a) cabimento de transação penal (art. 76, da Lei nº 9.099/1995);
- b) investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- c) ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo – com a novel disciplina legal, é inegável reconhecer que o instituto da suspensão condicional do processo tem a sua aplicabilidade praticamente esvaziada, de modo a possivelmente alcançar desuso;
- d) crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor – em relação à regulamentação proposta pelo CNMP, essa circunstância impeditiva trouxe inédito cenário. A uma, o delito praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, ainda que alheio à incidência da Lei Maria da Pena, desautoriza a celebração de ANPP. A duas, pode-se cogitar que delitos hediondos e equiparados não impedem, em abstrato, a celebração de ANPP.

### **3. O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A RETROATIVIDADE DO ANPP**

O acordo de não persecução penal (ANPP) é uma das inovações mais significativas no sistema processual brasileiro atual. O processo penal tem se tornado cada vez mais um espaço para a busca de consensos, em vez de um espaço para perenização de conflitos.

Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, imantados na doutrina tradicional, têm cedido à discricionariedade regrada, substituindo a litigiosidade, pouco a pouco, por soluções negociadas. Essas soluções alternativas concretizam o direito fundamental do réu a um julgamento célere (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) e poupam ao Estado tempo e recursos que podem ser dispendidos em casos mais graves, além de prestigiar o papel da vítima no processo penal.

No entanto, perguntas sobre o cabimento do ANPP para processos em curso e limite para sua aplicação, permanecem no meio doutrinário, jurisprudencial e dos operadores do direito penal.

Uma parcela da doutrina defende que a retroatividade é garantia constitucional da qual não se deve descurar. Os preceitos que impedem a imposição de pena ao investigado e asseguram a extinção da sua punibilidade depois de cumprir as condições assumidas conferem matiz penal e predominam o conteúdo normativo do instituto mais benigno ao *status libertatis*, não devendo encontrar óbice no recebimento da denúncia. Ao julgar o HC 180.421/SP, a Segunda Turma da Suprema Corte (STF) decidiu que a expressão 'lei penal' contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal deve ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no *status libertatis* do indivíduo.

Assim, essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso.

### **3.1 ANPP e o fenômeno da *novatio legis in mellius***

Em recente análise sobre a temática, Paulo Queiroz resgatou seus estudos sobre legalidade penal e aplicação da lei no tempo – compreendida a lei em sentido amplo e em sua unidade e, portanto, abrangendo lei penal material e processual –, e dedicou-se a analisar a (ir)retroatividade das principais disposições trazidas pela Lei Anticrime. Em relação ao acordo de não persecução penal, compreende o autor que a nova lei é “evidentemente” mais favorável ao investigado, pois tem o condão de evitar a sua prisão cautelar, bem como eventual condenação criminal e, juntamente com ela, os seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência etc). (QUEIROZ, 2020)

Dessa forma, o autor conclui, como decorrência lógica, ser plenamente possível a sua retroatividade em favor do réu, mesmo em processos já instaurados e, ainda, com sentença condenatória recorrível. Mas Queiroz ainda vai além e propõe a possibilidade de celebração do ANPP também em processos com sentença condenatória transitada em julgado. Tal entendimento é semelhante ao da Corte Suprema quando sedimentou que as prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

É razoável concluir que se a lei penal retroage em casos de abolitio criminis ou de atenuação da pena, mesmo em casos de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por igual motivo haveria de retroagir na hipótese de um instituto como o acordo de não persecução penal, que impede a condenação e eventual execução penal, com todos os efeitos penais que implicam, e evita até mesmo o processo penal.

Em que pese sejam frequentes as objeções utilizadas como justificativa para obstaculizar a efetivação de direitos e garantias individuais – à semelhança do que ocorreu em relação à audiência de custódia e, mais recentemente, quanto à figura do juiz de garantias –, não se pode legitimar argumentos utilitaristas para barrar avanços civilizatórios. A despeito de todas as necessárias críticas ao instituto, o acordo de não persecução penal pode representar um instrumento de caráter despenalizador e, desde que assegurada ampla defesa do imputado no caso concreto, pode resultar para ele efeitos benéficos, deve ser garantida a retroatividade da sua previsão legal, por se tratar de *novatio legis in mellius*.

### **3.2 ANPP sob a ótica do Supremo Tribunal Federal**

No ano de 1997, ao apreciar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo em processos em curso<sup>32</sup>, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a natureza híbrida e benéfica ao réu, decidiu que a suspensão condicional do processo – que constitui medida

<sup>32</sup> HC 74.463-0, rel. min. Celso de Mello, DJ 7/3/1997.

despenalizadora – encontra-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no art. 89 da Lei n. 9.099/95 qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas consequências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da *lex mitior*.

Situação semelhante à que ora se analisa foi enfrentada pelo sistema de justiça criminal, quando da criação do instituto da transação penal pela referida Lei dos Juizados Especiais Criminais. Ao apreciar a matéria, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a transação penal é uma medida despenalizadora e, portanto, a sua previsão poderia retroagir em favor do réu.

Assim, a partir do julgamento pelo Tribunal Pleno do STF, tornou-se possível a aplicação do novo instituto mesmo em processos em curso e/ou que tratassem de fatos anteriores à vigência da Lei nº 9.099/1995, uma vez que as prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata<sup>33</sup>.

No que tange a aplicação retroativa do ANPP, fato é que o STJ, vencida inicial divergência interna, firmou convencimento que limita a retroatividade aos fatos anteriores à nova lei desde que a denúncia não tenha sido recebida, pelo reconhecimento do caráter pré-processual do instituto. Assim, a retroatividade da nova norma predominante processual, em que pese com reflexos penais, não pode ser ampla, devendo ser limitada ao recebimento da denúncia, isto é, à fase pré-processual da *persecutio criminis*. Nesse sentido, há decisões no STF ainda sem pronunciamento do Plenário.

Outro ponto já apreciado pela Corte foi a possibilidade de aplicação do instituto a processos com sentença condenatória. A Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento a agravo regimental no HC 191.464/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgando inadmissível fazer-se incidir o ANPP quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível de impugnação.

Também por sua Primeira Turma e sem dissonância, no HC 190.855/PE, relatado pela Ministra Rosa Weber, decidiu que a retroatividade atinge casos anteriores à entrada em vigor da regra do art. 28-A, desde que não recebida a denúncia, com expressa referência aos julgados do HC 195.327/PR34.

Ao que parece, com base nesses entendimentos, é que a discussão sobre a retroatividade e aplicação aos processos em curso, hoje, é acadêmica. Contudo, pende de julgamento pelo Pleno do STF a tese suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito da Segunda Turma, ao conceder ordem de habeas corpus de suspensão do processo e de eventual execução da pena até a manifestação motivada do órgão acusatório sobre a viabilidade de proposta de ANPP. No entender

<sup>33</sup> STF, Tribunal Pleno, Inq-QO 1055, Relator: Min. Celso De Mello, j. em 24/04/1996, publicado em 24/05/1996.

<sup>34</sup> Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe 25.02.2021; HC 197.369/SP, relator Ministro Dias Toffoli, DJe 12.02.2021; e do RE 1.244.660/RS, relator Ministro Nunes Marques, DJe 10.02.2021.

do Ministro, é cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento, ainda não transitados em julgado, quando da entrada em vigência da lei 13.964/19, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, cabendo ao órgão acusatório manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

Em recente julgado<sup>35</sup>, o ministro Ricardo Lewandowski, do STF, entendeu que o acordo de não persecução penal (ANPP) pode ser implementado em processos iniciados antes da vigência do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Na análise de um habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), o relator aplicou entendimento da Segunda Turma da Corte que, ao apreciar caso semelhante relacionado à nova legislação, entendeu que a regra mais benéfica deve ser aplicada de forma retroativa, alcançando tanto investigações criminais quanto ações penais em curso.

Ao analisar a matéria, o ministro Ricardo Lewandowski citou precedente (HC 180.421) em que a Segunda Turma analisou o parágrafo 5º do artigo 171 do Código Penal, também acrescido pelo Pacote Anticrime. O dispositivo alterou a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação, ou seja, tornou necessária a manifestação da vítima para o prosseguimento de acusação. Nesse julgamento, o colegiado entendeu que se trata de norma penal mais favorável ao réu e, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa.

Com base nesse julgado e em atual doutrina do processo penal, o ministro entendeu que o ANPP é aplicável também aos processos iniciados antes do Pacote Anticrime, desde que ainda não transitado em julgado e mesmo que não haja a confissão do réu até o momento de sua proposição.

#### **4 CONCLUSÃO**

A possibilidade de firmar acordos no processo penal deve ser entendida como um direito do investigado ou do réu. Quanto mais hipóteses legais de acordo, maior seu espectro de direitos. Restringir essas possibilidades é, sobretudo, uma postura antigarantista. O direito do investigado ou do réu corresponde a que o cabimento de uma solução negociada seja analisado pelo órgão titular da ação penal, conforme uma discricionariedade delimitada por parâmetros legais.

Um ponto está cristalino: é possível que o ANPP tenha aplicação retroativa e possa beneficiar investigados ou acusados por fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019. A retroatividade do ANPP parte das premissas de que se trata de um instituto tanto de natureza processual penal, de aplicação imediata mesmo para processos em curso quando ainda não superado o momento para a prática do ato (art. 2º do CPP), quanto de natureza penal, por repercutir no *jus puniendi* estatal.

Diferentemente das normas processuais puras, que são orientadas pela regra do *tempus regit actum* (art. 2º do CPP), as normas de conteúdo misto, quando favoráveis ao réu, devem ser aplicadas de maneira retroativa em relação a fatos pretéritos enquanto a ação penal estiver em

<sup>35</sup> STF - HC: 206660 SC, Relator: Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 03/10/2022, Data de Publicação: Processo eletrônico. DJe-199, Divulg. 04/10/2022, Public. 05/10/2022.



curso, nos termos do que dispõe o art. 5º, inciso XL, CF ('a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu').

Não há óbices que impeçam a aplicação do instituto nesse contexto, até porque a legislação processual vigente discriminou, de forma exaustiva, as hipóteses em que a justiça penal negociada não poderá ocorrer, ou seja, indicou expressamente as situações de impedimento ao ANPP, conforme previsão tipificada no art. 28-A, § 2º, do CPP. E nesse rol não há comando no sentido de inviabilizar a aplicação retroativa do ANPP.

Não se pode ignorar a face processual do acordo de não persecução penal. O instituto visa evitar os males de um processo penal que, ao final, ainda que redunde em condenação, não levará o réu ao cumprimento de pena privativa de liberdade. O processo em si mesmo já é um mal para o acusado, independentemente do seu desfecho. Por outro lado, movimentar a máquina judiciária, levando até o fim a persecução penal, para que, após a condenação, o acusado simplesmente pague uma multa ou, tenha que cumprir pena restritiva de direitos ou, ainda, no máximo, obtenha o *sursis*, não deixa de ser algo ineficiente e que representa desperdício de tempo e dinheiro.

Indiscutivelmente, o acordo de não persecução penal é mais benéfico do que a condenação penal. Por isso, sempre que não houver óbice à aplicação de tal instituto, será necessário buscar a solução consensual. Não se pode objetar com a irracionalidade de não se processar quem já está sendo processado ou mesmo quem já se submeteu a todo rito em primeiro grau, ou mesmo parte da fase recursal.

Assim, fica claro que as repercussões e vantagens do acordo de não persecução penal, no plano material, principalmente em relação a não caracterização da reincidência, autorizam sua aplicação aos processos em curso quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, mesmo se houver denúncia oferecida e, até mesmo, se o processo já se encontre em fase bastante desenvolvida.

## 5 REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. *In:*

GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p.

127-147.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque; ARRUDA, Karol. Pacote anticrime comentado. Salvador: JusPodivm, 2020.

ARAS, Vladimir. O Acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. *In:* CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir (org.). Lei anticrime comentada. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p.165- 240.



BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, RB-2.1.

BARROS, Francisco Dirceu. Acordos criminais. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF, 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-emnumeros2021-12.pdf>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 185.913/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmarretroatividade-anpp.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (org.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-deartigos/2ccr\\_coletanea\\_artigos\\_vol7\\_final.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-deartigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf). Acesso em: 10 mai. 2022.

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2022.

DE BEM, Leonardo; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. Acordo de não persecução penal. D'Plácido, 2020.

DEZEN, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. Comentários ao pacote anticrime: Lei DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 mai. 2022.

FIGUEIRÊDO, Laila. Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha. Jus. Disponível em: 60 <<https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>>. Acesso em 30 out. 2022.

GOMES, José Jairo. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>. Acesso em: 29 mai. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Hisyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicasacordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 mai. 2022.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. [S. l.]: Consultor Jurídico, 2020, n.p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoas-curso>. Acesso em: 20 mai. 2022.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei anticrime. Disponível em: [https://www.pauloqueiroz.net/wpcontent/uploads/2CCR\\_Coletanea\\_Artigos\\_vol7\\_FINAL%20\(1\).pdf](https://www.pauloqueiroz.net/wpcontent/uploads/2CCR_Coletanea_Artigos_vol7_FINAL%20(1).pdf). Acesso em: 02 nov. 2022.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: Acordo de Não Persecução Penal. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) *et al.* Salvador: Juspodivum, 2017.

SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

## **A POSSIBILIDADE DE “RENÚNCIA” AO DIREITO AO SILÊNCIO NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E A CONSTITUCIONALIDADE DO § 14, DO ART. 4º, DA LEI 12.850/2013.**

**GUSTAVO DA COSTA SILVA:**  
Graduando do Curso de Direito  
do Centro Universitário Fаметro.

**RESUMO:** Objetiva-se neste artigo analisar o instituto da colaboração premiada com enfoque na previsão de renúncia ao direito ao silêncio, trazida pelo art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013 – Lei do Crime Organizado, e sua constitucionalidade, especificando a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada e do acordo de colaboração premiada, com a distinção conceitual de ambos, avaliando a possibilidade de renúncia ao direito ao silêncio no acordo de colaboração premiada, demonstrando os fundamentos que apoiam a constitucionalidade da referida norma. As conclusivas acerca do tema trazem a reflexão sobre ser admissível no meio doutrinário e jurisprudencial que o direito ao silêncio, enquanto direito fundamental, pode ser objeto de limitação, não sendo, pois, absoluto. A irrenunciabilidade, como característica dos direitos fundamentais, implica, em regra, na impossibilidade de se renunciar a um direito fundamental, entretanto, esse entendimento vem sendo mitigado em face da possibilidade do titular de não invocar, de forma temporária e parcial, a proteção ou garantia de um direito fundamental em troca de alguma vantagem legítima. A pesquisa utiliza o método dedutivo de análise qualitativa, por meio da revisão de obras sobre o tema, bem como de análise crítica de jurisprudência e manifestações judiciais sobre a temática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal. Colaboração premiada. Direito ao silêncio. Direito fundamental. Renúncia. Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the institute of collaboration rewarded a focus on the prediction of waiver of the right to silence, brought by art. 4, § 14, of Law n. 12.850, August 2, 2013 - Organized Crime Law, and its constitutionality, specifying the legal nature of the institute of collaboration rewarded and the collaboration agreement, with the conceptual distinction of both, evaluating the possibility of waiver of the right to silence in the collaboration rewarded agreement, demonstrating the grounds that support the constitutionality of that rule. The conclusions about the theme bring the reflection about being admissible in the doctrinaire and jurisprudential environment that the right to silence, as a fundamental right, can be object of limitation, not being, therefore, absolute. Non-renounceability, as a characteristic of fundamental rights, implies, as a rule, the impossibility of renouncing a fundamental right. However, this understanding has been mitigated in view of the possibility of the holder not invoking, temporarily and partially, the protection or guarantee of a fundamental right in exchange for some legitimate advantage. The research uses the deductive method of qualitative analysis, through the review of works on the subject, as well as critical analysis of case law and judicial manifestations on the subject.

**KEYWORDS:** Criminal procedure. Award-winning collaboration. Right to silence. Fundamental right. Resignation. Constitutionality.

### **1 INTRODUÇÃO**

A colaboração premiada disciplinada pela Lei nº 12.850/13 tem suscitado inúmeras controvérsias de natureza penal e processual penal. O instituto não é novo no nosso ordenamento jurídico. No entanto, sua importância foi evidenciada com o advento da Operação Lava Jato, iniciada no ano seguinte à promulgação da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, que tratou da colaboração premiada com detalhamento até então inexistente nas demais legislações pátrias.

A colaboração premiada surge com uma sistemática de que visa “premiar”, conforme diz o nome, aquele que fornece informações relativas a coautores e partícipes da organização criminosa da qual faz parte e das infrações penais praticadas, revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização, recuperação dos proventos obtidos e localização de eventual vítima com sua integridade incólume.

Em que pese a relevância do instituto para no atual sistema jurídico brasileiro, permanecem alguns questionamentos acerca da constitucionalidade de regras às quais o colaborador deve se submeter. Uma delas é a do artigo 4º, § 14, da Lei n. 12.850/13 que prevê a possibilidade de renúncia ao direito ao silêncio do colaborador e o compromisso dele em dizer a verdade.

Pergunta-se: é possível renunciar direito fundamental? É constitucional a previsão legal do art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850/20136, ao prever a renúncia ao direito ao silêncio pelo colaborador, considerada a sua natureza de direito fundamental? Para buscar as respostas dessas perguntas foi feita a análise de alguns aspectos do instituto da colaboração premiada e do direito ao silêncio para, posteriormente, verificar a validade da renúncia prevista no normativo.

Os resultados desse estudo vêm da aplicação do método dedutivo e da metodologia de análise qualitativa, por meio da revisão de obras sobre o tema abordado e outros que lhe são correlatos, bem como de análise crítica de jurisprudência e manifestações judiciais abordando a temática examinada, indicando-se, ao final, a solução que parece ser a mais acertada, visto estar de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

## **2 COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/2013**

### **2.1 Contextualização**

O sistema jurídico, que rege as relações sociais, passou de um modelo sancionatório de práticas ilícitas para um modelo premiador das práticas lícitas. Surgem, nesse contexto, instrumentos de incentivo de práticas que promovam valores buscados pela Constituição Federal de 1988, onde o modelo negocial de processo penal passa a ter maior relevância valendo mais a premiação pelo comportamento conforme ao Direito do que a sanção pela conduta antijurídica.

Não é novidade que o crime organizado sempre apresentou desafios à atividade investigativa estatal, exigindo, dos representantes estatais, a adoção de novas técnicas de investigação. O conjunto de instrumentos do processo penal criado para a criminalidade tradicional é ineficiente para fazer frente à criminalidade organizada, dadas as características que dificultam a

produção de provas, a exemplo da estrutura hierarquizada e compartimentalizada que possuem, bem como da adoção de técnicas para destruir ou pulverizar os elementos probatórios.

Vale ressaltar que um dos aspectos relevantes para conferir eficácia ao instituto da colaboração premiada foi a proteção ao colaborador, o que, no Brasil, passou a ocorrer com a Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Isso porque, nas organizações criminosas, vigora o pacto de silêncio, cuja violação em geral é punida com a morte.

No Brasil, o instituto existe desde as Ordenações Filipinas, em que era prevista a atenuação da sanção penal para aquele indivíduo que denunciasse os demais na prática de crimes contra a coroa. Sua utilização, no entanto, tornou-se mais importante a partir do século XX, com a Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, que previu a redução de pena para aquele que delatasse os demais, no artigo 8º, parágrafo único. A partir daí, o instituto foi previsto em várias outras leis esparsas, mas sem o detalhamento trazido pela Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, a qual é o cerne deste trabalho.

## **2.2 Distinção entre delação, colaboração e acordo de colaboração premiada.**

Vulgarmente os termos “delação” e “colaboração” são tratados como sinônimos, no entanto, convém fazer a distinção dos significados entre delação e colaboração premiada. O professor Silva Junior (2015, p. 31) acredita que a denominação escolhida pelo legislador – colaboração, e não delação premiada – se deu em função da carga negativa que o termo “delação” carrega, desde tempos imemoriais, quando ficou conhecida como instrumento de mera “caguetagem”.

Ontologicamente o significado é único: possibilidade de concessão de um prêmio a alguém pelo Estado a fim de que, quebrando o silêncio, passe a dispor de informações que sejam úteis na persecução criminal de grupos criminosos organizados.

Com o advento da Lei n. 12.850/2013, buscou-se revestir o instituto com nova roupagem condizente com os benefícios que sua aplicação traz para o combate ao crime e, conseqüentemente, à sociedade, porém, mais do que isso, parece que de fato se está diante de um instituto jurídico mais amplo que a delação, a qual foi introduzida em nosso sistema em normas esparsas e sem conteúdo regulatório de seu procedimento, relegando-se a segundo plano em função de sua inconsistência normativa.

Por seu turno, não se pode confundir a colaboração premiada, espécie de meio de obtenção de prova (técnica especial de investigação), com o acordo de colaboração premiada propriamente dito, o qual tem a natureza jurídica de negócio jurídico processual e material. Para Nogueira (2016, p. 153), o acordo de colaboração premiada trata-se de um fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

## **2.3 Conceito e natureza jurídica do acordo de colaboração premiada**

A Lei das organizações criminosas estabeleceu o conceito de organização criminosa, tipificando-a como crime, além de dispor sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, procedimento criminal a ser adotado, entre outros. Dentre os meios de obtenção de prova encontra-se a colaboração premiada que, como já dito, é um meio de obtenção de prova, materializado em um instrumento de acordo que, após a homologação judicial, passa a produzir seus efeitos jurídicos (art. 4º, §§ 6º e 7º, da LCO).

À luz da teoria do fato jurídico, pode-se dizer que o acordo de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013 é um negócio jurídico bilateral, já que formado pela exteriorização de vontade contraposta de duas partes. Negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação a qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (MELLO, 2019).

O Supremo Tribunal Federal define o acordo de colaboração premiada como um negócio jurídico processual. A propósito, confira-se: "(...) tratando-se de negócio jurídico processual personalíssimo celebrado entre o Ministério Público e o colaborador, do qual não participa o Poder Judiciário, ao qual compete, exclusivamente, a aferição da regularidade, voluntariedade e legalidade do acordo"<sup>36</sup>.

Vale ressaltar que para fins de acordo de colaboração premiada é imprescindível que o ato seja voluntário. Isso quer dizer que, ainda que não tenha sido do agente a iniciativa, ato voluntário é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Portanto, por mais que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação, faz jus aos prêmios legais referentes à colaboração premiada.

## **2.4 Requisitos do acordo de colaboração premiada**

A colaboração premiada, na forma da Lei das Organizações Criminosas, pode ser realizada a qualquer tempo da persecução penal, desde as investigações policiais traduzidas no Inquérito Policial até a extinção da punibilidade pelo cumprimento da sentença penal condenatória, o que Gilson Dipp chama de relativização da coisa julgada. (DIPP, 2015)

O acordo de colaboração pode ser celebrado entre o acusado e o representante do Ministério Público – é importante mencionar que o Delegado de Polícia pode figurar como representante do Estado, desde que haja manifestação favorável do representante do *Parquet*. Esta deve ser a interpretação do parágrafo 2º do art. 4º da Lei ora estudada, para que desta forma não seja violada a prerrogativa de único titular da ação penal atribuída pela Constituição Federal ao Ministério Público.

---

<sup>36</sup> STF, Pleno, Pet. 7.074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, DJe 85 02/05/2018.



No tocante aos demais momentos da persecução penal a competência para firmar o acordo de colaboração premiada é exclusiva do representante do *Parquet*. É relevante dizer que durante as negociações o Juiz deve manter-se distante dos termos no acordo, respeitando assim o princípio da imparcialidade e do juiz natural.

A lei também repete disposições quanto aos requisitos para que a colaboração seja homologada pelo magistrado, quais sejam: a voluntariedade e efetividade. Para fins de acordo de colaboração premiada é imprescindível que o ato seja voluntário, significando que, ainda que não tenha sido do agente a iniciativa, ato voluntário é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Portanto, por mais que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação, faz jus aos prêmios legais referentes à colaboração premiada.

Além desses dois requisitos formais expressamente mencionados pelo legislador, ainda existe outro requisito, porém, mais interpretativo, trata-se de que eventual benefício somente será concedido caso a natureza da infração, a repercussão social e a personalidade do colaborador se amoldem aos parâmetros legais.

## **2.5 A voluntariedade na colaboração premiada**

A voluntariedade na colaboração é tema que está diretamente relacionado ao direito ao silêncio dos acusados em geral e a possibilidade de renúncia a esse direito fundamental na hipótese de se aplicar a colaboração.

Qualquer mácula à voluntariedade na obtenção do depoimento do colaborador poderá levar à nulidade absoluta da prova produzida ou que se pretendia produzir, podendo o juiz não homologar a colaboração ou ver eventual sentença ser declarada nula total ou parcialmente, por ilicitude da prova produzida em desatenção ao requisito da voluntariedade da colaboração.

Verifica-se, portanto, que a delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do colaborador, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral, ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária. O móvel, enfim, da decisão do colaborador – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a colaboração premiada. (BUSATO; BITENCOURT, 2014)

Importa ainda dizer que a voluntariedade da declaração, enquanto expressão da renúncia do direito ao silêncio pelo colaborador, precisa de todos esses cuidados, sendo tais medidas plenamente justificadas, pois em jogo direito fundamental dos acusados em geral, tanto que a lei previu a possibilidade do juiz deixar de homologar o acordo de colaboração se por acaso verificar que a voluntariedade foi de alguma forma maculada, e, para tanto, caso queira o juiz, poderá ouvir sigilosamente o colaborador, na presença do defensor deste (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 7º).

O termo de colaboração deve ser assinado pelo colaborador juntamente com seu advogado, e a renúncia ao direito ao silêncio precisará ser feita também na presença do defensor,

nos depoimentos que prestar, de preferência registrados em meio audiovisual, sempre de modo a tornar o máximo possível aferível a questão da voluntariedade pelo juiz ou membros de tribunais.

O colaborador, evidentemente, não poderá ser posto em xeque no que diz respeito à sua liberdade física ou integridade psicológica, ao ser-lhe proposta colaboração em troca de eventual “premiação” por parte do Ministério Público, sendo esse um tratamento que viola as normas do devido processo penal.

### **3. DO DIREITO AO SILÊNCIO**

#### **3.1 Conceito de direito ao silêncio**

O direito ao silêncio se materializa na prerrogativa que o indivíduo possui de não responder as indagações formuladas pela autoridade competente, seja em sede policial ou judicial. Como salienta Maria Elizabeth Queijo, “[...] o direito ao silêncio, assegurado no texto constitucional, não se aplica somente ao interrogatório no inquérito policial, mas também em juízo”. (QUEIJO, 2012, P. 131).

Quer dizer que o réu, uma vez acusado criminalmente, não pode ser sancionado pela sua indisposição ao não colaborar com o aparelho penal do Estado.

Assim, o direito ao silêncio, norma constitucional, constante também na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, e acolhida no Brasil em 1992, significa, em suma, o direito de não participar, de qualquer modo, na acusação estatal contra si mesmo. A expressão latina *nemo tenetur se detegere*, consagra essa compreensão.

#### **3.2 O direito ao silêncio como direito fundamental**

Historicamente, não só não era previsto o direito ao silêncio do acusado, como era proibido que este assim o agisse, uma vez que o processo penal era pautado pela busca da verdade real. O direito ao silêncio foi expressamente consagrado pela primeira vez em uma Constituição da República brasileira pela ordem instaurada em 1988.

Nesse contexto, importante tecer considerações breves acerca, especificamente, do direito de permanecer em silêncio, direito este assegurado no artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Magna de 1988.

Uma das principais finalidades dessa garantia no processo penal é limitar o poder do Estado em sua atuação, seja no curso da investigação criminal, do processo, ou até mesmo após uma eventual condenação em desfavor do acusado, assim como a aplicação de sua respectiva pena.

Como princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, ninguém pode ser constrangido a produzir prova contra si próprio<sup>37</sup>, tanto quanto o Estado, em decorrência desse mesmo postulado, não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados (já) fossem<sup>38</sup>.

A origem do direito ao silêncio ou do direito de não autoincriminação emana da presunção de inocência. De um lado, direito individual de não produzir provas contra si mesmo, de outro, obrigação estatal de não tratar qualquer pessoa como culpada antes do trânsito em julgado da condenação penal. Tais consequências qualificam-se como direta emanação da presunção de inocência, hoje expressamente contemplada no texto da vigente Constituição da República (CF, art. 5º, inciso LVII).

Afinal, a autodefesa consiste nos meios conferidos ao acusado para que possa se defender da forma que considerar mais conveniente, ou seja, trata-se de um direito atribuído ao acusado para que não apenas não produza prova contra si mesmo, mas como um instrumento apto a materializar sua ampla defesa, de modo que este possa traçar uma estratégia mais favorável a si. (CAPEZ, 2015)

Aqui é importante salientar que a verdade no Processo Penal é um objetivo – não a chamada verdade "real", mas uma verdade processual e constitucionalmente adequada, probabilística –, e, para que se puna alguém com é preciso que seja repelida a mentira, seguindo-se os parâmetros definidos na lei e na Constituição.

Sobre esse assunto, a própria Lei n. 12.850/2013, em seu art. 19, traz previsão cujo objetivo é claramente o de reprimir a mentira dos depoimentos prestados sob o manto da colaboração premiada, ao prever como crime a falsa imputação da prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas.

#### **4 RENÚNCIA A DIREITO FUNDAMENTAL**

A discussão doutrinária acerca da possibilidade de um titular de direito fundamental dispor sobre esse direito não é nova. Sem dúvida, a renúncia ao direito ao silêncio tem sido um dos pontos mais polêmicos da Lei das Organizações Criminosas até os dias de hoje, trazendo à pauta discussões acerca de sua aplicabilidade e, até mesmo, de sua constitucionalidade.

Dessa forma, na intencionalidade de buscar o sentido – significado do vocábulo “renúncia” – e o alcance – campo de aplicação – do comando legal onde o termo foi inserido, § 14 do art. 4º da Lei, é que esse trabalho se justifica.

Ao renunciar a um direito fundamental, o seu titular consente em enfraquecer, em face do Estado, uma posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental. Do ato de renúncia,

---

37 RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 180/1125, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO - HC 68.742/DF, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO.

38 .RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

resulta um enfraquecimento da proteção do indivíduo frente ao Estado ou, visto por outro ângulo, um aumento da margem de atuação do Poder Público em relação à esfera de direitos fundamentais de um indivíduo. (NOVAIS, 1996).

O fato é que em um Estado não paternalista, como deve ser o Estado de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade, o exercício obrigatório de direitos é excepcional. Deste modo, o titular de um direito fundamental pode escolher “quando”, “se” e “como” exercê-los.

Desse modo, já que os direitos fundamentais estabelecem posições de vantagem do indivíduo frente ao Estado, é plenamente possível que o indivíduo deixe de exercer esta posição de vantagem a fim de obter outra vantagem que considera mais relevante no caso concreto e que de outro modo não obteria.

Ademais, o acordo de colaboração premiada possui natureza contratual onde a vontade atua na definição e escolha de categorias jurídicas processuais e materiais, ou seja, a colaboração premiada é um negócio jurídico processual e material.

Dito de outro modo, a obrigação de colaborar é uma situação jurídica de natureza processual, que tem como direito correspectivo, titularizado pela parte contrária – Ministério Público ou o delegado de polícia, durante o inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público (art. 4º, § 2º) –, o direito à colheita da prova oral. Nessa perspectiva, o negócio é processual, ressalvada a hipótese da renúncia ao direito de denunciar, pois se estabelece, extingue ou modifica situações jurídicas processuais. Por outro lado, na perspectiva da vantagem intencionada pelo colaborador, o negócio é material, uma vez que pactua-se o perdão judicial, causa de extinção de punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do Código Penal, ou a redução da pena restritiva de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. As situações jurídicas pactuadas têm, nessa perspectiva, natureza penal material. (DIDIER JR; BOMFIM, 2016).

#### **4.1 Diferença entre renúncia e não exercício de direito fundamental**

Se partirmos da premissa de que os direitos fundamentais são caracterizados por sua inalienabilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade, os acordos de colaboração premiada não poderiam ser firmados, sob pena de recaírem em grave inconstitucionalidade.

Entretanto, esse entendimento vem sendo mitigado e as características outrora pregadas aos direitos fundamentais, colocadas em discussão. Afinal, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual. Pensar de modo diverso é transformar o direito em um dever.

O termo “renúncia”, cunhado pelo legislador na Lei n. 12.850/2013, deve ser interpretado não como forma de esgotamento da garantia do direito ao silêncio, que é irrenunciável e inalienável, mas sim como forma de livre exercício do direito ao silêncio e da não autoincriminação pelo colaborador, em relação aos fatos ilícitos que constituem o objeto do negócio jurídico – contrato, haja vista que o acordo de colaboração premiada é ato voluntário.

Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII), é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis).

Masson e Marçal (2015, p. 138), pontuam que o legislador, ao se referir, no § 14 do art. 4º da LCO, de forma imperativa à renúncia ao direito fundamental ao silêncio, não se valeu da melhor técnica legislativa, parecendo, dessa forma, ferir justamente uma das características marcantes dos direitos fundamentais, qual seja, a irrenunciabilidade.

#### **4.2 A renúncia ao direito ao silêncio e a sua finalidade no ADP**

O acusado que celebra o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público renuncia ao direito ao silêncio, com fundamento no artigo 4º, §14, da Lei nº 12.850/2013. Embora haja um aparente desrespeito à garantia fundamental sobre a qual foi discorrido anteriormente, é necessário compreender o escopo da obrigatoriedade da renúncia ao direito ao silêncio, imposta pela lei quando da celebração do acordo de colaboração premiada.

A colaboração premiada pode ser vista como um gênero, no qual há várias espécies de contribuição, dentre elas a identificação de coautores, recuperação de ativos e até mesmo a prevenção de crimes. Tais contribuições são descritas pelo artigo 4º, da Lei nº 12.850/13, podendo proporcionar ao réu redução de pena ou ainda o perdão judicial. No entanto, para adquirir essas prerrogativas, o colaborador deve deixar de exercer seu direito ao silêncio, bem como se comprometer a dizer a verdade.

Caso o colaborador decida manter seu silêncio, terá como prejuízo apenas a “quebra” do contrato de colaboração, deixando de ser beneficiado pelas potenciais informações prestadas. Neste sentido, compreende-se que não há obrigação de ficar em silêncio, até porque o acusado pode a qualquer momento confessar, sem que ocorra renúncia ao direito de silêncio. Ademais, cabe ao réu optar por fazer ou não parte da colaboração premiada.

Outro ponto a ser observado é que, ao obrigar o colaborador a renunciar ao silêncio, o legislador pretendeu garantir ao delatado o direito ao confronto, de modo que este último pudesse fazer perguntas ao delator, com o objetivo de esclarecer eventuais incongruências. Desta maneira, caso o delator pudesse silenciar às perguntas formuladas pelo delatado, “restaria inviabilizada a exploração contraditória da fonte de prova que fez a colaboração e, conseqüentemente, nulificado o direito ao confronto”. (BADARÓ, 2017, p. 134).

Assim sendo, nota-se que o princípio do direito ao silêncio deve ser sopesado nos casos concretos que envolvem acordos de colaboração premiada, a fim de possibilitar ao colaborador os benefícios propostos na lei, bem como o direito de confrontação, este conferido ao delatado,

principalmente, para que atribua validade à colaboração, no sentido de que as informações prestadas pelo delator não podem ser levadas em consideração se dissociadas da realidade, conforme poderá ser percebido quando confrontadas com a de outros acusados.

## **5 A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, § 14, DA LEI Nº 12.850/2013**

O instituto da colaboração premiada apresenta, em seu bojo, dispositivos legais polêmicos e excêntricos. Alguns dispositivos aparentam, inclusive, estar em desacordo com o que estatui a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vez que afrontam garantias constitucionais inerentes ao réu como, como é o caso do art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850 de 2013, que estabelece de maneira explícita que o colaborador deve abdicar de seu direito ao silêncio, bem como sujeitar-se ao compromisso legal de dizer a verdade, podendo ser penalizado em caso de descumprimento dos normativos legais.

Didier Jr. e Bomfim (2016, p. 1) sintetizam a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/2013 como sendo (a) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (b) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficáciais e seu conteúdo; (c) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (d) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar.

Em se tratando de negócio jurídico bilateral caracterizado por interesses contrapostos das partes, configurada resta a sua natureza contratual. Uma vez exteriorizada a vontade das partes em contratar, a obrigação de colaboração e a conseqüente obrigação de renúncia ao direito ao silêncio são conseqüências jurídicas definidas em razão do ato de escolha do colaborador. Salienta-se que o termo “renúncia” não deve ser interpretado como forma de exaurimento da garantia do direito ao silêncio, que é irrenunciável e inalienável, mas sim como forma de livre exercício do direito ao silêncio pelo colaborador, em relação aos fatos ilícitos que constituem o objeto do negócio jurídico – contrato, haja vista que o acordo de colaboração premiada é ato voluntário.

Conforme já exposto, é perfeitamente possível que, em certas circunstâncias, o titular de um determinado direito fundamental deixe de exercer o seu próprio direito, tratando-se de uma autolimitação voluntária que não se confunde com a renúncia, vez que aquele de deixa de exercer um direito fundamental pode voltar a exercê-lo quando quiser.

Desse modo, não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá contar com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado de que não é obrigado a colaborar para a sua própria destruição – *nemo tenetur se detegere*.



Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, "g"), é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito ao silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito.

Tanto é verdade que não há renúncia ao direito ao silêncio que o próprio art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, prevê que, na hipótese de retratação da proposta de colaboração premiada pelas partes, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Como se percebe, ante a possibilidade de ser beneficiado por um dos prêmios legais previstos na nova Lei de Organizações Criminosas, o colaborador opta pelo não exercício do direito ao silêncio, sujeitando-se às consequências de sua confissão.

Partindo desse entendimento, não há se falar em inconstitucionalidade do § 14 do art. 4º da LCO, uma vez que não se trata de renúncia ao direito constitucional ao silêncio, mas apenas uma escolha do colaborador em não exercê-lo, visando eventuais benefícios legais.

Embora o art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, disponha expressamente que nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, parece se tratar de um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo renunciar. Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal, é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis.

É essa a interpretação de Masson e Marçal (2015, p. 138), quando pontuam que o legislador, ao se referir, no § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013, de forma imperativa à renúncia ao direito fundamental ao silêncio, não se valeu da melhor técnica legislativa, parecendo, dessa forma, ferir justamente uma das características marcantes dos direitos fundamentais, qual seja, a irrenunciabilidade.

É fato que os benefícios legais oferecidos ao colaborador servem como estímulo para sua colaboração, que comporta, invariavelmente, a autoincriminação. Porém, desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Afinal, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado ou acusado pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se colabora ou não com os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.

## **6 CONCLUSÃO**

Considerando a proposta do presente estudo, é importante destacar os seguintes pontos:

a) À luz da teoria do fato jurídico, pode-se dizer que o instituto da colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013 é um negócio jurídico, que pode ser classificado como negócio

jurídico bilateral, já que formado pela exteriorização de vontade contraposta de duas partes. Frise-se que para fins de acordo de colaboração premiada é imprescindível que o ato seja voluntário.

b) Sendo a colaboração premiada um negócio jurídico bilateral, onde há contraposição de interesses consubstanciada nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado, caracteriza-se a mesma como um contrato no qual, de um lado, o Ministério Público ou o delegado, com a participação do Ministério Público, espera, e têm direito em razão do negócio, colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Do outro lado, o colaborador terá como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito.

c) Como contrato, o acordo de colaboração premiada tem o seu suporte fático, em seu núcleo, como elemento cerne, a vontade exteriorizada das partes. Cumpre ainda dizer que a vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficaz, dentro dos limites traçados. Uma vez exteriorizada a vontade das partes em contratar, a obrigação de colaboração e a consequente obrigação de renúncia ao direito ao silêncio são consequências jurídicas definidas em razão do ato de escolha do colaborador, devendo o termo “renúncia” ser interpretado não como forma de esgotamento da garantia do direito ao silêncio, que é irrenunciável e inalienável, mas sim como forma de livre exercício do direito ao silêncio pelo colaborador, em relação aos fatos ilícitos que constituem o objeto do contrato. Desse modo, não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício.

d) Não há se falar em inconstitucionalidade do § 14 do art. 4º da LCO, uma vez que não se trata de renúncia ao direito constitucional ao silêncio, mas apenas uma escolha do colaborador em não exercê-lo, visando eventuais benefícios legais. Como já explicado, o legislador, ao se referir, no § 14 do art. 4º da LCO, de forma imperativa à renúncia ao direito fundamental ao silêncio, não se valeu da melhor técnica legislativa, parecendo, dessa forma, ferir justamente uma das características marcantes dos direitos fundamentais, qual seja, a irrenunciabilidade.

Desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao direito de silêncio. Afinal, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado ou acusado pode, voluntariamente, confessar os fatos que lhe são imputados.

## **7 REFERÊNCIAS**

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque; ARRUDA, Karol. Pacote anticrime comentado. Salvador: JusPodivm, 2020.

ARAS, Vladimir. O Acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir (org.). Lei anticrime comentada. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p.165- 240.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? São Paulo: RT, 2017.

BARROS, Francisco Dirceu. Acordos criminais. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. 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: 04 jul. 2022.

BRASIL. Código de processo penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-emnumeros2021-12.pdf>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 185.913/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmarretroatividade-anpp.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2022.

BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (org.). Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, DF: MPF, 2020. (Coletânea de artigos, v. 7). Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-deartigos/2ccr-coletanea\\_artigos\\_vol7\\_final.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-deartigos/2ccr-coletanea_artigos_vol7_final.pdf). Acesso em: 10 mai. 2022.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 454.

DE BEM, Leonardo; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. Acordo de não persecução penal. D'Plácido, 2020.

DEZEN, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. Comentários ao pacote anticrime: Lei DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 mai. 2022.

GOMES, José Jairo. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/29/acordo-de-nao-persecucao-penal-processos/>. Acesso em: 29 mai. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Hisyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicasacordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 29 mai. 2022.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. [S. l.]: Consultor Jurídico, 2020, n.p. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 20 mai. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de processo penal e sua jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nem tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

## O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO: A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO CONTRIBUINTE

**VERÔNICA MARCONDES:** Mestranda em Direito Constitucional e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada.

JULCIRA MARIA DE MELLO VIANNA LISBOA<sup>39</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo analisar a nova forma de relacionamento dialógico e transparente entre Estado e contribuinte, denominado *compliance*, em especial a Portaria da Receita Federal do Brasil – RFB nº 28, de 15 de abril de 2021, instituidora do Comitê Gestor responsável pela definição das diretrizes para a criação e funcionamento do Programa de Conformidade Cooperativa Fiscal (Confia) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Trata-se de uma nova forma de tratativa fiscal e empresarial, pautada nos princípios da transparência, segurança jurídica e proteção da confiança do contribuinte, estabelecendo relação de cooperação entre Fisco e contribuinte em busca do desenvolvimento econômico e social. Será analisado, ainda, como o *compliance* proporciona maior lisura na atuação administrativa, servindo como importante instrumento no combate à corrupção, alinhando-se perfeitamente com os princípios e objetivos da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: *compliance*; confiança; corrupção; segurança; transparência.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the new form of dialogic and transparent relationship between the State and the taxpayer, called compliance, in particular the Ordinance of the Federal Revenue of Brazil – RFB nº 28, of April 15, 2021, founder of the Management Committee responsible for defining the guidelines for the creation and operation of the Tax Cooperative Compliance Program (Confia) of the Special Secretariat of the Federal Revenue of Brazil. It is a new form of tax and business dealings, based of the principles of transparency, legal certainty and protection of the taxpayer's trust, establishing a cooperation relationship between the Tax Authorities and the taxpayer in pursuit of economic and social development. It will also be analyzed how compliance provides greater smoothness in administrative action, serving as an important instrument in the fight against corruption, perfectly aligning with the principles and objectives of the Federative Republic of Brazil.

---

39 Julcira Maria de Mello Vianna Lisboa. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Diretora-Adjunta do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

**Keywords:** compliance; trust; corruption; safety; transparency.

## INTRODUÇÃO

Devido à alta complexidade da legislação tributária nacional, estar em conformidade com as exigências fiscais tem se tornado, cada dia mais, um dos principais desafios dos contribuintes brasileiros, especialmente das pessoas jurídicas. Referida complexidade se dá em atenção à grande carga de regramento das três esferas de governo – federal, estadual e municipal –, relativas tanto ao cumprimento de deveres instrumentais como à própria forma de apuração e pagamento dos valores devidos aos cofres públicos.

Esse grande nível de regramento é oriundo, por sua vez, da necessidade de arrecadação de recursos financeiros, por parte do Estado, para atender às necessidades da população, como políticas públicas e investimentos nas áreas da saúde, educação, segurança, obras públicas, contratação de funcionários, de contratos públicos, dentre outras atividades e deveres cuja prestação deva se dar pelo Estado.

A preocupação com a arrecadação de recursos financeiros suficientes para cumprir com os objetivos da República Federativa do Brasil acarreta, por outro lado, a preocupação com os atos danosos contra a Administração Pública, tendo em vista o prejuízo que geram, não somente em virtude do dinheiro que deixa de ser recolhido em benefício da construção de uma sociedade mais justa e igualitária, mas também na moralidade da Administração Pública, uma vez que atos corruptivos degradam a ética, abalam a confiança da população e impossibilitam a realização do bem coletivo (ABREU, 2017).

Deste modo, a regulamentação de maneira exaustiva da atividade tributária é oriunda da necessidade de arrecadação para cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil e a necessidade de tornar cada vez mais difíceis os atos lesivos contra a Administração Pública, o que acaba, infelizmente, por prejudicar a atividade comercial, tendo em vista os inúmeros deveres instrumentais a serem cumpridos junto com a grande carga tributária.

Por via de consequência, instala-se uma guerra entre Estado e indivíduo, em que o Estado é visto como um “bicho-papão” pela outra parte, que quer tomar para si injustamente toda fonte de riqueza que o contribuinte produz, deixando-o desprovido de meios para prover sua subsistência, enquanto que a segunda parte é vista, pelos agentes fiscalizadores, como fraudadora, sonegadora de tributos, que não quer cumprir sua parte diante do pacto social existente, em que cada um deve contribuir com uma parcela de seu patrimônio ao Estado, para que este cumpra com os deveres de proteção e asseguramento de direitos que lhe são inerentes.

É nesse cenário, portanto, que o *compliance* aparece no Direito Tributário como uma alternativa à forma tradicional de atuação do Fisco, que antes colocava Estado e contribuinte em posições completamente antagônicas, agora pautados numa relação de confiança recíproca (ALMEIDA, 2017), o que beneficia o Estado no aspecto arrecadatório – tendo em vista que terá, então, menos contribuintes sonegadores e mais recursos financeiros espontaneamente recolhidos



– e também a própria sociedade, que se vê menos desembaraçada no cumprimento de suas obrigações fiscais.

O *compliance*, ainda, se revela como um importante mecanismo no combate à corrupção na Administração Pública, em especial na Administração Tributária, por possibilitar uma abertura de diálogo entre fisco e contribuinte, com o objetivo de combater a exigência e oferecimento de vantagens indevidas para regularização fiscal.

Desta forma, estuda-se, primeiramente, a forma de organização do Estado brasileiro e os princípios que norteiam a atividade tributária para que seja compreendido como a corrupção prejudica a perseguição dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Após, procede-se à análise de como o *compliance* assume a posição de importante instrumento de desenvolvimento econômico e de combate à corrupção na Administração Tributária, a medida que está sendo adotada em âmbito federal - o Programa CONFIA – Programa de Conformidade Cooperativa da Receita Federal – e como poderá ajudar a relação entre o Fisco e o contribuinte se tornar menos conflituosa e mais democrática.

## **1.A TRIBUTAÇÃO NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

A Constituição Federal de 1988 logo estabelece, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e constitui-se em Estado Democrático de Direito, prevendo ainda, em seu parágrafo único, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da própria CF/88.

Por República, entende-se o exercício do poder de governar de forma responsável o Estado, oriundo do povo e delegado de período em período aos seus representantes políticos, por meio do voto, preservando e garantindo os direitos e interesses dos indivíduos, além de ter como característica primordial a separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que promove o equilíbrio no exercício das funções estatais, de modo a evitar excessos e arbítrios por parte dos governantes.

Como consequência do princípio Republicano, os indivíduos possuem o direito de apenas serem tributados por razões de ordem pública, ou seja, para a manutenção da *res publica* (CARRAZZA, 2019), sendo que o interesse do Estado deve sempre ser pautado na promoção do bem-estar da coletividade.

Já por Federação, conforme explica ATALIBA, entende-se uma decorrência necessária do próprio regime republicano, pois “a extensão territorial dos Estados há de requerer, com maior ou menor intensidade, um tipo de regime político que melhor assegure a proximidade entre governantes e governados” (2011, p. 16 e 17).

O princípio Federativo influencia no exercício da competência tributária dos entes políticos, os quais, por se encontrarem em uma situação de isonomia, não podem invadir a esfera de competência tributária devidamente delineada pela Constituição Federal, conforme previsto nos

arts. 153 à 156, muito menos podem ser instituídos tratamentos tributários diferenciados para cada um deles, que crie preferências em favor de um em detrimento a outro, uma vez que não se encontram sujeitos a hierarquia alguma entre si.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, é uma evolução do Estado de Direito. De acordo com CARRAZZA (2019, p. 322 e 323):

O Estado Democrático de Direito é uma garantia à liberdade; além de impor limites à atuação estatal, confere às pessoas a titularidade de direitos públicos subjetivos e, portanto, de posições jurídicas ativas que podem ocupar nos eventuais confrontos que venham a ter a autoridade pública e, mesmo, com outros particulares. [...] Daí dizer-se que 'Estado Democrático de Direito' é aquele que, tanto quanto os particulares, respeita as leis e as decisões judiciais. [...] É preciso, ainda, que as leis sejam votadas por Parlamentos livres (onde todas as correntes da opinião pública estejam representadas) e que o Poder Judiciário seja composto por juízes independentes, que não temam contrariar, com suas decisões, os interesses do Estado.

A tributação pautada no Estado Democrático de Direito, ao exigir de todos, inclusive dos governantes, que estejam submetidos à lei e à jurisdição imparcial, impõe à atuação estatal limites pré-estabelecidos, limites estes consistentes não apenas na competência tributária em virtude do princípio federativo, mas também no respeito às liberdades dos indivíduos.

Assim, todo o conjunto de direitos que consistem em limitações do poder de tributar do Estado face ao contribuinte, seja por meio de competências tributárias ou por proibição do ente político de adentrar nas esferas de direitos e liberdades individuais, restringindo-os ou eliminando-os por completo, denomina-se "Estatuto do Contribuinte".

CARRAZZA (2019, p. 341) se utiliza das palavras de Paulo de Barros Carvalho para explicar a definição de Estatuto do Contribuinte:

Define-se o estatuto do contribuinte, ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre matéria tributária, que, positiva ou negativamente, estipulam direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões do Estado (aqui utilizado na sua acepção mais ampla e abrangente – entidade tributante). E quaisquer desses direitos, deveres e obrigações, porventura encontrados em outros níveis da escala jurídico-normativa, terão de achar respaldo de validade naqueles imperativos supremos, sob pena de flagrante injuricidade.

Deste modo, a atividade arrecadatória que respeita o estatuto do contribuinte, que consiste nas mais diversas limitações impostas ao Estado, com o objetivo de preservar os direitos

fundamentais dos indivíduos, relativos às liberdades subjetivas, efetiva assim o Estado Democrático de Direito, uma vez que o Estado se coloca abaixo da Constituição Federal, ao lado de todos os contribuintes, e sujeito ao controle do Poder Judiciário naquilo em que exceder.

Diante do exposto, constata-se que o princípio republicano-federativo impõe limites à atuação estatal por meio do respeito à finalidade da arrecadação (proteção e manutenção da coisa pública, pertencente a todos, que pode ser a promoção da saúde, da educação, obras públicas, etc.), respeito às competências tributárias estritamente delineadas na Constituição Federal e respeito também às liberdades e garantias individuais, que não podem ser restringidas ou tolhidas integralmente por meio da tributação. Tais limitações consistem, como um todo, em um verdadeiro Estatuto do Contribuinte.

## **2. ESTATUTO DO CONTRIBUINTE: O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA DO CONTRIBUINTE**

Como visto, com o advento do Estado Democrático de Direito, por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, a democracia não reflete seus efeitos somente na investidura de cargo político por meio do direito ao voto, mas também na forma de administração da *res publica*, que deve ser voltada para os interesses da população e na defesa de seus direitos.

Por esse motivo, a atividade tributária, na República Federativa brasileira, deve ser exercida de modo a respeitar o Estatuto do Contribuinte, consistente nas limitações impostas à autoridade tributante na Constituição Federal como proteção às liberdades e garantias individuais dos contribuintes, o que implica numa relação de igualdade entre estes e o fisco, sendo ambos sujeitos de deveres e obrigações, deixando-se de lado a ideia de subordinação, em benefício da ideia de igualdade.

Sendo assim, plenamente cabível, em uma República Federativa, a adoção de mecanismos que sujeitem o poder administrativo à avaliação do público e aproximem a Administração Pública da coletividade, não bastando, portanto, uma mera visão formal da democracia (MESSA, 2019). Neste momento, pode-se então falar no princípio da transparência, que consiste, com as palavras de MESSA (2019, p. 109):

[...] forma de solucionar o distanciamento entre o interesse dos cidadãos e as decisões dos governantes, pela superação da suficiência da democracia formal limitada às formalidades procedimentais para escolha dos políticos, com a instalação da democracia material que exige novos instrumentos de participação nas políticas e nos controles públicos.

O princípio da transparência rege a atividade da Administração Pública no sentido de conduzir a atuação dos agentes públicos de uma forma mais próxima com a sociedade. A atuação administrativa deve ser visível, aberta, simplificada e concretizadora do princípio da cidadania, motivo pelo qual afirma-se que é um subprincípio do Estado Democrático de Direito, e também decorrência do princípio republicano, já que todo cidadão tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (MESSA, 2019).

Por consequência, o princípio da transparência, ao permitir ao cidadão acesso à atuação da Administração Pública, viabiliza o princípio da segurança jurídica, na medida em que propicia o controle dos atos que são praticados, visando preservar a lisura na gestão da coisa pública e a possibilidade de previsão das consequências, caso algum agente público tenha a intenção de fazer prevalecer o seu interesse particular em detrimento do interesse público, o que irradia efeitos até mesmo na relação entre Fisco e contribuinte.

O princípio da segurança jurídica, por sua vez, reside na previsibilidade da atuação estatal, por meio do conhecimento das regras as quais toda a sociedade se encontra sujeita, permitindo assim um certo grau de ordem nas relações jurídicas que se instauram, o qual concede um terreno seguro para o desenvolvimento da sociedade.

De acordo com CARRAZZA (2019), é um implícito na Constituição Federal de 1988, mas presente no preâmbulo, que visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas, vetando assim a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais que frustrem a confiança que depositam no Poder Público.

Deste modo, podemos concluir que o princípio da transparência, ao permitir ao cidadão acesso à atuação da Administração Pública, viabiliza a segurança jurídica na medida em que propicia o controle dos atos que são praticados, visando preservar a lisura na gestão da coisa pública e a possibilidade de previsão das consequências, caso algum agente público tenha a intenção de fazer prevalecer o seu interesse particular em detrimento do interesse público, o que irradia efeitos até mesmo na relação entre fisco e contribuinte.

Do princípio da segurança jurídica deriva o princípio à proteção da confiança do contribuinte, o qual diz respeito aos sentimentos de convívio em sociedade do cidadão, consistente na promoção da sensação de bem-estar, no sentido de planejar determinada conduta sem ser censurado, por poder planejar dentro dos ditames legais.

Enquanto a segurança jurídica garante a inviolabilidade dos direitos e garantias positivados, impedindo que o Estado tome condutas arbitrárias, a proteção à confiança garante a promoção do bem-estar social, permitindo aos indivíduos certo grau de pacificidade em suas relações, por se sentirem amparados pela existência de leis que protegem suas liberdades.

Com as palavras do professor CARRAZZA, o princípio da proteção da confiança, aplicada ao Direito Tributário, “permite que as pessoas planejem e organizem sua vida e seus negócios de acordo com as leis em vigor, cientes de que não serão surpreendidas por atos arbitrários, que venham a modificar ou revogar suas expectativas legítimas” (2019, p. 346).

MESSA (2019, p. 152), quanto à relação entre o princípio da transparência e o princípio da proteção à confiança, assim explica:

Assim, a obrigação da transparência está estreitamente ligada à base legitimadora da formação da confiança, uma vez que essa formação deve

possuir elementos para que se possa obter a credibilidade dos cidadãos: a) elemento cognitivo: é conhecer os atributos da gestão pública; b) elemento comportamental: é o agir administrativo aberto às perspectivas informativas e participativas, e que levante o véu do sigilo à sociedade.

Deste modo, o princípio da proteção à confiança do contribuinte, aspecto subjetivo da segurança jurídica que diz respeito ao crédito, à fé da sociedade com relação às instituições estatais existentes na proteção de seus direitos, bem como numa atuação legítima que não vai embaraçar injustamente os planos de vida traçados pelos indivíduos, deve ser promovido por meio do acesso ao conhecimento ao público de como se dá a gestão pública, de modo a convidar os cidadãos que colaborem para a preservação do bom funcionamento da máquina estatal.

Sendo assim, na medida em que o Estatuto do Contribuinte consiste nos direitos e garantias dos indivíduos face ao poder de tributar do Estado, com o objetivo de tornar a relação tributária mais igualitária, sujeitando ambas as partes a direitos e deveres, pode-se concluir que, ao lado do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança do contribuinte, temos também o princípio da transparência como integrante do rol de direitos do contribuinte e dever da Administração Pública.

O acesso do cidadão à forma de atuação da Administração Pública implica na previsibilidade das consequências que suas atitudes irão acarretar, bem como na confiança que o cidadão depositará no desempenho das instituições públicas, de modo a inibir atos fraudulentos e colaborar com a lisura nas tratativas comerciais.

### **3. CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Por corrupção, entende-se ato aniquilador da democracia, que prejudica a boa gestão da *res publica* por meio de atos violadores da confiança da população nas instituições estatais, praticados em favor de benefícios individuais e em detrimento do melhor interesse da sociedade.

Em uma República, a gestão do governo deve se dar no interesse do bem coletivo, da satisfação dos interesses públicos. Em um Estado Democrático de Direito todos se sujeitam à lei e a uma jurisdição imparcial. No entanto, a corrupção corrompe a conduta tanto dos governantes quanto dos particulares, na medida em que há um conluio para impossibilitar a realização de determinado bem coletivo, em detrimento de algum benefício próprio, sem sofrer qualquer tipo de consequências legais.

De acordo com ABREU (2017), a corrupção consiste na destruição ou degradação de um dos valores sociais mais caros: a ética. A ética, por sua vez, consiste em um valor social que representa o bem de toda a sociedade. Explica o referido autor que “a realização do bem para toda a coletividade permite identificar a ética como valor social. No entanto, a corrupção irá degradar a ética e impossibilitará a realização do bem coletivo” (2017, p. 22).

MESSA (2019) ensina que, no Brasil, a corrupção na Administração Pública se revela, de uma maneira geral, no pagamento de propina para realização de atividades administrativas, sendo

este o principal meio para que entidades públicas e privadas façam prevalecer os seus interesses em detrimento da valorização do bem comum, da boa administração e de valores éticos.

Tal conduta pode ser plenamente verificada no plano da Administração Tributária, na hipótese em que o particular oferece algum tipo de vantagem ao agente fiscal para evitar determinadas consequências de alguma fiscalização. Assim explica ABREU (2017, p. 150):

[...] no âmbito do direito tributário, a relação corruptiva é uma relação factual e tem por sujeito ativo o particular corruptor (contribuinte ou responsável tributário), visando um interesse ilícito, enquanto que o sujeito passivo será o agente público corrupto beneficiário de vantagem igualmente ilícita, ao passo de que o objeto de tal vínculo será a lesão à administração pública: o crédito tributário e/ou multa e juros (sanções).

Podemos acrescentar à definição do autor a hipótese de corrupção na Administração Tributária em que o próprio agente fiscal exige do particular alguma vantagem para que não pratique atos de fiscalização, como o pagamento de alguma quantia para evitar o lançamento de algum tributo ou multa, situação em que o sujeito ativo será o agente público, enquanto que o sujeito passivo será o contribuinte ou o responsável tributário, porém o vínculo será o mesmo: o dano à Administração, impedindo o surgimento do crédito tributário, da multa e dos juros.

Tanto é assim que a Lei nº 8.137/90 – Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, estabelece em seu art. 3º, inc. II:

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária [...]:

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Outros atos de corrupção contra a Administração Pública podem ser encontrados art. 5º, incs. I, II, III e V, da Lei nº 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção, que assim estabelece:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:



I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

[...]

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Conforme explica ABREU (2017, p. 148), o inc. I do dispositivo acima transcrito pode ser aplicado nas seguintes situações exemplificativas:

a) omissão administrativa quanto à formalização de crédito tributário e/ou imposição de penalidades; b) homologação ou formalização de crédito tributário e/ou de sanção em valores inferiores ao legalmente fixado; c) adoção de classificação fiscal relativa a produto ou mercadoria em conflito com a denominação legal, pretendendo a incidência de alíquota menor; d) prolação de decisão em sede de processo administrativo tributário que declare a insubsistência, total ou parcial, de lançamento tributário e de auto de infração, ou ainda a reforma total, ou parcial, de decisão administrativa anteriormente proferida; e outras hipóteses que venham a prejudicar o direito do Estado ao crédito tributário ou à imposição de penalidades em sua integralidade.

Explica ainda o autor que o ato infracional descrito no inc. II possui íntima relação com o inc. I, na medida em que, uma vez que o particular promete, oferece ou concede vantagem indevida a agente público para inviabilizar a exigência de determinada obrigação tributária, está assim fomentando a prática de atos ilícitos contra a Administração Tributária.

A previsão do inc. III também se relaciona com os incisos anteriores, tendo em vista que os sujeitos envolvidos no ato de corrupção podem se utilizar de uma terceira pessoa, física ou jurídica, para acobertar o pagamento da vantagem ilícita que fomenta a prática de atos corruptivos, além de criar embaraços e dificuldades para o sucesso da fiscalização dos órgãos públicos controladores, situação esta que, por sua vez, recai no inc. V. Sendo assim, um único ato de corrupção no âmbito da Administração Tributária pode recair em todas as condutas previstas nos incisos indicados (ABREU, 2017).

Deste modo, os atos de corrupção na Administração Tributária podem partir tanto do agente público quanto do agente particular, por meio do oferecimento de vantagens – sendo, a mais comum, a vantagem econômica, também denominada de propina – em detrimento da constituição do crédito tributário, integral ou parcialmente, o que gera prejuízos à sociedade.

Tais prejuízos podem ser econômicos, tendo em vista que o montante que deixa de ser arrecado prejudica a prestação de serviços públicos, como escolas, hospitais, creches, etc., o que promove a preocupação do Estado em tornar mais difícil a prática de evasão fiscal e regular cada vez mais a atividade desenvolvida pelo contribuinte para aferição de sua regularidade, mas também podem ser sociais, uma vez que a popularização da prática de atos corruptos retira da sociedade a confiança nas instituições estatais, cujos agentes deveriam atuar em prol do interesse público, mas sobrepõem os seus interesses particulares face à ordem jurídica.

#### **4.O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

O *compliance* tem origem no cenário internacional, como um mecanismo de gestão pública e governança que proporciona uma abertura de diálogo entre Fisco e contribuinte. Constitui-se como uma medida preventiva, adotada no acompanhamento do desenvolvimento de determinada atividade econômica, anterior à incidência do tributo, que proporciona a segurança jurídica e a transparência no âmbito tributário nas atividades comerciais.

Estimula, portanto, uma relação de confiança entre fisco e contribuinte, tendo em vista que pressupõe uma predisposição à atos cooperativos, com o objetivo de se alcançar um bem comum, que é correta aplicação da legislação tributária, sem arbítrios, excessos ou artifícios evasivos.

O surgimento de referido mecanismo se deu com o avanço da economia digital, em que o Estado se viu ameaçado de encontrar, fisicamente, a localização jurisdicional das receitas para fins de tributação, além de se constatar que a fiscalização realizada posteriormente às operações comerciais revela-se custosa e prolongada, sendo necessário um acompanhamento anterior ao acontecimento do fato gerador para a diminuição de riscos, seja por meio de erro ou fraude.

Com as palavras de ABREU (2017, p. 169):

[...] a adoção e a aplicação do regime de conformidade ou "*compliance*" em relação ao direito tributário implicarão ao sujeito passivo o dever de observar a legislação tributária, e cumprir, prontamente, a respectiva obrigação e os deveres instrumentais (obrigações acessórias, na linguagem do CTN).

Ao proporcionar assim um ambiente favorável na sociedade para o desenvolvimento nacional, o *compliance* reduz as chances de haver alguma omissão, seja por erro ou por dolo, no recolhimento das obrigações tributárias.

Ainda, o acompanhamento em momento anterior do desenvolvimento da atividade, para assegurar a conformidade com a legislação tributária, impede a prática de atos corruptos, tanto

por parte dos contribuintes como por parte dos agentes fiscais, colaborando assim para uma atuação mais ética da Administração Pública, em busca da satisfação dos interesses públicos.

ALMEIDA (2017) explica que a atividade de fiscalização realizada em momento anterior ao fato gerador, em busca de uma conformidade com a legislação tributária antes mesmo do início da atividade empresarial, ocorre por meio de um diálogo aberto, instrutivo e esclarecedor, através do qual a empresa planeja, delibera e decide, promovendo assim a credibilidade na atuação do fisco.

MESSA (2019), nesse sentido, defende que a comunicação dialógica entre Administração Pública e o cidadão promove a legitimidade administrativa e a responsabilização por meio de um controle social permanente. De acordo com a referida autora (2019, p. 223 e 224):

Na conexão dos princípios democráticos e sociais formulada na proposta habermasiana, a gestão pública deve ser um ambiente de trocar comunicativas entre a Administração Pública e a sociedade, no qual prevaleça o diálogo pela garantia da participação e do controle social nas políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais, em atendimento às demandas dos diversos grupos sociais. [...]

A administração deliberativa fundamentada na comunicação pública dialógica fornece ao Estado Democrático (e social) do Direito [...] uma dimensão inclusiva, 'com uma comunicação eminentemente democrática, caracterizada pela interação social e pela manutenção de um fluxo de informações pertinentes, confiáveis, inteligíveis, tempestivas e vinculadas a temas de interesse coletivo, no sentido de tornar a Administração Pública mais permeável às demandas existentes na sociedade.

Deste modo, depreende-se que o *compliance*, aplicado ao Direito Tributário, revela-se importante instrumento no combate à corrupção, evitando o oferecimento ou a exigência do pagamento de propinas com o objetivo de evitar a lavratura de autos de infração, ou a obtenção de decisão administrativa positiva ao contribuinte, dentre outras várias formas que pode se configurar a depender do caso concreto.

Promove, assim, a abertura de diálogo entre Fisco e cidadão antes mesmo da ocorrência do fato gerador, permitindo assim o acompanhamento da Administração Tributária no processo de instauração das relações jurídicas, previamente à sua consumação.

Logo, por meio dessa nova postura dialógica entre Fisco e cidadão, promove-se a segurança jurídica e a proteção da confiança do contribuinte, na medida em que um estará ajudando o outro na consecução de seus objetivos.

De um lado, o Fisco estará ajudando o contribuinte a exercer sua atividade, dentro das exigências legais, diminuindo os riscos de vir a sofrer qualquer tipo de sanção fiscal posteriormente, enquanto o contribuinte estará ajudando o Fisco na devida arrecadação tributária, pagando aquilo

que é efetivamente devido, sem deficiências e sem excessos. Ambas as partes terão a segurança e a confiança de que o desenvolvimento empresarial estará em conformidade com a lei.

## 5. O PROJETO CONFIA DA RECEITA FEDERAL

Foi publicado no Diário Oficial da União, no dia 20/04/2021, a Portaria da Receita Federal do Brasil – RFB nº 28, de 15 de abril de 2021, que, em seu art. 1º, *caput*, institui o Comitê Gestor responsável pela definição das diretrizes para a criação e o funcionamento do Programa de Conformidade Cooperativa Fiscal (Confia) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

Em seus parágrafos, assim dispõe o referido ato administrativo:

§ 1º Compreende-se por conformidade cooperativa o relacionamento aprimorado entre a administração tributária e os contribuintes, caracterizado pela cooperação, pela prestação de serviços para prevenção de inconformidades e pela transparência em troca de segurança jurídica.

§ 2º A conformidade cooperativa tem como base a confiança, justificada por uma estrutura de governança corporativa tributária, de controle fiscal e gestão de riscos nos contribuintes, e tem por objetivo promover benefícios para a administração tributária, os contribuintes e a sociedade, com manutenção da isonomia de tratamento tributário entre os contribuintes.

Nota-se, portanto, que se trata de um projeto da Receita Federal que visa estabelecer um regime de *compliance* entre o Fisco e cidadão, pautado nos princípios da proteção da confiança do contribuinte e da segurança jurídica, com o objetivo de prevenir inconformidades por meio do diálogo transparente (que seria a prestação de serviços oferecida pela Receita Federal).

Trata-se de um marco no sistema tributário federal que ainda se encontra em fase de desenho do modelo e de seus elementos constitutivos (código de boas práticas tributárias, marco de controle fiscal e/ou termo de adesão, dentre outros), enquanto, em outros Estados, já foram adotadas medidas para instauração de programa de conformidade fiscal, como é o caso do Estado de São Paulo, por meio da edição da Lei Complementar nº 1.320/18.

A Receita Federal define Conformidade Cooperativa como um tipo de relacionamento entre empresas e administrações tributárias, com diálogo e ganhos mútuos, mantendo a igualdade de tratamento tributário entre contribuintes, baseada na transparência, na segurança jurídica e na cooperação.

Aponta, como ganhos da empresa aderente ao regime de Conformidade Cooperativa: (i) a previsibilidade e legítima expectativa de que não haverá mudanças imprevisíveis de posição da Administração Tributária em relação a estratégias e procedimentos fiscais, por meio de uma abordagem preventiva dos riscos; (ii) a relação transparente e de confiança com a Administração Tributária, com um canal personalizado e qualificado de comunicação, que conhece o mercado e o segmento empresarial; e (iii) a redução da aplicação de penalidades.

Já os ganhos da Administração Tributária, de acordo com a Receita Federal, são: (i) a redução de erros e divergências na interpretação e aplicação da legislação tributária; (ii) redirecionamento de recursos para a inovação, melhora contínua, gerenciamento de riscos e combate à fraude; e (iii) melhor satisfação do contribuinte.

Os ganhos da sociedade, por sua vez, consistem: (i) na redução da litigiosidade tributária, por meio de uma abordagem preventiva que aumenta a eficiência do sistema tributário e melhora a alocação de recursos públicos; (ii) a melhoria no ambiente de negócios, o que atrai investimentos e movimentação a economia; e (iii) promoção da justiça fiscal, evitando assim a concorrência desleal e permitindo que o Estado promova suas políticas públicas.

Ainda que seja um projeto que está em fase de alinhamento, é importante para os contribuintes brasileiros que haja uma boa perspectiva para o futuro da Administração Tributária brasileira, uma vez que é necessário que o Estado procure novas alternativas de solução de conflitos, que não sejam apenas por meio da litigância administrativa ou judicial, as quais não se revelam suficientes para resolver a guerra que – indevidamente – se instalou entre o Fisco e os contribuintes.

Indevidamente porque, conforme já abordado, a busca por uma nação melhor não é objetivo apenas do Estado – os contribuintes também devem batalhar por um ambiente mais seguro, propício para o desenvolvimento de seus negócios, que possibilite a evolução da sociedade. Por este motivo, Fisco e contribuinte devem estar unidos, não serem inimigos, e, para tanto, imperioso que a ética, a transparência e o diálogo sejam o centro da nova relação a ser instaurada.

Verdade é que a mudança na postura das tratativas fiscais é um processo demorado, de erros e acertos, que exige uma evolução cultural não somente dos agentes públicos a serviços da Administração, mas também de toda sociedade. No entanto, é um projeto que envolve benefícios para todos os envolvidos e, quanto mais tempo demora para ser iniciado, mais tempo a sociedade e a economia ficarão presas em problemas que retardam o aperfeiçoamento e o progresso tanto da iniciativa privada quanto de políticas públicas.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Foi inicialmente exposto que, nos termos da Constituição Federal de 1988, o Brasil é uma República Federativa e Estado Democrático de Direito. Por República Federativa, entende-se a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, na qual o poder é exercido pelo povo por meio do voto, enquanto os governantes são representantes que devem gerir os assuntos públicos no melhor interesse da população.

Por Estado Democrático de Direito, entende-se que todos aqueles localizados em território nacional estão sujeitos à lei e a uma jurisdição imparcial, para a preservação e garantia dos direitos individuais previstos no texto constitucional, impedindo assim que arbítrios e excessos sejam cometidos tanto pelos governantes quanto pelos governados.

A consequência de tais premissas, no ramo do Direito Tributário, consiste em que a atividade arrecadatória deve ser realizada em função do interesse público, para a preservação da organização social e satisfação de direitos da população. Por outro lado, a arrecadação também não pode ferir os direitos individuais dos cidadãos, estando o Fisco, portanto, sujeito a uma série de limites constitucionais.

Denomina-se como Estatuto do Contribuinte todo o conjunto de direitos consistentes em limitações do poder de tributar do Estado, seja por meio de competências tributárias ou por proibição do ente político de adentrar nas esferas de direitos e liberdades individuais.

Dentre o rol desses direitos – rol este que não é taxativo, podendo sempre surgir novos direitos a serem protegidos –, encontramos o princípio implícito da transparência na atuação da Administração Pública, subprincípio do Estado Democrático de Direito e decorrência do princípio republicano, que exige a atuação administrativa de forma mais aberta, dialógica e próxima da população, como uma forma de proteção do interesse público na medida em que permite maior controle da atuação estatal.

O princípio da transparência, por este motivo, deve ser conjugado ao princípio da segurança jurídica (previsibilidade da atuação estatal por meio de um forte sistema positivo) e da proteção da confiança do contribuinte (aspecto subjetivo da segurança jurídica, consistente no sentimento do cidadão quanto à segurança em planejar sua vida, sabendo das consequências de suas atitudes podem gerar), tendo em vista que uma atuação administrativa mais próxima do povo gera credibilidade nas instituições públicas, por conceder a possibilidade dos indivíduos participarem ativamente do controle da gestão da *res publica*.

A corrupção na Administração Pública, por outro lado, consiste em uma degradação da ética na gestão pública, no qual o interesse de particulares se sobrepõe ao bem comum, o que representa uma ameaça à democracia, na medida em que a população perde a confiança em seus gestores públicos.

No âmbito do Direito Tributário, a corrupção pode se configurar no oferecimento, por parte de particulares, ou na exigência, por parte de agentes públicos, de vantagens indevidas para impedir o surgimento de crédito tributário ou penalidades administrativas, o que prejudica a sociedade não somente pela falta de prestígio que gera em torno da confiança das instituições estatais, mas também pelo dinheiro que deixa de ser arrecadado e investido no melhor interesse da população.

A transparência, desta forma, serve para combater a corrupção, protegendo a segurança jurídica e a confiança do contribuinte, na medida em que, quanto mais aberta a Administração Tributária for aos contribuintes, permitindo o controle social da atuação dos agentes públicos, menores são as chances da ética ser violada, pois os sujeitos ativos restarão mais temerosos em serem pegos cometendo atos ilícitos e sofrer as graves consequências civis, penais e administrativas.



O *compliance* surgiu no cenário internacional ante a constatação de que a fiscalização em momento posterior é sempre mais onerosa e lenta, e que coloca os contribuintes em pé de guerra com os Estados, contribuindo para o aumento da corrupção por meio do oferecimento de vantagens indevidas com o fim de afastar obrigações tributárias.

Consiste, então, em uma forma de governança empresarial e de gestão pública baseada na confiança recíproca, na cooperação entre as partes, exigindo que tanto o fisco quanto o contribuinte sejam transparentes em suas tratativas, em que o ato de fiscalização não se dará após a ocorrência do fato gerador, mas sim será substituído pela proximidade da Administração Pública no processo de desenvolvimento empresarial, permitindo assim que a atividade dê início já dentro dos conformes da lei, evitando os riscos do empresário ser surpreendido com notificações ou autuações fiscais cobrando tributos, multas e juros.

Concluimos, assim, que o *compliance* é instrumento totalmente alinhado ao princípio republicano-federativo, que visa promover a regularidade dos contribuintes e, com isso, potencializar a atividade arrecadatória, respeitando os limites e os direitos individuais positivados e estabelecendo uma atuação administrativa democrática. Nesse sentido, a Receita Federal está desenvolvendo o Programa de Conformidade Cooperativa Fiscal (Confia), que visa estabelecer, gradativamente, essa nova forma de relacionamento mais próximo e igualitário entre contribuinte e agentes fiscais, promovendo assim os direitos previstos no Estatuto do Contribuinte.

Isso porque, por meio do Confia, o princípio da segurança jurídica poderá ser efetivado de maneira mais clara e frequente no dia a dia das pessoas jurídicas, uma vez que o relacionamento mais próximo entre fisco e contribuinte impedirá assim surpresas com eventuais mudanças no posicionamento da Administração Pública.

Desde o início, terá o contribuinte o acompanhamento de autoridades treinadas para o correto direcionamento fiscal das tratativas empresariais, sem causar obstáculos indevidos ou exigências impertinentes, de modo a aumentar a confiança de que os cidadãos brasileiros terão nas posturas e diligências adotadas pela Receita Federal.

Ainda, o programa Confia terá o condão de impedir a ocorrência de atos corruptos justamente por meio do exercício do princípio da transparência, ao exigir lisura na tratativa a ser estabelecida, obstando assim oferecimentos de vantagens indevidas em benefício de vantagens meramente individuais, uma vez que, para a promoção do bem público, não se deve exigir honestidade apenas de um lado das tratativas, mas sim de toda a sociedade, para o atingimento dos objetivos traçados pela nossa Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Cláudio de. **Lei Anticorrupção aplicada ao Direito Tributário**. Curitiba: Juruá, 2017.

ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Compliance Cooperativo: Uma Nova Realidade entre Administração Tributária e Contribuintes**. Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 02, 2017.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Cartilha Conformidade Cooperativa**. Receita Federal, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/confia/outros-materiais-confia/cartilha-conformidade-cooperativa>. Acesso em 22 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 22 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *In: Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.137/90 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *In: Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm). Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Receita Federal cria comitê responsável pela gestão do Programa Confiá**. Receita Federal, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2021/abril/receita-federal-cria-comite-responsavel-pela-gestao-do-programa-confia>. Acesso em: 22 fev. 2022.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

MESSA, Ana Flávia. **Transparência, Compliance e Práticas Anticorrupção na Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2019.

SÃO PAULO. Lei Complementar nº 1.320 de 06 de abril de 2018. Institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária – “Nos Conformes”, define princípios para o relacionamento entre os contribuintes e o Estado de São Paulo e estabelece regras de conformidade tributária. *In: Diário Oficial – Executivo*, São Paulo, SP, 07 abr. 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2018/lei.complementar-1320-06.04.2018.html>. Acesso em: 22 fev. 2022.

## **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: PANORAMA DO MUNDO JURÍDICO PÓS-PANDÊMICO**

**THAMARA DE SOUSA SANTARÉM:**

Bacharelada em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG.

ADRIANO DE OLIVEIRA RESENDE<sup>40</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo teve por objetivo analisar as aplicações de Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro que foi regulamentada pela Resolução Nº 332 de 21/08/2020 do Conselho Nacional de Justiça. A importância da consolidação dessas inovações tecnológicas durante/pós pandemia de Covid-19 e seu consequente impacto no cenário jurídico e social. Apresentar através de uma abordagem teórica e reflexiva discussões relevantes sobre os limites e possibilidades da relação entre Direito e Inteligência Artificial. Na metodologia foi realizado um estudo documental baseado nas bases de dados periódicos, Google Acadêmico e Scielo, cujo recorte temporal se deu entre os anos de 2017 a 2021. Nos resultados constatou-se que o uso de tais ferramentas tecnológicas concede ao sistema jurídico uma maior eficiência e um menor custo potencializando até mesmo na atuação do profissional do direito e na prestação jurisdicional.

**Palavras-chave:** Inteligência Artificial. Pandemia. Poder Judiciário.

**ABSTRACT:** This article aimed to analyze the applications of Artificial Intelligence in the Brazilian Judiciary that was regulated by Resolution No. 332 of 08/21/2020 of the National Council of Justice. The importance of consolidating these technological innovations during/after the Covid-19 pandemic and its consequent impact on the legal and social scenario. Present, through a theoretical and reflective approach, relevant discussions about the limits and possibilities of the relationship between Law and Artificial Intelligence. In the methodology, a documentary study was carried out based on the periodic databases, Google Scholar and Scielo, whose time frame was between the years 2017 to 2021. In the results it was found that the use of such technological tools grants the legal system greater efficiency and a lower cost, enhancing even the performance of the legal professional and the judicial provision.

**Keywords:** Artificial intelligence. Pandemic. Judicial power.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Resultados e Discussões 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

### **1. INTRODUÇÃO**

---

<sup>40</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

Durante a história da sociedade, houve muitas mudanças sociais, destacando-se as revoluções industriais, que serviram, entre outras funções, escalar a produção em massa de bens de consumo. Com a Revolução Industrial, teve-se um avanço no mercado de trabalho e principalmente na relação entre o trabalhador e uma empresa.

Nesse cenário, as indústrias se tornaram mais produtivas e eficientes ao passo que o trabalho do homem começou a ser substituído pelas máquinas. A título de exemplo, inicialmente as máquinas eram a vapor, em seguida eram movidas pelo petróleo e, por fim, pela energia elétrica. A Terceira Revolução Industrial inovou no sentido de trazer a computação e automação, o que diminuiu cada vez mais o papel do trabalhador.

Atualmente, encontra-se a Quarta Revolução Industrial, ou também chamada Indústria 4.0. Essa trouxe novamente outra mudança: agora encontra-se a inteligência artificial e o *machine learning*.

Apesar desses avanços, Peixoto e Silva (2019) acentuam que há um equívoco comum que entende que a inteligência artificial só é aplicada em máquinas de produção industrial. Cabe lembrar que a Inteligência Artificial (IA) é uma tecnologia que permite a sistemas e máquinas simularem o pensamento humano. Assim os robôs com capacidade de perceber e resolver problemas, tomando decisões de maneira independente são o tema central a respeito desse assunto.

Nunes e Marques (2018) explicam que o significado de “robô” na IA não se limita a máquinas que imitam o corpo de um indivíduo, mas pode ser um programa de computador com algoritmos que o fazem desempenhar tarefas de modo semelhante a uma pessoa.

Para que seja possível compreender o grau de influência da inteligência artificial (IA) no mundo jurídico, é necessário, de exórdio, vislumbrar o contexto histórico do surgimento da IA e sua adição ao cotidiano da coletividade. (HAYKIN, 2017).

A inteligência artificial tem a sua origem muito antes da eletrônica, haja vista que sempre interessou ao ser humano a construção e o aperfeiçoamento de maquinários cada vez mais capazes e aptos a oferecer uma ampla gama de recursos; à vista disso, estudos das mais variadas áreas do conhecimento começaram a trilhar esse caminho, mais especificamente durante o período da Segunda Guerra Mundial, considerando a necessidade de desenvolvimento de tecnologia para incrementar a indústria bélica.

Nos idos de 1943, Warren McCulloch e Walter Pitts elucidaram um artigo de autoria própria que versava pela primeira vez acerca das redes neurais, compreendidas como estruturas de raciocínio artificiais apresentadas em um modelo matemático que buscava imitar o sistema nervoso humano. (HAYKIN, 2017)

Entende-se hodiernamente que Blaise Pascal teria sido, na verdade, o pioneiro no desenvolvimento do que ficou mundialmente conhecido como inteligência artificial, no instante

em que construiu uma máquina calculadora que era capaz de efetuar mecanicamente adições e subtrações, isto é, operações matemáticas simples, mas rebuscadas quando se trata de inteligência artificial rudimentar. (FORBES, 2016)

Gottfried Wilhelm Von Leibniz, por sua vez, foi o primeiro a atribuir a um maquinário a incrível capacidade de raciocinar – considerando que o pensamento, ao seu modo, é redutível ao cálculo, o que seria, por isso, o ponto de partida tido como precursor da inteligência artificial.

Por volta do ano de 1833, um sujeito chamado Lorde Charles Babbage apresentou à sociedade o seu invento, do qual muito se orgulhava: construiu uma máquina de calcular. Não era qualquer calculadora, haja vista que esta era capaz não só de executar individualmente as quatro operações aritméticas básicas, mas também tinha a capacidade de efetuar sequências impressionantes de operações variadas.

Sua mente foi capaz de conceber algo ainda mais ousado e sofisticado na primavera seguinte: um novo maquinário que tinha capacidade para, ao mesmo tempo, executar cálculos aritméticos com números indo-arábicos e proceder à manipulação de expressões formais, isto é, uma máquina profundamente analítica, em que pese não tenha logrado êxito em executar a ideia concebida. (HAYKIN, 2017)

No ano de 1988 o estudioso George Boole elevou ainda mais o que se entendia a partir do desenvolvimento da noção de inteligência artificial por meio da criação do que ficou conhecido como lógica booleana, esta que se baseava em estruturas algébricas que tinham o potencial de “captar propriedades essenciais” tanto dos operadores lógicos quanto dos conjuntos, ou ainda oferecem uma estrutura capaz de lidar com afirmações. (FORBES, 2016)

Os estudos acerca da inteligência artificial se iniciaram por volta dos anos de 1950, por meio do trabalho os cientistas Hebert Simon e Allen Newell, estes que foram os pioneiros da criação do primeiro laboratório de inteligência artificial, que ocorreu na Universidade de Carnegie Mellon (EUA), tendo como objetivo comum a criação de um “ser” que fizesse a simulação da vida humana.

Em torno de 1950, o cientista britânico Alan Turing, hoje mundialmente conhecido, desenvolveu uma maneira de analisar se uma máquina tem a capacidade de se passar por um ser humano em uma conversa escrita, em língua inglesa, o que ele denominou de “Teste de Turing”, que originalmente ficaria conhecido como “Jogo da Imitação”. Este teste se baseava na premissa de que tanto uma pessoa quanto uma máquina são colocadas sob prova a fim de que um terceiro descubra se o que ali se encontra é um ser humano ou uma máquina, dispensando qualquer tipo de contato físico ou visual, o que existe é apenas o contato com as respostas dadas às perguntas que são formuladas por escrito. De acordo com os ensinamentos de Turing, uma máquina inteligente é aquela que tem a capacidade de se passar por inteligente diante dos olhos dos homens. (HAYKIN, 2017)

Em 1951, surgiu o SNARC, trata-se de uma calculadora de operações matemáticas que simula sinapses neurais, tendo sido desenvolvida por Marvin Minsky, que teve como preceptores ninguém mais ninguém menos que Warren McCulloch e Walter Pitts, estes que, como é sabido, foram os glosadores de um artigo sobre raciocínio artificial nos idos de 1943. Por volta do ano de

1952, o cientista Arthur Samuel desenvolveu um jogo de damas no IBM 701 (um computador científico comercial fabricado pela IBM que ficou conhecido na comunidade científica como “Calculadora de Defesa”), com a capacidade de evoluir por conta própria.

Durante a Conferência de Dartmouth, ocorrida nos idos de 1956, atribuiu-se a nomenclatura da área que há muito já vinha sendo desenvolvida, a tão já consagrada pela comunidade acadêmica: inteligência artificial. A conferência que teve como objeto esse estudo reuniu nomes como Nathan Rochester, da marca de computadores IBM, o Shannon, do artigo do xadrez, o Marvin, do SNARC, John McCarthy e outros grandes pioneiros e contribuintes do estudo e aperfeiçoamento da Inteligência Artificial. (HAYKIN, 2017)

O cientista John McCarthy, durante a conferência, atribuiu-lhe o nome inteligência artificial, definindo-a com a máxima do setor: “Cada aspecto de aprendizado ou outra forma de inteligência pode ser descrita de forma tão precisa que uma máquina pode ser criada para simular isso”.

A partir desse período se tornam perceptíveis quatro momentos na evolução histórica da inteligência artificial: I) existe a explosão de desenvolvimento da inteligência artificial, onde houve investimentos de órgãos privados e governamentais na área, incluindo-se aí a ARPA, Agência de Pesquisa de Projetos Avançados, onde se surgiu a internet; II) o segundo período tem início em 1966 onde a ALPAC, por via de um relatório redigido a pedido pelo Departamento de Estado norte-americano, abordando as diversas limitações que se passaria a verificar no processo de desenvolvimento da inteligência artificial, o que acarretou na redução de verbas, ficando conhecido como período da era fria da inteligência artificial, em que houve declínio no investimento da área; III) Em 1976 tem-se a era dos sistemas especialistas, o que alavancou ainda mais o processo de construção da inteligência artificial; IV) É a era Digital a qual vivemos atualmente, a inteligência artificial se desenvolve com proporções cada vez mais inimagináveis. (HAYKIN, 2017)

Estabelecendo o sentido da IA nesse cenário, fato é que o trabalho humano vem sendo cada vez menos relevante nas indústrias. Isso se refere principalmente pelo fato de que os computadores também realizam os trabalhos não braçais, como por exemplo, as pesquisas, o preenchimento de planilhas, revisões, etc.

Frente a esse contexto, o presente artigo teve como finalidade inicial apresentar os aspectos gerais a respeito da Inteligência Artificial. Para limitar essa temática, escolheu-se debater sobre essa tecnologia na área do Direito. Assim, essa pesquisa tem a seguinte problemática: qual o impacto da Inteligência Artificial no âmbito do Direito? Além desse questionamento, também foi discutido a influência da IA no cenário jurídico no período pandêmico, provocado desde fim de 2019 pela Covid-19.

Dessa forma, esse trabalho teve como objetivo analisar as vantagens e desvantagens da implementação de sistemas da IA no sistema judiciário brasileiro.

## **2. METODOLOGIA**



Este trabalho se trata de uma Revisão Sistemática da Literatura, de caráter qualitativo desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos, com desenvolvimento executado no período de julho a agosto de 2022.

Foram incluídos todos os artigos originais indexados a partir de 2017 até 2021, contendo dados qualitativos e quantitativos, que apresentaram coerência com a temática. Não se aplicou restrição por idiomas ou status de publicação.

Foram excluídos os artigos que se apresentaram fora do período da pesquisa e que não estavam diretamente relacionados com o tema. Os dados coletados foram analisados e apresentados na forma de texto descritivo, tabelas e gráficos, com o propósito de atender os objetivos da pesquisa, inferindo o que os diferentes autores ou especialistas escreveram sobre o tema.

Um levantamento de dados científicos foi realizado por meio de artigos relacionados ao objeto de estudo, que foram pesquisados em bases de dados bibliográficas, a partir de descritores que conduziram a pesquisa: o impacto da pandemia na agricultura familiar. As bases de dados consultadas foram SciELO (Scientific Electronic Library Online), Lilacs (Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde) e Google Acadêmico.

Os resultados foram apresentados e organizados através de tabelas que descreverão o título, os nomes dos autores e o ano em que o artigo foi publicado, o tipo de estudo e o objetivo. Para isso, foi utilizado o Microsoft Word para descrição dos resultados e discussão.

Foram empregados descritores como: Inteligência Artificial. Pandemia. Poder Judiciário. A busca resultou em 25 artigos, que após utilização dos critérios de inclusão e exclusão, restaram 16 artigos para análise, interpretação e discussão.

### 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os dados coletados por esse estudo se referem ao impacto da Inteligência Artificial no Direito brasileiro. Para melhor entendimento sobre os resultados encontrados, apresenta-se o Quadro 1; a saber:

**QUADRO 1** – Artigos analisados na revisão integrativa sobre a temática

TÍTULO	AUTORES (ANO)	TIPO DE ESTUDO	OBJETIVO
Proteção de Dados na Cultura do Algoritmo	ABRUSIO, Juliana (2020)	Revisão da Literatura	Analisar a proteção de dados pessoais no âmbito da Inteligência Artificial.

Impacto da inteligência artificial nos postos de trabalho em tempos de pandemia	AGUIAR, Wesley Henrique de Mello (2020)	Revisão da Literatura	Investigar o impacto da tecnologia nos campos de trabalho no período de pandemia.
Inteligência artificial e direito: questões éticas, críticas e constitucionais	CANTARINI, Paola. (2021)	Revisão da Literatura	Analisar temas afetos à inteligência artificial e ao direito digital, como no caso de controle de pandemias e decisões automatizadas.
Tribunais online: reflexos da pandemia ocasionada pela COVID-19 no âmbito dos juizados especiais cíveis e o retrato da inteligência artificial sob a ótica da ética de Perelman	CHEBILE, Jéssica Nayra Santos; CRUZ, Milena Pessoa (2021)	Revisão sistemática de Literatura	Analisar o uso da Inteligência Artificial nos Juizados Especiais Cíveis por meio do aprofundamento do estudo da Lei nº 13.994/20 que alterou em parte a Lei nº 9.099/95 e explicar como a pandemia ocasionada pela Covid-19 contribuiu para a implantação de novas tecnologias nos tribunais de forma urgente e muitas vezes desregrada.
A pandemia e seus reflexos jurídicos	CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (2020)	Revisão de Literatura	Analisar o impacto da pandemia provocada pela Covid-19 no âmbito jurídico brasileiro.
Direitos dos robôs, tomadas de decisões e escolhas morais: algumas considerações acerca da necessidade de regulamentação ética e jurídica da inteligência artificial	FELIPE, Bruno Farage da Costa. (2017)	Revisão de Literatura	Apontar a importância de normativa jurídica sobre o uso de robôs e demais aspectos da Inteligência Artificial no Brasil.

Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada	FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto. (2018)	Revisão sistemática da Literatura	Refletir sobre a aplicação da Inteligência Artificial ao Direito.
Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia – 2017	FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (2018)	Revisão da Literatura	Relacionar o uso da Tecnologia de Informação e Inteligência Artificial e o Direito Digital.
O Papel da Argumentação Jurídica para Compreender a Relação Entre IA e Direito	LOPES, Luis Felipe (2020)	Revisão sistemática e meta-análise da Literatura	Analisar a função da argumentação jurídica diante do cenário da Inteligência Artificial.
Inteligência artificial aplicada nos serviços públicos rumo ao desenvolvimento sustentável	MAKSYM, Cristina Borges Ribas (2021)	Revisão sistemática da Literatura	Analisar se o Estado brasileiro tem iniciativas de regulação dessa tecnologia, além de verificar as expectativas de sua aplicação nos serviços públicos.
Inteligência Artificial e Direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas	NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza (2018)	Revisão da Literatura	Discorrer sobre o funcionamento das ferramentas de inteligência artificial, em especial, sobre os algoritmos no cenário jurídico brasileiro.
Projeto Victor: relato do desenvolvimento da Inteligência Artificial na Repercussão Geral do	PEIXOTO, Fabiano Hartmann (2020)	Revisão da Literatura	Relatar o contexto e o desenvolvimento do Projeto Victor que visa a pesquisa e desenvolvimento de um sistema de inteligência artificial para aplicação nos fluxos de análise de

Supremo Tribunal Federal			repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.
Inteligência artificial e direito	PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da (2019)	Revisão da Literatura	Apresentar o conceito de Inteligência Artificial e relacioná-lo ao Direito.
Uso de técnicas de inteligência artificial para subsidiar ações de controle	SILVA, Luís André Dutra e (2017)	Revisão da Literatura	Avaliar a aplicação de técnicas de Inteligência Artificial nas ações de controle.
Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito	TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo (2018)	Revisão sistemática da Literatura	Examinar a utilização ascendente da Inteligência Artificial e os reflexos no sistema do direito.
Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas	VALENTINI, Romulo Soares (2020)	Revisão sistemática da Literatura	Analisar o impacto da juscibernética no trabalho de juristas e demais operadores do Direito no presente e futuro.

**Fonte:** Criado pela autora (2022)

No presente estudo foram analisados 16 artigos científicos que discorram a respeito do tema central proposto por esse trabalho. Considerando a amostra analisada, os resultados obtidos por esse estudo, foram apresentados separadamente no intuito de facilitar o entendimento dos mesmos.

Nos resultados encontrados por esse estudo, ficou claro que é majoritário o entendimento de que a Inteligência Artificial tem sido implantada ao cenário jurídico e que isso tem impactado positivamente essa área. Conforme aduz Nunes e Marques (2018) o uso de sistemas de inteligência artificial (IA) é crescente nos mais diversos ramos, em razão do aumento da eficiência e da precisão dos serviços por eles proporcionado. No Direito, vislumbra-se também esse fenômeno, com a

utilização das soluções das *lawtechs*, por exemplo, para otimização de serviços, principalmente no que concerne à litigância de massa.

A título de exemplo, Peixoto e Silva (2019) afirmam que a Inteligência Artificial já tem sido implantada no exterior. Esses autores citam por exemplo, que nos Estados Unidos, sistemas de inteligência artificial, como o Ross e o Watson, são utilizados por escritórios advocatícios para realizar pesquisas jurídicas, analisar documentos, redigir contratos e prever resultados. As vantagens do uso de tal tecnologia, que proporciona maior rapidez, precisão e qualidade na realização de trabalhos maçantes e repetitivos, têm feito com que cada vez mais escritórios invistam em sua utilização.

Ao citar quais as principais tecnologias legais disruptivas existentes, Valentini (2020) traz as seguintes: automação documental, conexão constante via Internet, mercados legais eletrônicos (medidores online de reputação, comparativos de preços e leilões de serviços), ensino online, consultoria legal online, plataformas jurídicas abertas, comunidades online colaborativas fechadas, automatização de trabalhos repetitivos e de projetos, conhecimento jurídico incorporado, resolução online de conflitos (Online Dispute Resolutions – ODR), análise automatizada de documentos, previsão de resultados de processos e respostas automáticas a dúvidas legais em linguagem natural.

No estudo de Tacca e Rocha (2018) verificou-se que os sistemas de IA trazem diversos benefícios à prática do Direito, especialmente em relação à automatização de atividades repetitivas, proporcionando maior agilidade e precisão em sua realização. Trata-se de mecanismo essencial, principalmente no quadro de litigância em massa e acúmulo de processos no Poder Judiciário que se nota no Brasil.

No entanto, apesar de se mostrar benéfico e de modo que não irá parar, a IA também tem gerado dúvidas na área. Felipe e Perrota (2018) em sua pesquisa apontaram que a Inteligência Artificial vem se impondo sem que os juristas se preocupem adequadamente com ele ou com geração apenas de um encantamento com os ganhos de eficiência e produtividade nas atividades a serem realizadas.

Além dessa questão, Lopes (2020) aponta que os algoritmos utilizados nas ferramentas de inteligência artificial são obscuros para a maior parte da população – algumas vezes até para seus programadores – o que os torna, de certa forma, inatacáveis. Em função disso, a atribuição de função decisória aos sistemas de inteligência artificial torna-se especialmente problemática no âmbito do Direito.

Nesse sentido, Silva (2017) entende que não se nega que a utilização de máquinas pode trazer diversos benefícios à prática jurídica; porém atribuir-lhes a função de tomar decisões, atuando de forma equivalente a um juiz, pode significar a ampliação ainda maior de desigualdades que permeiam o sistema Judiciário brasileiro, respaldando-o, ademais, com um decisionismo tecnológico.

De todo modo, no Brasil, a Inteligência Artificial já tem encontrado espaço no cenário jurídico. Como exemplo, Peixoto (2020) cita que o Supremo Tribunal Federal (STF) em 2018, em

parceira com Universidade de Brasília (UnB) anunciou a implementação da ferramenta Victor, cujo objetivo é o de ler os recursos extraordinários interpostos, identificando vinculações aos temas de repercussão geral, com a finalidade de aumentar a velocidade de tramitação.

Valentini (2020) cita que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), por exemplo, está desenvolvendo um sistema para indexação automática de processos, a fim de identificar com maior facilidade a existência de demandas repetitivas.<sup>7</sup> Do mesmo modo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), está elaborando um software que realizará a triagem automática de processos, bem como processamento de julgados envolvendo a questão jurídica para a sugestão de proposta de voto.

Ainda no espaço de exemplos, cabe citar a Finch Soluções (criada em 2013) que possui o foco em reduzir os custos por meio da tecnologia, braço tecnológico de controle do contencioso de massa do escritório de advocacia JBM & Mandaliti. Inicialmente destacando-se pela implementação de robôs de captura de informação, automação e gestão de processos no mundo jurídico, hoje a empresa busca atuar em diferentes setores da economia, de modo a fornecer soluções para incrementar resultados e inteligência de negócios dos demais clientes (FELIPE; PERROTA, 2018).

No estudo de Peixoto e Silva (2019) os autores citam a Looplex, que tem por mote principal a automação de documentos jurídicos, como petições e contratos, de modo a produzir mais, com maior qualidade e lançando mão do menor tempo e menor custo. Entre os serviços de IA oferecidos, há a busca por respostas jurídicas (pesquisa) e a confecção dos chamados *Smart Contracts*<sup>41</sup>.

Abrusio (2020) no seu estudo sobre as ferramentas de IA no ramo jurídico cita como exemplo a Justto, que alia a tecnologia à solução pacífica de litígios (arbitragem e negociação), sem que para tanto seja necessário o acesso ao Poder Judiciário; além de indicar estratégias para os casos concretos.

Cantarini (2021) por sua vez, faz menção as seguintes ferramentas: Juridoc (auxilia os seus clientes a criar uma série de documentos jurídicos sem a contratação de um advogado); a Dubbio (plataforma para o cidadão esclarecer as suas dúvidas jurídicas por meio da consulta de artigos e advogados online); o Juris Correspondente (plataforma que conecta advogado entre si) e o Meu Vade Mecum Online (plataforma que compila e organiza as leis no ambiente virtual).

Fernandes, Costa e Carvalho (2018) mencionam que no âmbito público, têm-se o Tribunal de Contas da União (TCU) que, desde o final de 2016, faz uso de três robôs - Alice, Sofia e Mônica, para identificação de fraudes em licitações públicas.

---

<sup>41</sup>Também chamados de contratos inteligentes, trata-se de qualquer contrato que seja capaz de ser executado ou de se fazer cumprir de forma independente. Os contratos inteligentes são escritos como códigos de programação que podem ser executados em uma plataforma digital, em vez de via documento físico jurídico (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 05).



Na pesquisa de Felipe (2017) a plataforma Watson, por exemplo, foi implantada em um escritório advocatício de Recife para a automatização de serviços repetitivos. Nos resultados apontados por esse estudo mostrou um aumento na média de acertos, em relação ao preenchimento de dados, de 75% para 95%.

Até 2020, a Inteligência Artificial ainda não era plenamente regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Essa lacuna foi motivo de crítica. Maksym (2021) em seu estudo se posicionou no sentido de que apesar das iniciativas setoriais e esparsas, a inteligência artificial não tem sido uma prioridade no Estado brasileiro, seja este visto como um Estado-regulador, seja este observado sob um viés de Estado-social. Em razão da verificação da omissão estatal em regular esta tecnologia, fundamenta-se pela necessidade da normatização à luz do princípio da precaução.

Com base nisso, importante mencionar a Resolução 332/2020, que de modo uniforme contextualizou e normatizou a Inteligência Artificial em território brasileiro. Já no seu artigo 1º em seu texto afirma que o conhecimento associado à Inteligência Artificial e a sua implementação estarão à disposição da Justiça, no sentido de promover e aprofundar maior compreensão entre a lei e o agir humano, entre a liberdade e as instituições judiciais (BRASIL, 2020).

Essa normativa, foi de enorme importância principalmente nos 2 (dois) últimos anos, onde o mundo passou por uma pandemia. Desde meados do fim do ano de 2019, um vírus denominado de Coronavírus surgiu na China e se espalhou pelo mundo, causando assim uma pandemia de âmbito global. Devido ao risco de contaminação e de mortes, medidas de prevenção e proteção foram tomadas, dentre as quais o isolamento social e o distanciamento. Comércio, escolas e departamentos judiciais foram fechados, obrigando os cidadãos a trabalharem de modo remoto.

Nesse cenário, o uso da Inteligência Artificial foi de fundamental importância. A respeito dessa temática, no estudo de Aguiar (2020) que buscou analisar essa questão, o autor reforça que durante o período de pandemia, os impactos da inteligência artificial no campo de trabalho foram evidentes. Com o isolamento social, a utilização da inteligência artificial tornou-se uma forma de prevenção contra a disseminação da doença.

No estudo de Chebile e Cruz (2021) com a pandemia, o uso das ferramentas tecnológicas se tornou essenciais, o que colocou em evidência a questão da importância dos profissionais em se aperfeiçoarem no uso da Inteligência Artificial. O que as autoras enfatizam é que nessa constante mudança dos sistemas de produção, o trabalhador deve se aperfeiçoar acadêmica e profissionalmente, seja para utilização das novas tecnologias, como para manutenção da atualização dos sistemas de informação, acompanhando a realidade social iminente para sua continuidade no mercado de trabalho.

As supracitadas autoras ainda afirmam que nos processos que tramitam no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, as suas audiências em regra, ocorrem de forma presencial e o não comparecimento das partes ocasiona em extinção do processo sem resolução do mérito com condenação ao pagamento de multa ao autor e revelia ao réu, respectivamente. O que se observou nos últimos 2 (dois) anos, com as medidas adotadas em razão da pandemia, é uma tamanha dependência da IA, que a tecnologia passou a ser essencial em todos os atos de propositura das ações nos Juizados Especiais Cíveis e demais tribunais.

Apesar de relevante, Cruz e Pereira (2020) pondera que ainda que as ferramentas de IA sejam importantes no período de pandemia, é importante frisar a problemática da possível violação de direitos fundamentais daqueles que não possuem acesso à internet, aos meios tecnológicos e/ou não dispõem do conhecimento técnico necessário para manuseá-los. A Lei nº 13.994/20 que permitiu a ocorrência da conciliação não presencial por meio da ferramenta Cisco Webex no âmbito dos Juizados, por exemplo, nada estabeleceu acerca de medidas a serem adotadas para proporcionar o igual acesso de todos às audiências virtuais, o que leva a indagação sobre a existência da infraestrutura necessária junto aos Juizados Especiais Cíveis.

Muitas são as implicações da Inteligência Artificial para o futuro das ciências jurídicas – tão importante é este assunto que o Senado Federal brasileiro tem providenciado um Marco Regulatório sobre o assunto:

Caberá à comissão estabelecer um texto a partir dos PLs 21/2020 (já aprovado na Câmara dos Deputados), 5.051/2019 e 872/2021. A relatora é a jurista Laura Schertel, que adianta que experiências de regulação como as existentes na União Europeia serão estudadas como fonte de inspiração para aplicação no Brasil. Schertel detalha que a comissão tratará de contextos econômico-sociais e benefícios da IA; desenvolvimento sustentável e bem-estar; inovação; pesquisa e desenvolvimento da IA (fundos de recursos e parcerias público-privadas); segurança pública; agricultura; indústria; serviços digitais; tecnologia da informação; e robôs de assistência à saúde. Serão levados em consideração os contextos com o uso de dados pessoais e sem o uso de dados pessoais, e questões ligadas à mineração de dados. (AGÊNCIA SENADO, 2020).

De todo modo, diante dos fatos apresentados, apesar de benéficos o uso de IA no Direito, esse estudo caminha para o entendimento de que sem a devida reflexão sobre seus impactos e seu modo de funcionamento, apresenta-se grandes riscos para o Direito, do ponto de vista sistêmico, por tornar indiscutíveis – ou, ao menos, restringir drasticamente o âmbito de discussão – decisões enviesadas, com fundamento em argumentos puramente quantitativos, em especial o aumento da rapidez proporcionado pelo uso de tais tecnologias. Em tais situações é preciso cautela e seriedade pelos operadores do Direito.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O emprego de tecnologia para resolver os grandes dilemas do direito processual e do sistema de justiça brasileiro já é uma realidade, essa tendência do emprego dessa estrutura modular já chegou através da busca de uma adequação procedimental por tecnologia nos tribunais. A análise acerca da real efetividade da implantação de tais inovações tecnológicas como tendência mundial inclusive no mundo jurídico pós-pandêmico é de grande relevância atualmente.

A pandemia de COVID-19 afetou não só o Judiciário, mas todo o cenário mundial. Para garantir o acesso a justiça e não prejudicar a prestação jurisdicional, o uso de tecnologia mostrou-

se indispensável, visto que foi necessário adotar novas práticas e medidas a fim de se moldar à nova realidade diante de um aprimoramento do trabalho judicial.

O poder judiciário brasileiro teve que se reinventar, desse modo, pode-se constatar que as restrições e transformações no cotidiano trazidas pela pandemia de Covid-19 acelerou os processos de mudanças, que já estavam em andamento, de modo a contribuir para uma prestação jurisdicional ainda mais célere. A união entre tecnologia e homem é inevitável e se usada corretamente, traz avanços significativos e contribuições inestimáveis em todas as suas áreas de aplicação.

Esta pesquisa mostrou que a pandemia trouxe conversões imediatas à tecnologia por muitas pessoas, inclusive da área do Direito. A vasta maioria dos sistemas de inteligência artificial permitem o acompanhamento diário dos andamentos processuais nos tribunais do país, alerta sobre o ajuizamento de ações e o estudo da incidência de casos/decisões com o mesmo objeto através da jurimetria, até mesmo para a realização de processos operacionais internos dos escritórios.

Apesar disso, essa temática também acaba por gerar uma série de controvérsias. De todo modo, as desvantagens da Inteligência Artificial (IA) não superam as vantagens que a complementaridade da tecnologia pode trazer para uma efetiva evolução do cenário jurídico tanto no âmbito social como econômico.

Por fim, enfatiza-se que tal como no passado da revolução industrial, as novas tecnologias como as IAs não predeterminam um único resultado benéfico ou maléfico. É necessário que o Direito e seus estudiosos (e aplicadores) enfrentem o desafio de utilizar todas essas tecnologias disruptivas mediante a fixação de pressupostos que almejem a perseguição da correção e melhoria do sistema jurídico.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUSIO, Juliana. **Proteção de Dados na Cultura do Algoritmo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020.

AGUIAR, Wesley Henrique de Mello. **Impacto da inteligência artificial nos postos de trabalho em tempos de pandemia**. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo – Vol. 14, Nº 2, Edição Especial "Covid-19". 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.994 de 24 de abril de 2020**. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Brasília, DF, Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm). Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 332 de 21 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429#:~:text=DAS%20DISPOSI%C3%87%C3%95ES%20GER>

AIS, Art., a%20liberdade%20e%20as%20institui%C3%A7%C3%B5es judiciais>. Acesso em: 25 ago. 2022.

CANTARINI, Paola. **Inteligência artificial e direito: questões éticas, críticas e constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CHEBILE, Jéssica Nayra Santos; CRUZ, Milena Pessôa. **Tribunais online: reflexos da pandemia ocasionada pela COVID-19 no âmbito dos juizados especiais cíveis e o retrato da inteligência artificial sob a ótica da ética de Perelman**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 6, n. 10, p. 193-205, 1º sem. 2021.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. **A pandemia e seus reflexos jurídicos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020 Cap. 21, p. 345-359.

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto. **Inteligência Artificial no Direito – uma realidade a ser desbravada**. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Salvador v. 4 n. 1 p. 01 – 16 Jan/Jun. 2018.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. **Direitos dos robôs, tomadas de decisões e escolhas morais: algumas considerações acerca da necessidade de regulamentação ética e jurídica da inteligência artificial**. Juris Poiesis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 22, p.150-169, 30 abr. 2017.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FORBES. “A very short history of artificial intelligence”. 2016.

HAYKIN, Simoni. **Redes Neurais: Princípios e Prática**. Ed. 2º. Editora: Amazon, 2017.

LOPES, Luis Felipe. **O Papel da Argumentação Jurídica para Compreender a Relação Entre IA e Direito**. Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito - RBIAD, v. 1, n. 3, p. 1–19, 2020.

MAKSYM, Cristina Borges Ribas. **Inteligência artificial aplicada nos serviços públicos rumo ao desenvolvimento sustentável**. Comunicados científicos do Seminário Internacional – NUPED. IJDL, v.2, n.1, edição especial suplementar, mar. 2021.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. **Inteligência Artificial e Direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas**. Revistas dos Tribunais Online; v. 1. n. 1. 2018.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência artificial e direito**. 1º ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Projeto Victor: relato do desenvolvimento da Inteligência Artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal**. Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito. v. 1 n. 1, 2020.

SENADO FEDERAL. Brasil poderá ter marco regulatório para a inteligência artificial. Agência Senado, 2020.

SILVA, Luís André Dutra e. **Uso de técnicas de inteligência artificial para subsidiar ações de controle**. Revista do TCU, Brasília, v. 48, n. 137, p.125-137, 2017.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. **Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito**. NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v.38, n.2, jul./dez., 2018, p.53-68.

VALENTINI, Romulo Soares. **Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas**. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

## **MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL: FUNCIONAMENTO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**IZAILTON LOPES GRANA:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

**RESUMO:** O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Faz-se considerações gerais sobre o controle externo da atividade policial, decompondo-as em origem, objetivos e modos de controle. Ainda nas considerações, trata-se dos instrumentos utilizados pelo Parquet no âmbito extrajudicial e judicial. como a requisição e recomendação. Apresenta-se a fundamentação do controle externo da atividade policial na Constituição Federal e Lei complementar, além das previsões legais para os instrumentos. Estabelece-se os temas tratados na competência do Ministério Público, como a violência Policial e abuso de autoridade, sendo a investigação essencial para uma possível denúncia. Comenta-se a atuação do Ministério Público no controle interno realizado pelos próprios órgãos, além da Corregedoria Geral de Segurança Pública e Diretoria de Justiça e Disciplina. Acrescenta, ainda, a realização das inspeções realizados pelo Parquet nas unidades policiais e seus benefícios para melhoria do efetivo e infraestrutura no modo geral. Aponta-se, finalmente, a melhoria do controle externo da atividade policial perante a sociedade e para próprio órgão de segurança pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. Controle Externo. Instrumentos. Atividade policial. Inspeções.

**ABSTRACT:** The external control of police activity by the Public Ministry. General considerations are made on the external control of police activity, breaking them down into origin, objectives and control modes. Still in the considerations, it is about the instruments used by Parquet in the extrajudicial and judicial scope. such as request and recommendation. The rationale for external control of police activity is presented in the Federal Constitution and Complementary Law, in addition to the legal provisions for the instruments. The topics dealt with within the competence of the Public Prosecutor's Office, such as Police violence and abuse of authority, are established, with the investigation being essential for a possible complaint. It is commented on the role of the Public Ministry in the internal control carried out by the bodies themselves, in addition to the Corregedoria Geral de Segurança Pública and the Directorate of Justice and Discipline. It also adds the inspections carried out by Parquet in police units and their benefits for improving the workforce and infrastructure in general. Finally, it is pointed out the improvement of the external control of the police activity before society and for the public security body itself.

**KEYWORDS:** Public ministry. External Control. Instruments. Police Activity. inspections.

### **1 INTRODUÇÃO**



A polícia militar e civil têm uma função nobre perante a sociedade, isto é, protegê-la de ações contrárias a justiça. Sendo assim, são usados poderes dados pela Constituição Federal e por diversas legislações para que a polícia exerça suas funções adequadamente.

Como qualquer órgão, há existência de certo controle para que os poderes atribuídos à polícia sejam controlados e medidos com a proporção conveniente para o exercício, prevendo limites previstos na própria lei.

O Ministério Público, como Instituição independente e democrática, tem como uma das suas atribuições o controle externo da atividade policial, com previsão na Constituição Federal de 1988, além das leis e atos infraconstitucionais onde registram a atuação da instituição.

A atribuição do *Parquet* em relação ao controle externo tem sua amplitude, pois as instituições usam diversos instrumentos para que melhore o desempenho da função e para finalidade do controle, existindo tanto no âmbito extrajudicial e judicial.

Em relação aos instrumentos utilizados pelo Ministério Público, pode requisitar documentos e informações, além da instauração de procedimentos disciplinares. Ademais, o próprio *Parquet* poderá utilizar Recomendações e instaurar Procedimento Investigatório Criminal, além de outros.

A finalidade do controle externo é beneficiar, principalmente, a sociedade e o órgão controlado, pois com aumento do desempenho da segurança pública existe a minimização da criminalidade e de abuso de autoridade ocorrido dentro da própria corporação.

O abuso de autoridade e violência policial são exemplos das atividades tratadas pelo Ministério Público no exercício do controle externo, podendo ter sua própria investigação ou ajudar e solicitar diligências perante o controle interno do próprio órgão.

Há o controle interno realizado pelos próprios órgãos da segurança pública, sendo a Diretoria de Justiça e Disciplina (DJD) no âmbito da polícia militar e a Unidade de Apuração Ilícitos Penais (UAIP) no da polícia civil, podendo o *Parquet*, como já mencionado, requisitar instauração de procedimentos disciplinares e requisitar informações para uma apropriada investigação.

Com as práticas de atos ilícitos por parte dos policiais, a própria sociedade tem receio e repudia tais atos, além de veículos de comunicação que aditam matérias relativas, pois com as agressões e abusos é natural que não haja uma boa relação, ainda mais com classes que vivem na periferia.

É necessário que haja o devido esclarecimento sobre uma boa conduta e ética dentro da própria corporação, com a finalidade de educar policiais e diminuir tais abusos praticados, e como a *Parquet* realiza o controle externo.

Ademais, o *Parquet* realiza inspeções nas unidades policiais a fim de analisar o desempenho de cada uma, além de verificar se as quantidades de instrumentos funcionais são necessárias para uma boa aplicação, além do efetivo em si, se é proporcional a região em que se encontra.

Com a correta aplicação da norma e dos instrumentos atribuídos ao Ministério Público, há uma boa execução do controle externo, podendo discutir diversos aspectos para que melhore em temas necessários e implementar áreas que estão adequados.

## **2. Considerações Gerais**

### **2.2. Ministério Público e o controle externo da atividade policial**

O Ministério Público, instituição independente e democrática, têm diversas atribuições perante a sociedade, sendo que uma, em específico, é o controle externo da atividade policial, previsto no artigo 129, inciso VII da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, há várias maneiras e instrumentos para exercer esse controle, sendo que os instrumentos, sejam judiciais ou extrajudiciais, são usados pelos membros para melhorar a comunicação entre o órgão controlador e os órgãos da segurança pública, promovendo maior eficácia na atividade-fim e eficiência na comunicação entre ambos.

Como em qualquer área de fiscalização, gestão e controle, há obstáculos e vícios que devem ser sanados, como a falta de estrutura e deficiência de material humano, que são essenciais para que o controle tenha, pelo menos, problemas minimizados. Ademais, a polícia tem respaldo na lei, sendo que as condutas, tanto da autoridade policial quanto dos agentes, devem ser fiscalizadas para que não ultrapasse o limite da legalidade e não fira os direitos humanos dos cidadãos.

Os instrumentos usados pelo Ministério Público, como a Requisição e a recomendação, são imprescindíveis para um bom controle externo, pois é por eles que buscam respostas por tal ação policial e melhoria na respectiva conduta, sendo presentes até na infraestrutura do prédio e efetivo da unidade.

O controle externo da atividade policial é uma matéria ampla, pois abrange diversos agentes na hierarquia, formas de controle, instrumentos usados para tal atividade pelo Ministério Público etc. Sendo assim, autores de obras, especialmente Promotores de Justiça, como por exemplo o Dr. João Gaspar Rodrigues, que já foi titular da 61ª Promotoria de Justiça de Manaus (PROCEAPSP), autor dos livros "Atividade Policial, Direitos Fundamentais e Controle Externo" e "Tortura, da impunidade à responsabilização".

Primeiramente, o controle externo da atividade policial feito pelo Ministério Público é realizado de diversas maneiras, sendo que cada atividade tem a finalidade para um único fim: melhorar a estrutura da polícia no Estado. No entanto, há obstáculos para tal controle, sendo citados pelo autor supracitado: "Existem alguns fatores que podem ajudar ou prejudicar o desenvolvimento do controle externo da atividade policial (uma supervisão essencialmente civil). São Eles: 1. Apoio Político; 2. Apoio ativista.; 3. Participação e apoio popular. 4. Cooperação Policial; 5. Recursos; Gestão Profissional" (pag. 80).

O abuso de poder é um dos principais problemas, sendo observados tanto na área interna da polícia quanto externo, pois superiores hierárquicos, usando seu poder de comandar seu

agrupamento, tem facilidade de doutrinar os atos contra a legalidade. Há diferenças entre abuso de poder e abuso de autoridade, conforme explica o Promotor de Justiça João Gaspar: "O abuso de poder distingue-se do abuso de autoridade pelo fato da conduta abusiva não ser propriamente descrita num tipo penal. O abuso de autoridade, nas suas diversas formas, vem enfeixado em tipos penais. Todavia, algumas formas de abuso de poder estão conditas na lei que define abuso de autoridade (...). Vê-se, com isso, que o abuso de autoridade abrange, em parte, o abuso de poder (pelo menos no que tange ao "ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual)" (pg. 90-91)

Demonstrando esses problemas, deve-se imaginar os obstáculos do Ministério Público e a eficiência em fazer o controle, tanto pela falta de estrutura (de ambos os lados) quanto a influência da política e cooperação da política, pois se há a falta de comunicação no respectivo controle e essa influência externa, pode haver divergência entre os órgãos e a falta de efetiva na Segurança Pública.

Saliento que o controle externo também é interligado ao controle interno da própria polícia, sendo que o Ministério Público também tem a competência de requisitar a instauração de procedimento disciplinar, Inquérito Policial Militar à Diretoria de Justiça e Disciplina (se tratando de Polícia Militar) e Inquérito Polícia à Unidade de Apuração de Ilícitos Penais (se tratando da Policial civil), além de acompanhar esses procedimentos internos e recomendar novas diligências.

Ademais, o Parquet tem a sua disposição vários instrumentos, sendo classificado como judiciais e extrajudiciais. Em relação ao primeiro instrumento, há a forma "judicializada" do Ministério Público atuar, podendo propor a Denúncia, Ação Civil Pública, Habeas Corpus e até Mandado de Segurança, pois o controle externo também é proteção aos Direitos Humanos, sendo que policiais praticam crimes contra a própria população, como por exemplo os de abuso de autoridade, previstos na Lei 13.869/2019. Dessa forma, para chegar na fase judicial, o Ministério Público também atua usando instrumentos extrajudiciais, por exemplo: Requisição, Recomendação, Inquérito Civil Pública, Procedimento de Investigação Criminal (PIC) etc, sendo alguns deles diretamente direcionado as funções policiais e seus abusos, sendo outras a forma de ajuda para melhorar a infraestrutura das unidades policiais e efetivos, isto é, iniciativa do Governo.

O Conselho Nacional publicou "Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial", salientando a atuação do Ministério público nas Políticas de Segurança Pública, através de Douglas Oldegardo Cavalheiro dos Santos: "Como dito acima, exsurge o Ministério Público como elo entre os sistemas de Segurança Pública e Processual Penal Persecutório na medida em que recebe das polícias o material investigativo por elas produzido e, com estes, deflagra ações penais no ambiente jurisdicional. Tal decorre da titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público estabelecida pelo Art. 129, I, da Constituição Federal. E tal atribuição constitucional, anote-se, consome tanto uma parcela significativa da estrutura e das forças do órgão quanto uma parcela considerável do que se compreende acerca de sua natureza, na seara criminal" (pg. 65).

Ademais, a discricionariedade e ausência da delimitação de atos nos diplomas legais tendem a dificultar a orientação e a punição dos policiais, conforme entendimento de Thiago Pierobom de Ávila: "Um dos pontos mais sensíveis à tensão entre legalidade e discricionariedade

refere-se ao reconhecimento dos pressupostos de fato que justificam uma medida. Quando se utilizam expressões jurídicas indeterminadas nos pressupostos de fato da norma, cria-se uma situação de indeterminação na atividade de interpretação jurídica da norma que acaba por remeter ao executor a função de complementar concretamente o sentido da lei, dando-lhe uma margem de discricionariedade quanto ao próprio conteúdo da norma. Esse recurso de flexibilização da densidade normativa em nome da maior eficiência da intervenção cria, por outro lado, o risco de a decisão se impregnar de elementos de subjetividade, com o sacrifício da segurança jurídica e do elemento garantístico inerente à legalidade no Estado de Direito.” (pag. 46-47).

A prevenção da criminalidade é um dos objetivos do Ministério Público, pois mudando o entendimento e a imagem de uma polícia agressora, a sociedade propende a ter mais confiança da função da polícia na segurança pública, pois, atualmente, a população, principalmente de regiões mais pobres, repudia atos da polícia mesmo estando em plena legalidade.

O Ministério Público também atua em âmbito federal e militar, conforme Murillo Salles Freua, em sua obra “O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público e o poder de polícia das forças armadas”: “Considerando que a atividade exercida pelas Forças Armadas prescrita na LC 97/99 possui caráter militar e policial, e sendo também de caráter federal, cabe ao Ministério Público Federal (MPF) exercer o controle da atividade policial das Forças Armadas em missões elencadas na LC 97/99, já que cabe também ao MPF a fiscalização da execução das penas de processos da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral, bem como a tarefa de guardião dos direitos constitucionais do cidadão. Ao Ministério Público Militar (MPM) cabe exercer o controle da atividade de polícia judiciária militar no âmbito das Forças Armadas, seja nas missões tipicamente militares ou nas missões de caráter policial, elencadas na LC 97/99, desde que resultem de crime militar (CPM). Já aos Ministérios Públicos dos Estados (MPE) cabe exercer o controle da atividade policial das Polícias Cíveis e Militares dos Estados, tanto da atividade policial ostensiva ou da atividade de polícia judiciária civil e militar. Por se tratar de um ramo que atua junto ao DF, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) fica a responsabilidade de controlar a atividade policial das Polícias Cível e Militar do DF.”

Há modos de realizar o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, podendo ser de forma direta (quando o órgão fiscaliza, realiza investigações e propõe a ação penal contra um ato ilegal de policiais) e indireta (no acompanhamento das investigações realizadas pelo próprio controle interno da polícia através de procedimentos administrativos).

## **2.1. OBJETIVOS DO CONTROLE EXTERNO**

O Ministério Público, não se tratando somente do Controle Externo, é um órgão de combate contra a criminalidade e atos ilegais, ajuizando ações perante o judiciário ou entrando na esfera extrajudicial visando o cumprimento da lei.

O controle externo realizado pelo Ministério Público tem diversos objetivos, seja ele preventivo ou não, pois a ilegalidade sempre deve ser combatida ou prevenida para que não cause violação ou lesões aos direitos fundamentais.

Com o abuso de poder ou práticas de atos de violência, são violados vários direitos fundamentais que devem ser protegidos, conforme a própria Constituição Federal. Com a violação desses direitos, o Ministério Público deverá agir como órgão que preza em relação aos direitos humanos.

### 3. POLÍCIA E A VIOLÊNCIA

Um dos objetos tratados por uma Promotoria de Justiça dessa especialidade, isto é, controle externo da atividade policial é relativo a violência e a tortura. O uso desse “modus operandi” ilegal é utilizado para diversos fins, como o encontro de armas e drogas pelos policiais. Há diversos relatos de agressão e tortura praticado por policiais contra flagranteados, sendo atos repudiados pela população e, conseqüentemente, denegrindo de forma geral a imagem da polícia, como forma de resposta às atitudes dos agentes, havendo conflito entre as partes.

A doutrinação dos policiais dentro da corporação e a demonstração da violência para facilitar algo devem ser atitudes que poderiam ser alteradas, pois há uma espécie de contaminação intelectual para que tais atitudes sejam vistas como normais, sendo que a sociedade, em diversas ocasiões, demonstra normalidade em relação a isso. Os policiais, numa tentativa de ir em favor da legalidade, usam a violência para combater a criminalidade, querendo legitimar seu ato e moralizar perante a sociedade. A violência gera mais violência, além de apresentar certo receio à população sobre a índole dos agentes que deveriam proteger contra crimes e ações ilegais.

Dessa forma, o Ministério Público, com intuito de minimizar os danos da violência e a diminuição de sua prática, age como órgão fiscalizador e implementa medidas legais e extrajudiciais de investigação para que os agentes sejam punidos conforme a lei.

Relatos de torturas ou abuso também são tratados em veículos de comunicação, sendo a Notícia de Fato instaurada dentro a Promotoria para início das diligências e uma possível denúncia, caso sejam encontrados elementos probatórios necessários para início do processo judicial.

### 4. CONTROLE INTERNO E O MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público não é o único que realiza o controle da atividade policial, pois a própria instituição, respeitando o princípio da autotutela, realizada o controle interno dos agentes, através de procedimento disciplinar e seguindo os trâmites legais para proporcionalizar a sanção aplicada.

Com a aplicação do controle interno da instituição, o Ministério Público, além de requisitar a instauração de inquérito policial, tem prerrogativas de requisitar perças de informação e, sempre que possível, as diligências necessárias para elucidação dos fatos, conforme o Artigo 2º, inciso V, da Resolução CNMP nº 181/2017.

Com a resolução supracitada, o Ministério Público age como órgão auxiliador da investigação, podendo requisitar certas diligências a fim de colher elementos probatórios para que haja uma penalidade ao agente investigado.



A Corregedoria Geral de Segurança Pública, Diretoria de Justiça e Disciplina (Polícia Militar) e Unidade de Apuração de Ilícitos Penais (Polícia Civil) são órgãos responsáveis pela instauração e o devido procedimento do controle externo perante as respectivas instituições no Estado do Amazonas.

Ademais, com as palavras de Francisco Taumatugo de Araújo Júnior deve-se entender a harmonia entre as instituições: “o que deve prevalecer é um verdadeiro entendimento e harmonia entre as duas instituições para uma atuação conjunta, pois a única beneficiada é a sociedade, principalmente os menos favorecidos, tão ávido por justiça; Deixemos de lado disputas corporativistas e pensemos no interesse público.

Dessa forma, o Ministério Público Estadual, competente na esfera, com seus instrumentos legais e extrajudiciais cria uma forma de simplificar o controle e o devido procedimento legal, respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa previstos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LV.

## 5. INSPEÇÕES NAS UNIDADES POLICIAIS

O Parquet não atua somente em processos relativos as ações dos policiais, mas também na estrutura das suas unidades, sendo essencial para a efetivação e eficiência do devido cumprimento de suas funções e o saneamento de suas limitações, sendo as inspeções imprescindíveis para a verificação da situação dos prédios e instrumentos de trabalho.

O promotor de justiça, com a realização das inspeções, tem um parâmetro do que está sendo cumprido ou não pela respectiva unidade e o seu desenvolvimento no período determinado, podendo requisitar diligências e melhoramento no desempenho das suas funções institucionais.

Além do mais, o Ministério Público poderá comunicar o Governo do Estado sobre os problemas enfrentados pelas respectivas unidades, para que o mesmo providencie o melhoramento tanto da infraestrutura da unidade quanto dos equipamentos individuais utilizados.

Há diversos obstáculos enfrentados pelas unidades, na Cidade de Manaus/AM, por exemplo, há uma desproporcionalidade na quantidade de policiais em relação a criminalidade praticada na cidade, pois não há eficiência para o devido combate e, conseqüentemente, sua minimização.

As estruturas de alguns prédios são, de certa forma, inadequadas, pois há diversos problemas, como: rachaduras, pouca ventilação, tubulação ineficiente etc. Dessa forma, causa efeito no desempenho dos policiais que exerçam suas funções dentro dela. Com essa visão, o Ministério Público não pode cobrar algo que as unidades não podem, humanamente, praticar.

Em relação aos agentes, uma quantidade boa de equipamentos operacionais é essenciais para uma efetiva atividade policial, sendo, nas inspeções, listados e demonstrados ao Parquet. Com as informações fornecidas pela unidade, poderá também requisitar ao Governo a aquisição de novos materiais, caso seja necessário.



Portanto, com a realização das inspeções, o Ministério Público fará uma pesquisa da situação atual das unidades, sendo os dados informados ao Governo, caso precise de diligências, e ao Conselho Nacional do Ministério Público.

## 6. INSTRUMENTOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

O Parquet utiliza diversos instrumentos para atuação do controle externo da atividade policial, sendo classificados pelo âmbito que serão usados, isto é, judicial ou extrajudicialmente, sendo que cada um tem suas peculiaridades e objetos definidos por lei.

### 6.1 instrumentos extrajudiciais

Com sua competência definida na constituição Federal, o Ministério Público tem à sua disposição os instrumentos extrajudiciais para que suas prerrogativas e funções sejam devidamente cumpridas.

Em relação a esfera extrajudicial, os instrumentos são: Requisição, Recomendação, Inquérito Civil, Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), Audiência Pública, Notificação, Carta Precatória Administrativa e Procedimento Investigatório Criminal (PIC).

#### 6.1.1 Requisição

A requisição é uma das prerrogativas em que Ministério Público poderá utilizar, sendo prevista no artigo 129, inciso VI da Constituição Federal: "são funções institucionais do Ministério Público: expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar.". Também há previsão no âmbito do Ministério Público da União através do da Lei Complementar 75/1993 em seu artigo 8º, inciso II, IV, VIII e Parágrafo 2º. Já na esfera estadual, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993) garantiu ao Ministério Público o poder requisitório.

O poder requisitório é de suma importância para o exercício da função institucional, pois através dele os membros poderão exigir diversos elementos probatórios com a finalidade de complementar a investigação ou procedimento realizado. Ademais, documentos sigilosos poderão ser requisitados sem óbice, pois tem fundamento legal para isso.

Seu objetivo é a aceleração e o devido andamento do serviço público, pois o retardado e a falta de atenção causam consequências ao cumprimento do ato funcional que afeta e fere os princípios da administração.

Esse ato administrativo traz uma obrigação, ou seja, um dever para que a parte realiza obrigatoriamente, excluindo a discricionariedade. Dessa forma, o seu descumprimento gera responsabilidade criminal, administrativa ou disciplinar, conforme o artigo Art. 8º, parágrafo 3º da LC 75/1993:

LC 75/1993

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

§ 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

Além de tipificar o crime de prevaricação previsto no artigo 319 do Código Penal, pois há um ato omissivo ou retardo para prática do ato solicitado pela requisição, sendo explícito a configuração:

Prevaricação

Art. 319 - **Retardar ou deixar de praticar**, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Porém, em relação ao requisitado, em caso de descumprimento, poderá também ser tipificado o crime de desobediência prevista no artigo 330 do Código Penal, caso o mesmo não tenha o dever de ofício de praticar o ato.

Como uma exigência obrigatória, há o estabelecimento de prazos para seu cumprimento é de 10 dias úteis, conforme o artigo 7º, parágrafo 3º da Resolução 181/2017 do CNMP, podendo ser prorrogado mediante solicitação justificada:

Resolução 181/2017 do CNMP

Art. 7º. § 3º As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até 10 (dez) dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada.

### 6.1.2 Recomendação

A recomendação é um dos instrumentos utilizados pelo Ministério Público, tendo como objetivo, como o próprio nome diz, recomendar diligências para que o serviço público melhore. Este instrumento não tem efeito vinculativo, isto é, o órgão não tem obrigação de seguir as recomendações dada pelo Parquet, sendo previsto no Artigo 6º, inciso XX da Lei Complementar 75/1993.

LC 75/92

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

O Objetivo das Recomendações, como apropriada lei diz, é a melhoria dos serviços públicos e de relevância jurídica, além de ser fixado prazos para que sejam realizadas, mesmo não havendo obrigação de segui-las.

Ademais, não há efeito vinculativo, todavia, nessas situações, a autoridade deve divulgar as recomendações e resposta escrita ao Membro do Ministério Público, conforme o artigo 2, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/1993).

Lei 8.625/1993

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

(...)

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

(...)

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Presente nas inspeções realizadas nas unidades policiais, pois através desse instrumento, o Parquet demonstra os problemas de infraestrutura, ativos e de orçamento ao Governo responsável pela estrutura da polícia.

O membro do Ministério Público junta todos os fatos e delimita os vícios para que as diligências recomendadas sejam adequadas para a melhoria, mas também podem advertir sobre determinado ato com a finalidade de alterá-lo ou extinguido.

### **6.1.3 Inquérito Civil**

O inquérito civil é uma investigação administrativa exclusiva do Ministério Público com a finalidade de colher elementos de convicção para eventual ajuizamento de ação civil pública ou viabilizar outras formas de atuação ao seu cargo.

Sendo um instrumento com previsão na própria Constituição Federal através do artigo 129, III, além de outros diplomas legais como no Estatuto da Criança (art. 201, V) e Código do Consumidor (art. 90).

#### **6.1.4. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)**

O Termo de ajustamento de Conduta é um instrumento não exclusivo do Ministério Público e tem como finalidade uma negociação de conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A principal característica desse instrumento é a celeridade para resolução do conflito, sendo estabelecida as condições e sanções caso houver um descumprimento da obrigação, sendo utilizado no controle externo para sanar irregularidades e impedir atos ilícitos., conforme o artigo 4º, inciso XVI, da Resolução CSMPF 127/2012.

Resolução CSMPF 127/2012

artigo 4º. XVI – tomar compromisso do interessado quanto ao ajustamento de sua conduta às exigências legais, impondo-lhe o cumprimento das obrigações necessárias para sanar a irregularidade verificada ou para prevenir o ilícito;

#### **6.1.5. Audiência Pública**

Audiência pública, instrumento previsto no 27, parágrafo único, IV, da Lei 8.625/1993 e na Resolução CNMP 82/2012, tem como característica a participação da população como auxílio através das opiniões.

Resolução CNMP 82/2012

Art.1º. § 1º As audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, representantes dos setores público, privado, da sociedade civil organizada e da comunidade, para discussão de situações das quais decorra ou possa decorrer lesão a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público quanto à matéria objeto da convocação ou para prestar contas de atividades desenvolvidas.

Em relação ao controle externo, será utilizada para elaboração de projetos, políticas públicas e legislações que se acharem necessário para melhorar a segurança pública.

#### **6.1.6. Notificação**

A notificação é um instrumento utilizado para colhimento de elementos probatórios, sendo utilizado para notificar tanto a parte ativa quanto a parte passiva do processo administrativo em questão, podendo ambas trazer informações e sejam ouvidos pelo Promotor de Justiça, sendo previsto no artigo 129, Inciso VI, da Constituição Federal.

Constituição Federal

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Ademais, caso seja descumprida a notificação, poderá o Parquet utilizar a condução coercitiva para realização da determinação e colhimento das provas necessárias.

#### **6.1.7. Procedimento Investigatório Criminal (PIC)**

O Procedimento Investigatório Criminal, instrumento previsto na Resolução CNMP nº 181/2017, tem como finalidade a apuração de infrações penais de iniciativa pública, auxiliando uma possível ação penal, porém não é uma condição imprescindível, pois poderá ser dispensado para uma propositura.

Resolução NCMP nº 181

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal

Dentro do procedimento investigatório criminal, o membro poderá utilizar os instrumentos supracitados, como a Requisição e a Notificação, pois a finalidade é colher provas do objeto investigado.

Com o colhimento desses elementos, poderá propor ação penal ou o mesmo o arquivamento do procedimento, quando não há justa causa necessária para proposita de uma ação judicial.

O respectivo instrumento é um dos mais utilizados no controle externo, pois através dele o Parquet irá realizar as oitivas das partes, requisitar informações, oficiar autoridades policiais para diligências necessárias para complemento da investigação e instruir para uma ação penal.

## 6.2. Instrumentos Judiciais

Como o próprio nome diz, são instrumentos utilizados já no âmbito judicial e eles são: Habeas Corpus, Ação Civil pública, Ação Penal e Mandado de Segurança.

### 6.2.1. Habeas Corpus

O habeas Corpus é um remédio constitucional previsto no Art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, sendo utilizado quando ou alguém sofrer ou achar ameaçado sua livre locomoção.

Constituição Federal

Art. 5º, LXVIII – conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Tal instrumento será utilizado quando um agente policial registre a liberdade de alguém ilegalmente. Sendo assim, a finalidade é proteger o direito fundamental do indivíduo contra um abuso de autoridade.

### 6.2.2. Ação Civil Pública

A ação civil pública, conjuntamente com o inquérito civil, tem como finalidade evitar atos de improbidade ou ilícitos que se adequam para propositura da ação, conforme a Lei 7.347/1985.

Conforme o Autor João Gaspar Rodrigues, é necessário que atribuição esteja prevista em lei ou ato interno da instituição para que seja aplicada (fl. 203), seguindo o entendimento da Resolução CNMP 20/2007, em seu art. 4º, parágrafo 3º:

Resolução CNMP 20/2007

Art. 4º. § 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível e, desde que não possua o órgão do Ministério Público encarregado desse controle atribuição também para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, incumbe a este encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com a referida atribuição.

### 6.2.3. Ação Penal

Com a realização das investigações e colhimento de elementos probatórios, o Parquet incidirá o princípio da inafastabilidade da jurisdição com ação penal e prosseguir até a sentença, isto é, utilizando já o processo judicial.



#### **6.2.4. Mandado de Segurança**

O membro do Ministério Público poderá impetrar o Mandado de Segurança com intuito de proteger direito líquido e certo, relativo ao próprio controle externo, podendo receber garantias para o bom funcionamento da própria atividade fiscalizatória.

### **7. CONCLUSÃO**

O objetivo geral desse trabalho foi informar e demonstrar a função e as dificuldades do Ministério Público dentro da Segurança Pública através do controle externo da atividade policial, pois há obstáculos estruturais e disciplinares em relação aos agentes para com a sociedade.

Com o desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise pormenorizada dos benefícios que o Parquet traz com o controle externo tanto para a própria polícia quanto para a sociedade com o melhoramento de infraestrutura e diminuição dos abusos causados por agentes indisciplinados.

Foi mostrado os instrumentos utilizados pelo Ministério Público para exercer tal função, sendo classificados como judiciais e extrajudiciais, especificando suas finalidades, além dos problemas que geram ineficácia.

Já em relação as inspeções realizadas nas unidades, com o estudo da infraestrutura e o desempenho individualizado de cada uma, o Ministério Público analisa o que seria necessário para o melhoramento, pois é imprescindível que o Governo do Estado realize atos, como a licitação, através das informações trazidas pelo Promotor de Justiça.

Com atribuição inserida pela Constituição Federal de 1988, o controle externo da atividade policial realizado pelo Ministério Público tem maior fiscalização da atividade policial, buscando a licitude dos atos e o acompanhamento das funções policiais.

As medidas aplicadas e as formas de execução do controle externo é essencial para a proteção dos direitos humanos e uma boa relação da polícia com a própria sociedade, havendo o favorecimento na segurança pública como um todo.

Portanto, quaisquer irregularidades e atos ilícitos praticados por policiais devem ser investigado e punidos, havendo uma disciplinar regular para uma boa atuação, pois os poderes dos órgãos devem ser limitados, devendo esclarecer a proporção correta, tanto no controle interno dos órgãos quanto os policiais individualmente.

Ademais, com o acompanhamento do controle interno e uma boa relação com os órgãos da segurança pública, a sociedade se sentirá mais segura em relação aos agentes e também com o combate a criminalidade de forma correta e legal.

### **9 REFERÊNCIAS**

#### **OBRAS**

RODRIGUES, JOÃO GASPAR - **Atividade Policial, Direitos Fundamentais e Controle Externo.**

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Taumatugo de. **Controle Externo da Atividade Policial. O outro lado da Face.**

Freua, Murillo Salles. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público e o poder de polícia das Forças Armadas.**

**O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial. Conselho Nacional do Ministério Público.**

## LEGISLAÇÕES

**BRASIL, Constituição. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**

**Decreto-Lei Federal nº 2.848, 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Disponível em: <<http://www.Planalto.gov.br>>.

**Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <<http://www.Planalto.gov.br>>.

**Lei Federal nº 8.625, de 12 de Fevereiro de 1993,** que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispendo sobre as normas gerais para organização do Ministério Público dos Estados. Disponível em: <<http://www.Planalto.gov.br>>.

**Resolução CNMP 20/2007, de 28 de maio de 2007,** regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

**Resolução CNMP 82/2012, de 29 de fevereiro de 2012,** dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério público da União e dos Estados.

**Resolução CNPM nº 181/2017, de 7 de Agosto de 2017,** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

**Resolução CSMPF 127/2012, de 8 de maio de 2012,** regulamenta o controle externo da atividade policial no âmbito do Ministério Público Federal e dá outras providências.

## **UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO JURÍDICA ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER COMO MECANISMO DE CONTROLE SOBRE A VÍTIMA NAS RELAÇÕES AFETIVAS**

**EVELLIN RODRIGUES FERNANDES:**

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a proteção jurídica acerca da utilização do crime de violência psicológica contra a mulher como mecanismo de controle sobre a vítima nas relações afetivas. Com esse objetivo, verifica-se as normas que asseguram instrumentos de amparo às mulheres, de forma a averiguar se os avanços normativos contribuem para a criação de um ambiente seguro de denúncias contra o agressor, identificando o meio pelo qual o agressor obtém o domínio sobre a vítima, a ponto de ocultar ou dificultar o conhecimento do delito e sua respectiva incriminação. Esta pesquisa é do tipo bibliográfica, desenvolvida a partir do método dedutivo, a qual demonstra os importantes avanços trazidos com a positivação de normas protetivas já existentes e as mais recentes. No entanto, há que avançar-se mais ainda no intuito de garantir efetivamente segurança para as vítimas de violência psicológica, de maneira que as estimulem realizar a adequada denúncia, colaborando para o rompimento do ciclo vicioso relacionado ao controle emocional, havendo assim, uma maior dignidade e preservação da vida de muitas mulheres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Violência psicológica. Mulher. Proteção Jurídica. Controle do agressor. Denúncia.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze the legal protection on the use of the crime of psychological violence against women as a control mechanism over the victim in affective relationships. With this objective, the norms that guarantee instruments of support to the woman are verified, in order to verify if the normative advances contribute to the creation of a safe environment for complaints against the aggressor, identify the means by which the aggressor obtains dominion over the victim, to the point of hiding or hindering the knowledge of the crime and its respective incrimination. This research is of the bibliographic type, developed from the deductive method, which demonstrates the important advances brought with the positivization of existing and more recent protective norms. However, it is necessary to go even further to effectively guarantee the safety of victims of psychological violence, in order to encourage them to report properly, helping to break the vicious cycle related to emotional control, thus having greater dignity and preservation of life of many women.

**KEYWORDS:** Psychological violence. Women. Legal Protection. Aggressor control. Complaint.

### **1 INTRODUÇÃO**

O artigo tem como temática a violência psicológica contra a mulher, concentrando-se na análise do acolhimento legal frente a este crime silencioso o qual envolve meios de dominação comportamental, principalmente quando os envolvidos possuem relacionamento afetivo, uma vez que, além de prejudicar a saúde mental da vítima, ainda dificulta a incriminação do agressor.

Nessa perspectiva, objetiva-se especificar os regulamentos legais que buscam proteger as mulheres vítimas de violência psicológica, indagando a contribuição dos avanços normativos em face da segurança das vítimas ao efetuar a denúncia, posto que, o agressor dispõe de domínio sobre a vítima, abrindo margem para possíveis prejuízos probatórios, os quais impeçam a devida punição.

Através do método dedutivo adotado, observa-se que o assunto desenvolvido demonstra ser de extrema importância para ser aprofundado, compreendido e informatizado, em razão de muitas mulheres ainda viverem em ambientes e relações que lhes causam sofrimentos, seja por falta de opção, ausência de apoio, por constante medo ou até mesmo, por desconhecimento dos seus tão fundamentais direitos, devendo ser tratado como assunto de saúde pública.

Analisando a bagagem protetiva que já foi conquistada, constata-se que ainda há muito o que ser evoluído, visto que, o machismo continua enraizado em nossa sociedade, seja ele manifestado de maneira expressa ou velada, mas, sua existência é inegável, o mesmo que põe a mulher em lugar de inferioridade, chegando ao cometimento do crime de violência psicológica, um delito tão grave que poderia ser pensado como um meio de prevenção para as outras demais modalidades de violência doméstica em geral, razões essas que contribuem para a temática selecionada.

Para tanto, o estudo abordado terá sua ampliação na indagação referente a contribuição das normas protetivas para as vítimas de violência psicológica frente aos avanços legislativos, averiguando se as mulheres se sentem protegidas de fato para efetuar a denúncia sem que para isso coloque sua vida em risco, pois além de haver o constrangimento da mulher na exposição dos fatos, ela ainda se submete a um processo complexo de conseguir comprovar o crime.

Posto isso, o artigo passará por um contexto explicativo sobre a violência psicológica, seu embasamento jurídico e evolução diante da Lei 14.188/21, os desafios que giram em torno do crime elucidado, a seguridade nas denúncias frente as normas legais, o domínio do agressor sobre a vítima e a incriminação do agressor, conteúdos estes que fundamentarão a problemática aludida.

## **2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Primordialmente, se faz necessária a compreensão do termo violência psicológica, uma vez que possui conceituação ampla, de forma a dificultar sua identificação.

Nesse diapasão, será demonstrado historicamente como as mulheres eram tratadas em épocas onde o patriarcado predominava, fazendo com que a mulher não tivesse direito algum sobre suas próprias escolhas de vida. Atualmente, essa prática ainda é existente, só que agora considerada crime.

### **2.1 Contexto da violência psicológica contra a mulher**

De acordo com o Brasil (2001 apud CAPONI; COELHO; SILVA, 2007, p. 96), a violência psicológica é toda conduta ou omissão que provoque ou vise provocar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa, como por exemplo: ameaças, humilhações, chantagem, imposições de comportamento, discriminação, exploração, crítica sexual, privação do direito de ir e vir, induzimento ao afastamento de familiares e amigos, ou manipulação do uso do próprio dinheiro, sendo a violência mais complexa de ser identificada.

São inúmeras consequências que a violência psicológica pode causar, uma vez que não prejudica apenas a saúde mental, mas também a saúde física, levando muitas vezes a depressão, ansiedade, assim como diversos outros traumas. Fazendo com que a vítima carregue sequelas pelo resto de sua vida (ROCHA, 2022, p. 06-07).

Estamos diante de uma violência complexa, sendo difícil de ser taxada em exemplos fixos e imutáveis, visto que essa complexidade possui diferenciação, conforme afirmam Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 98), a maior distinção entre a violência doméstica física e a psicológica é que a física contém a ação de agredir de forma corporal a vítima, já a psicológica, envolve expressões, posturas, olhares, não necessitando haver um contato físico direto.

Conforme o entendimento de Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 99), a Organização Mundial de Saúde expressa que a violência psicológica implica em agressões verbais de forma reiterada, privação dos bens materiais, pessoais e financeiros. Para muitas mulheres, toda tortura incessante é ainda mais gravosa que a violência física, devido prejudicar a confiança em si mesma, a sua segurança e autoestima. Uma única ocorrência de violência física pode aumentar significativamente o abalo da violência psicológica, para algumas vítimas o pior sofrimento não é a violência em si, mas a crueldade e martírio mental, do constante temor e pânico. Por essa razão, essa forma de violência precisa ser averiguada como problema de saúde pública, devendo haver maior ampliação de debates e prevenção, bem como criação de políticas públicas específicas para o seu combate.

É imprescindível a análise do porquê essa disseminação de sofrimento à mulher permanece por tanto tempo. Durante muitos anos, no decorrer da história, a mulher vivenciou amplas transformações com relação ao seu tratamento diante da sociedade, desde os primórdios, sempre sendo vista como um ser humano fragilizado e tendo seus direitos reprimidos (ROCHA, 2022, p. 05).

Com o decurso do tempo, a cultura patriarcal ficou bastante enraizada no cotidiano das pessoas, consoante o entendimento de Rocha (2022, p. 08), o homem era o gênero dominante, sobretudo no que diz respeito à força física, enquanto a mulher cuidava dos filhos e do lar, ficando subordinadas a dependência e sujeitas ao controle masculino.

Nesse sentido, Rocha (2022, p. 05), afirma que houve abundantes movimentos feministas os quais buscavam a conquista de direitos iguais entre homens e mulheres, com isso, gradativamente a mulher obteve espaço na sociedade, provocando o surgimento de legislações específicas.

Todavia, somente em 1988 que a Carta Magna reconheceu a concepção de igualdade de gêneros, objetivando a valorização da mulher, movimentos esses que ocorreram de maneira gradual (ROCHA, 2022, p. 05).

Vale ressaltar que as mulheres já vinham tendo seus direitos violados ao longo dos anos e a luta foi árdua para que existisse uma maior proteção do seu direito de escolha de vida, seja na forma de falar, de pensar e de agir, levando a relacionamentos abusivos e pondo suas vidas em risco ao lado de um até então "conhecido". Nesse ponto, o artigo terá maior aprofundamento, referente ao crime praticado entre relações afetivas (homem e mulher), onde torna toda violência ainda mais complexa de ser identificada e por inúmeros motivos, levando o agressor ter domínio sobre a vítima.

Reforçando o disposto acima, Rocha (2022, p. 05-06), assevera que somente depois de muitos séculos de acontecimentos e exigências de medidas para o combate à violência e a discriminação contra a mulher, que em 2006 ocorreu uma grandiosa conquista para essas mulheres, a criação da Lei Maria da Penha, a qual possui o objetivo de punir com mais rigidez as agressões contra a mulher em ambiente doméstico e familiar, antes dessa Lei não havia qualquer tipificação referente a essa conduta ilícita, nem mesmo um acolhimento jurídico, avanço normativo este, que resultou da denúncia realizada por Maria da Penha Maia Fernandes, através do Centro de Justiça, assim como também pelo Direito Internacional e pelo Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos da Mulher à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Essa lei surgiu após vários maus-tratos cometidos para com Maria da Penha, causados pelo seu ex-marido, violências essas que resultaram em traumas psíquicos, além de deixá-la paraplégica. Conforme elucida Rocha (2022, p.06), após o caso chegar à Organização dos Estados Americanos, constatou-se que houve negligência perante os direitos de Maria da Penha, em razão disso, houve a recomendação para que o governo brasileiro elaborasse uma legislação específica concernente a violência doméstica, surgindo então a Lei Maria da Penha.

Nesse diapasão, em uma palestra ao Canal Escola do Poder Judiciário de Roraima, Rogério Sanches expressa que a Lei nº 11.340 de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, anuncia em seu art. 7º, incisos I, II, III, IV e V, cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher: violência física (que pode ir desde a contravenção penal de vias de fato até sua forma mais drástica que é o feminicídio), a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral, entre outras. Segundo perfaz Capez (2020, p. 205), "o conceito é bastante amplo, não se restringindo apenas à violência física". À priori, o artigo objetiva maior ênfase no que concerne à violência psicológica nas relações afetivas.

Anteriormente a referida lei, não havia lei específica que tratasse da violência doméstica, a mulher tinha a discricionariedade de desistir da denúncia na delegacia, não raras vezes, era a própria vítima que entregava a intimação para o próprio agressor para que o mesmo tomasse conhecimento do comparecimento a audiência.



Seguidamente, não existia decretação de prisão preventiva, muito menos flagrante do agressor, ocorria também a fatalidade da mulher não ser informada quanto ao andamento do processo, principalmente se o seu agressor continuava ou não preso, não bastante, a vítima ainda ia as audiências sem a presença de um defensor legal.

Ademais, a violência doméstica sequer configurava agravante de pena, o violentador tinha a liberdade de frequentar os mesmos lugares que a vítima, sem a menor proibição de contato com a mesma. Certamente, a Lei Maria da Penha trouxe vários avanços para proteção das mulheres.

Contudo, no que tange a violência psicológica, a mesma não era considerada de fato um ilícito penal, somente em 2021 que essa modalidade de agressão foi sancionada como crime, através da Lei nº 14.188/21, incluindo no Código Penal a violência psicológica, aumentando a pena do crime de lesão corporal praticado por causa do gênero, instituindo pena de reclusão e o Programa Sinal Vermelho contra a violência doméstica (ROCHA, 2022, p. 06).

À vista disso, serão aprofundadas as alterações trazidas por essa lei baseadas na temática em questão, bem como todo amparo jurídico para as mulheres, vítimas da violência psicológica.

## **2.2 Proteção jurídica frente ao avanço da Lei nº 14.188/21**

A violência psicológica contra a mulher inicialmente já era tratada pela Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, no artigo 7º, inciso II:

**Art. 7º** São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

**II** - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Cumprido destacar que o artigo descrito acima não expressa necessariamente crime e contravenção, ele define formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, formas essas que, detalhadas podem corresponder a crimes, contravenção, ou podem não corresponder a nenhuma delas e ainda assim, continuam sendo violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme afirma Rogério Sanches em uma palestra sobre o tema no Canal Ejurr.

À luz do entendimento de Cunha (2022, p. 253), existia lacuna no momento em que a violência psicológica não estava tipificada no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), tornava-se contraditório, constar expresso em uma das leis mais marcantes do país essa forma de violência e a mesma conduta não configurar um ilícito penal.

Em consonância com Cunha (2022, p. 253), “Diversas condutas consistentes em violência psicológica, [...] apesar de serem ilícitos civis, não eram criminosas.”

Inúmeras mulheres no momento de registrar o boletim de ocorrência pelo crime violência psicológica, eram comunicadas que esse ato não configurava crime, nem mesmo uma contravenção (CUNHA, 2022, p. 253).

Ocasionalmente, eram indeferidas medidas protetivas em razão da conduta praticada não configurar crime ou contravenção. A violência psicológica encontrava-se como uma violência muito comum em nosso cotidiano e mesmo assim não era crime ou contravenção necessariamente, segundo comentário de Rogério Sanches em uma exposição no Canal do Youtube Escola do Poder Judiciário de Roraima.

Desse mesmo modo, a falta de normatização prejudicava a concessão de vários amparos jurídicos essenciais para a seguridade da vítima, como medidas protetivas de urgência, conforme afirma Cunha (2022, p. 253).

Em concordância com Firmino e Pereira (2021, p. 08), a violência psicológica mesmo já estando elencada na Lei Maria da Penha em seu dispositivo 7º, inciso II, não existia a tipificação no Código Penal Brasileiro. Observa-se que, muitas condutas consistem em violência psicológica, mas na maioria das vezes, não versavam um ilícito penal.

Posteriormente, no ano de 2021 sobreveio um avanço para o tipo de violência psicológica, conforme ressalta Figueiredo (2021, p. 02), “[...] com a Lei 14.188 de 2021 foi criada a possibilidade de as mulheres denunciarem violência por meio do código “sinal em formato de X”, preferencialmente feito na mão e na cor vermelha (art. 2º, p. ú. do diploma)”.

De acordo com Figueiredo (2021, p. 02-03), houve a incorporação entre vários poderes, “Note-se que para concretizar este direito, a legislação autoriza integração entre o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos de segurança pública e as entidades privadas (art. 2º da Lei 14.188/2021).”

Em conformidade com Figueiredo (2021, p. 04), vale ressaltar que a Lei 14.188/21 em seu art. 3º, dispõe que o código “sinal vermelho em formato de X”, possibilita a vítima realizá-lo em repartições públicas e entidades privadas de todo o país, sendo necessário campanhas informativas e meios de capacitar os profissionais envolvidos no programa para haver um atendimento especializado.

Nas palavras de Figueiredo (2021, p. 04), a entrada em vigor da mesma, acarretou na modificação do art. 12-C da Lei n. 11.340 de 2006 - Lei Maria da Penha, acrescentando a violência psicológica em situações de risco atual ou iminente à vida ou à integridade da mulher, através disso, o violentador será afastado do ambiente de convivência com a vítima, em conformidade com o elucidado abaixo:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (Redação dada pela Lei nº 14.188, de 2021).

Segundo Figueiredo (2021, p. 05), com a vigência da Lei 14.188 de 2021, a aplicação da medida protetiva nos casos de violência psicológica foi uma alteração essencial, em razão da ampliação das hipóteses de proteção para a mulher.

Ademais, Figueiredo (2021, p. 05), menciona que a nova Lei também trouxe modificação através de uma qualificadora para o crime de lesão corporal no artigo 129, § 13, do Código Penal. Nesse sentido, com a recente lei, o referido artigo passou a conter mais um parágrafo, com a seguinte redação:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021). Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos). (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021).

Corroborando com o exposto acima, Ávila, Cunha e Fernandes (2021, p. 02), verificam que, “[...] trata-se de nova qualificadora da lesão corporal de natureza leve, mirando como vítima somente a mulher ferida no ambiente doméstico e familiar, ou ainda por preconceito, menosprezo ou discriminação quanto ao sexo.”

O artigo 129 e o artigo 147-B, ambos do Código Penal, possuem diferenciações, conforme expressa Cunha (2022, p. 256), enquanto a conduta do art. 129 causa uma patologia médica, a ação do art. 147-B fica restrita ao sofrimento.

E por fim, outra inclusão muito importante que a Lei 14.188/2021 inovou, abrangendo a temática principal abordada, referente a criação do crime de violência psicológica contra a mulher, positivado no novo artigo 147-B do Código Penal, conforme descrito abaixo (FIGUEIREDO, 2021, p. 07):

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

A respeito do artigo acima, comenta Cunha (2022, p. 255), que “O legislador de forma curiosa, inicia a descrição típica indicando o resultado e, em seguida, traz uma relação exemplificativa de condutas que podem causar o resultado.”

O Supremo Tribunal Federal, reconheceu o avanço normativo da Lei nº 14.188/21, no posicionamento do Relator Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da Petição n. 9799/DF:

[...] Reforçando ainda mais a proteção da mulher contra a violência psicológica, a Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021, incluiu no Código Penal o crime de “violência psicológica contra a mulher”, nos seguintes termos do art. 147-B. [BRASIL. STF, 2021].

Segundo Cunha (2022, p. 255), a consequência ilícita é “causar dano emocional à mulher que prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões”. Em seguida, perfaz as ações, sendo um rol meramente exemplificativo, visto que estende a quaisquer outras condutas que visem prejudicar a saúde psicológica ou a interferência em suas decisões.

Consoante Cunha (2022, p. 256), o artigo 7º da Lei Maria da Penha e o artigo 147-B do Código Penal possuem semelhanças, mas nem tudo que há descrito anteriormente pela Lei nº 11.340/06, foi reproduzido no novo dispositivo, como as condutas de vigilância constante, perseguição contumaz e violação de intimidade, que intencionalmente não fazem mais parte do crime de violência psicológica, para não conflitar com o artigo 147-A do Código Penal, que versa o crime de perseguição ou stalking.

Na compreensão de Cunha (2022, p. 254), “Com a inserção do art. 147-B no Código Penal, essa lacuna é preenchida e passa a ser crime praticar violência psicológica contra a mulher”.

Com relação ao bem jurídico tutelado, refere-se ao direito fundamental de ter uma vida livre sem violência, seja na esfera pública ou privada, conforme dispõe a Convenção de Belém do Pará, Decreto n. 1.973/1996, art. 3º, principalmente o livre-arbítrio da mulher de viver sem sofrimentos emocionais causados de forma dolosa por outrem (CUNHA, 2022, p. 254).

Em uma palestra ao Canal Ejur, Rogério Sanches afirma que o sujeito ativo do crime de violência psicológica é comum, uma vez que pode ser cometido por qualquer pessoa, homem ou mulher (há jurisprudência do STJ nessa perspectiva, onde a mulher é a agressora, com predicado de violência de gênero). Já o sujeito passivo é próprio, somente pode figurar como ofendida a mulher, (com relação a abrangência para a mulher transgênero, ocorre bastante discussão).

Segundo a interpretação de Cunha (2022, p. 257), alguns termos deixaram de descrever a violência psicológica no momento da sua tipificação no Código Penal, como a situação de “diminuição da autoestima” (elencada no art. 7º, inc. II, da Lei n. 11.340/2006), dispondo que a conduta necessitaria de algo além da atenuação da autoestima, sendo abarcados pelo princípio da fragmentariedade do Direito Penal.

O crime de violência psicológica requer uma intervenção consideravelmente significativa no abalo psicológico, conforme expõe Cunha (2022, p. 257), “[...] o crime de violência psicológica não exige um estado total e catatônico de dano psicológico, mas uma interferência significativa na integridade psicológica”.

Vale destacar que esse crime pode ser cometido no âmbito da unidade doméstica, familiar ou qualquer relação íntima de afeto, mas não somente, pode ser cometido em outras esferas, não alcançadas pela Lei Maria da Penha (art. 5º, inc. I, II e III), como aquelas que acontecem em ambiente estatal ou comunitário, conforme assevera Cunha (2022, p. 257), “O art. 147-B é mais amplo, aplicando-se a diversas formas de violência de gênero contra a mulher, na linha do que estabelece a Convenção de Belém do Pará (Decreto n. 1.973/1996), que dispõe no art. 2º”.

Com relação as medidas despenalizadoras, o crime do art. 147-B admite os instrumentos de transação penal e suspensão condicional do processo quando o crime não for cometido no ambiente descrito pela Lei Maria da Penha, nesse sentido, dependerá da observância do caso concreto, no tocante ao acordo de não persecução penal, não é admitido, uma vez que não cabe em crimes de menor potencial ofensivo, conforme expressa Rogério Sanches em palestra ao Canal Ejurr.

Desse modo, a Lei 14.188/21 trouxe bastante inovação como instrumento de proteção para as vítimas de violência psicológica, da mesma maneira que suas alterações tiveram impactos importantes na forma de amparar essas mulheres. Todavia, ainda há muito o que ser combatido e debatido, uma vez que estamos diante de muitas dificuldades.

### **2.3 Desafios em face da violência psicológica contra a mulher**

Ao nos depararmos com uma violência que não é possível identificá-la de imediato, torna-se complexa sua compreensão, seja pela vítima, ou até mesmo na caracterização de diversas condutas que configuram este crime, uma vez que, agora tipificado.

Sob o entendimento do doutrinador Cunha (2022, p. 256), um dos grandiosos desafios da violência psicológica é dar-lhe a devida visibilidade, visto que a própria vítima frequentemente tem dificuldade de identificar que está em um momento abusivo, embora sejam evidentes as consequências negativas para sua vida.

Dito isso, observa-se que ainda há resistência na compreensão antiquada em fazer uso de motivos para a continuação do ato ilícito sobre a mulher. A respeito disso, Nucci (2016, p. 24), afirma que alguns ainda possuem o interesse em alimentar o machismo e a violência contra a mulher, fazendo uso de justificativas inexistentes, estando presente a ignorância e o subdesenvolvimento.

Muitas são as situações envolvendo violência psicológica contra a mulher, porém, a maior incidência está na violência doméstica e familiar, segundo Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 97), aquela onde as partes tenham ou tiveram algum relacionamento afetivo-sexual. As raízes dessa agressão podem surgir desde o relacionamento quando o casal ainda estava junto, assim como



também após o término, quando há ressentimentos, mágoas e dependência emocional, as quais prejudicam a vítima de visualizar que está vivenciando uma violência.

Nesses casos, a complexidade da compreensão perante a violência é demasiadamente complicada, uma vez que a própria ofendida protege seu agressor, em primeira perspectiva por ela mesma acreditar que tudo se justifica porque o agressor a ama demais e por isso a isola, retirando seu livre arbítrio de forma velada, grita por fúria, mas estava “apenas com ciúmes” e em um segundo momento, quando ocorrido, a vítima percebe que está totalmente sem voz e sem forças para enfrentar, por temor de um declínio para a violência física, que a mesma decide silenciar-se.

Assim, Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 97), expressam que os variados meios de violência psicológica doméstica, muitas vezes não são perceptíveis e identificáveis por parte da vítima. Elas podem aparecer sucintamente, não sendo vistas como de fato uma violência, por estarem vinculadas ao emocional, constantemente intensificado por álcool, perda do emprego, problemas com filhos, sofrimento por morte de familiares, ou inúmeras outras situações de crise.

É notório que não raras vezes, as vítimas só chegam a denunciar após a violência psicológica ter desencadeado para a agressão física, seja por não identificação do fato ou temor da exposição. O estudo de Silva (2005 apud CAPONI; COELHO; SILVA, 2007, p. 98), demonstra que através de entrevistas e registros de atendimento do CEVIC que atendem diversas maneiras de violência, diferente do que demonstram nos jornais locais, a violência psicológica relacionada à violência física é a que mais se destaca.

Em vista disso, Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 98), consideram que a violência doméstica psicológica é uma modalidade de agressividade negligenciada. Para este entendimento há dois pilares. O Primeiro, é referente ao que é exposto nas notícias de jornais, as quais indagam que a violência doméstica só é aparente quando está em sua forma mais gravosa como danos físicos significativos ou quando sobreveio a morte da vítima. O segundo pilar, refere-se ao que é demonstrado repetidamente pela mídia, elucidando que a violência urbana é maior que a violência doméstica, tanto em quantia, quanto em gravidade. Apesar de ser complicada a compreensão da prática de violência física sem a existência da violência psicológica, que é tão ou até mais grave que a anterior citada.

Nessa perspectiva, existem muitos desafios com relação a violência psicológica, Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 98), afirmam que muitas agressões físicas são em razão das graves consequências psicológicas, havendo, portanto, uma dupla omissão da violência psicológica, tanto na ausência de menções do fato na mídia e os limitados estudos sobre o tema.

Sob tais argumentos, Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 98), asseveram que é indispensável evidenciar que a violência psicológica não prejudica unicamente a vítima de maneira direta. Ela afeta todos ao redor que convivem ou que presenciam a agressão, como por exemplo, os filhos que visualizam a violência psicológica entre os pais, podendo até mesmo desencadear a ação dos filhos praticarem o mesmo ato com a irmã, colegas de escola, assim como também, com sua futura namorada e esposa/companheira.



Mediante o exposto, cabe ressaltar a quantidade de transtornos os quais decorrem da violência psicológica, seja na dificultosa identificação por parte da vítima, seja no despreparo das assistências nos atendimentos públicos, ou das doenças de rara comprovação do início da sua origem com relação a crueldade mental dentro do âmbito doméstico.

Nesse sentido, está o entendimento de Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 100), o qual versa que é relevante destacar que a violência psicológica causa grandes problemas emocionais e físicos. Apesar da ligação com a violência física, a violência psicológica precisa ser identificada, principalmente pelos profissionais de saúde que exercem em serviços públicos, como educação, segurança e saúde.

Seguidamente, Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 100), expressam que são verificáveis acontecimentos sérios de saúde oriundos do sofrimento psicológico, como por exemplo: “dores crônicas, síndrome do pânico, depressão, tentativa de suicídio e distúrbios alimentares”.

Nesta perspectiva, “[...] a violência psicológica deve ser enfrentada como um problema de saúde pública pelos profissionais que ali atuam, independentemente de eclodir ou não a violência física” (CAPONI; COELHO; SILVA, 2007, p. 100).

Segundo Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 101), pode parecer perceptível que a violência psicológica é uma premissa da violência física. Assim, quando ocorre a violência física, a vítima tem a possibilidade de agir de duas maneiras, buscar ajuda em uma delegacia ou permanecer justificando as ações do parceiro de maneira a ceder as agressões.

Embora haja proteção jurídica, dispositivo no Código Penal Brasileiro, a violência contra a mulher é um desafio visível, uma vez que estamos em um país machista (ROCHA, 2022, p. 06).

Ademais, “apesar do termo ‘violência psicológica’ estar sendo mais utilizado e comentado, lidar com este tipo de violência ainda é um desafio, haja vista que muitos dos seus comportamentos já estão bastante naturalizados” (ECHEVERRIA, 2018, p. 140).

Assim sendo, passando pelo contexto da violência psicológica, o cunho patriarcal que sobreveio a predominância da ilação de continuidade do poder do homem sobre a mulher, sendo expostos os avanços jurídicos que permeiam a sociedade atualmente a respeito desta agressão tida como silenciosa e desencadeando nas aparentes objeções que ainda permanecem e precisam ser combatidas.

Desse modo, objetiva-se analisar através dessas mudanças e evoluções recentes se as mesmas contribuíram na segurança das vítimas de forma a incentivar a denúncia do crime de violência psicológica contra a mulher.

### **3 CONTRIBUIÇÃO NORMATIVA FRENTE AS DENÚNCIAS**

A problemática do artigo gira em torno da indagação referente ao fator psicológico, se o mesmo é o único que contribui para o silêncio de muitas mulheres, visto que se trata de uma

violência considerada de difícil reconhecimento ou se há o temor da flexibilidade das punições para os agressores.

No momento da incriminação, tantas legislações existentes podem ser vistas como insuficientes para que a mulher se sinta segura ao denunciar o crime de violência psicológica, com isso, será aprofundado o momento da exposição da conduta delituosa.

### **3.1 Segurança da vítima na denúncia dos fatos**

Segundo o entendimento de Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 101 apud CUNHA 2022, p. 256), a vítima raramente irá buscar apoio externo quando se tratar de violência psicológica. A mulher inclina-se a consentir e defender as ações do agressor, prolongando seu sofrimento de angústia, desencadeando a violência física.

Todavia, apesar de já haver uma proteção jurídica acerca da violência psicológica e de maiores avanços legislativos, as vítimas não se sentem efetivamente seguras para denunciarem a agressão sofrida, aquela tida como “invisível”, conforme expressa Bourdieu (2012, p. 07-08), o domínio masculino e a maneira como é imposto e vivenciado, ocasiona em uma violência insensível e invisível a suas próprias vítimas.

Visto que o dano psicológico é o início de todas as demais modalidades de agressão, o mesmo não se torna menos gravoso. As evoluções normativas são cruciais para as vítimas se sentirem mais seguras dos seus direitos e amparos legais, conforme assevera Osaiki (2021, p. 05):

Resta trazer à baila que o dano psicológico pode ser tão prejudicial quanto a física, e integra o ciclo de violência que grandes números de mulheres sofrem. Avanços no ordenamento jurídico são de extrema importância para que as mulheres conheçam a devida aplicação da lei e se sintam seguras, bem como que se alcance a efetivação dos direitos das mulheres.

Nesse sentido, Maziero (2019 apud DANTAS, 2022, p. 241), expressam que para que houvesse uma maior punição desse crime, seria fundamental que as denúncias fossem realizadas, uma vez que se é perceptível o controle psicológico por parte do agressor, provocando o domínio da conduta da mulher, isto é uma das razões pelas quais a vítima deixa de denunciar, partindo da premissa que também padecem de outras modalidades de violência doméstica e familiar. Nesse diapasão, cerca de 60% das mulheres não efetuam o boletim de ocorrência, conforme estudo do Senado Federal, sendo um dos obstáculos o medo referenciado.

Posto isto, esse mecanismo de controle sobre a vítima, desencadeia insegurança e dificulta a denúncia, tornando-se indispensável a assistência às vítimas de forma a efetivar proteção as mesmas. À vista disso, um outro ponto que agravou a ocorrência nos casos de violência doméstica e familiar foi em razão da pandemia do Coronavírus, observou-se que o isolamento social como prevenção da contaminação do vírus, abriu margem também para que a vítima passasse mais tempo com seu agressor (DANTAS, 2022, p. 241-242).

Destarte, a Lei 14.188/2021 fortaleceu o enfrentamento frente a violência psicológica contra a mulher em várias esferas, de acordo com Dantas (2022, p. 243): “[...] a Lei 14.188/2021 reforça o combate contra a violência psicológica contra a mulher em diversos âmbitos, além disso a sua denúncia e combate também é ponto de partida para o enfrentamento a outras modalidades de violência contra a mulher”.

Logo, o avanço da proteção para as vítimas de violência psicológica contribuiu para melhoria no seu amparo jurídico, mas ainda se têm muito o que fornecer para que essas mulheres se sintam de fato seguras para denunciar, o acolhimento precisa ser fortificado para que a manipulação e o medo sejam enfraquecidos, uma vez que, existem muitas inocentes se culpando pelas ações do agressor. A cultura patriarcal ainda tem raízes predominantes em muitas pessoas, que conseqüentemente fazem outros indivíduos sofrerem por sua carência de evolução intelectual humana. Além da criminalização, é fundamental maiores políticas públicas para que haja maior efetivação das normas já existentes, bem como aperfeiçoamento e adequação das legislações futuras de acordo com a realidade e necessidade da maioria das mulheres.

### **3.2 Domínio do agressor sobre a vítima em âmbito doméstico**

Diante de toda violência psicológica que ocorre com muitas mulheres em ambiente doméstico e familiar, no qual há envolvimento afetivo entre as partes, observa-se a semelhança entre os casos, visto que de forma paulatina o violentador adquire controle sobre a vítima, conforme expressa Cunha (2022, p. 256):

A violência psicológica é uma forma de *slow violence*, uma violência cumulativa que gera, de forma silenciosa e invisível, uma progressiva redução da esfera de autodeterminação da mulher, com abalos emocionais significativos. [...] Usualmente, uma sucessão de pequenos atos de controle coercitivo e manipulação reduzem a capacidade de resistência da vítima para adaptar-se à situação de violência, que ao final vem paralisar sua reação.

Há um enorme problema na permanência da violência contra a mulher, devendo ser percebida desde o princípio quando ainda é a psicológica, a qual se faz o questionamento se muitas ainda deixam de expor essa prática abusiva pelo aspecto do domínio do agressor sobre a vítima, ganhando um maior destaque em relação afetiva, tornando as ofendidas ainda mais vulneráveis e submissas.

Assim, “uma das principais marcas dessa violência é a relação desigual de poder entre o autor e vítima. Não há violência doméstica sem violência psicológica, o agressor a conduz à submissão, causando-lhe dependência emocional” (OSAIKI, 2021, p. 03).

Nesse mesmo sentido, Cunha (2022, p. 260), assevera este domínio ao dizer que “[...] o dano doméstico possui um sentido comunicativo de ameaça e constrangimento, de forma que o comportamento agressivo significa que o agressor tem o poder de dispor sobre tudo que está na casa, inclusive da própria mulher.”

O mesmo se encontra em conformidade com Bourdieu (2012, p. 22), quando os agressores utilizam meios de dominação, os quais são instrumentos que envolvem seus pensamentos e visões, perspectivas essas, que estão moldadas em concordância com as estruturas de uma relação de controle que lhes é imposta, seus atos de conhecimento são, inevitavelmente, ação de submissão.

Corroborando com o mencionado acima, o documentário de Perez (2015 apud CORDEIRO, 2018, p. 376), afirma que nos casos em que há uma relação de violência contra a mulher e afetividade entre o violentador e a vítima, pode envolver sentimento de posse, onde adentrou na sociedade como uma cultura histórica, onde a mulher era sujeitada a autoridade do seu marido, uma posse cultural, a qual é romantizada pela mídia.

À luz dos ensinamentos de Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 99), os profissionais envolvidos na prestação de serviço que atendem as mulheres vítimas de violência doméstica, muito provavelmente já atenderam casos desse gênero, a mesma que tem sua manifestação de forma silenciosa, por vezes, imperceptíveis. Embora não ocorra violência física em alguns casos, ainda assim pode haver consequência de doença intensa. A violência psicológica surge de forma paulatina, a qual se expande para condutas mais gravosas. O agressor inicialmente dispensa o uso da agressão física, porém, limita a liberdade individual da mulher, desencadeando situações que exponha a mulher a situações humilhantes e constrangedoras.

Conforme a compreensão de Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 99), o violentador para obter êxito em suas manipulações, faz uso de estratégias, isso pode ser observado através dos relatos das mulheres nos atendimentos do CEVIC (Setor de Psicologia), as mesmas expressam as chantagens da não aceitação de suas vestimentas, mudança na maquiagem escolhida, frustração de eventos marcados, cancelamento de saída com amigas ou familiares, de forma a estimular o pensamento de pessimismo, de desmotivação para alcançar seus objetivos, fazendo-as se sentirem incapazes de atingir sucesso em suas metas de vidas.

Seguidamente, Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 99-100), afirmam que as vítimas também narram que com o decurso do tempo, as ações do agressor se modificam, ficando mais perceptíveis, ainda que sutis. Logo, a violência psicológica doméstica começa a ser demonstrada verbalmente, através de humilhações, sejam elas públicas ou privadas, expondo a vítima a vexame, ridicularizando seu corpo, denominando-a com nomenclaturas que lhe cause sofrimento, comportamentos esses que se acumulam, podendo levar a consequência de a mulher ficar buscando justificativas e pedindo desculpas para seu parceiro e demais pessoas que presenciaram a situação.

Em concordância com Caponi, Coelho e Silva (2007, p. 100), esse crime pode se camuflar diante de várias ilações que busque amenizar a agressão, muitas vezes ficando invisível aos olhos dos envolvidos. Por essa razão, a vítima inicia um ciclo vicioso na tentativa de defender o agressor, "a vítima tende a justificar o padrão de comportamento de seu agressor, o que a torna, de certa forma, conivente com ele."

Nesse sentido, Verardo (2004 apud CAPONI; COELHO; SILVA, 2007, p. 100), versa que, para algumas mulheres distinguirem que estão passando por um momento de violência é bastante complicado. Há vítimas que vivem em uma ilusão, disfarçando que todo aquele sofrimento não existe. Isso está em conexão com a própria ocorrência de violência, onde a mulher internaliza todos pensamentos do parceiro sobre quem elas mesmas são, deixando-as com baixa autoestima, intensificando a violência. Outras não apenas absorvem o que o outro dita sobre elas, como também interiorizam as vontades e desejos do agressor, extinguindo os seus. Ao alcançar esse nível de comportamento, a mulher e o homem passam a ser um só, assevera a pesquisadora.

Assim sendo, há bastante domínio do agressor sobre a vítima, principalmente quando envolve relações afetivas, a mulher se sente culpada pelas ações do agressor, acreditando que o mesmo é detentor da razão, isso não apenas expõe a mulher as outras modalidades de agressões, deixando-a ainda mais vulnerável, como também, acabam optando pelo silêncio, com o entendimento de que assim tudo se resolverá, quando na verdade, a vítima está protelando danos ainda mais graves, desconhecendo até mesmo seus direitos, uma vez que privada de toda e qualquer interação digna, com a finalidade de estreitar o pedido de ajuda, o que pode acarretar em dificuldade da punibilidade do violentador.

### **3.3 A incriminação do crime de violência psicológica contra a mulher**

Diante de toda complexidade do crime de violência psicológica contra a mulher, existem fatores que dificultam a incriminação do sujeito ativo, o que não distancia o Estado de reprimir essa conduta ilegal.

Perante o exposto, perfaz a doutrina de Nucci (2016, p. 24), o qual menciona que a “violência contra a mulher é visivelmente uma agressão, que, embora possa ser tida por costume ou ter outra base cultural, não afasta o abuso estatal ao permitir tal conduta, deixando de punir seu executor”.

A respeito do recente artigo normatizado, Osaiki (2021, p. 03), expressa que esse ato é um importante avanço na legislação, dado que na falta de uma tipificação concreta, ocasionaria prejuízo no momento da incriminação dos violentadores, visto que não era possível a formalização de uma acusação ao agressor, uma vez que se respaldavam no princípio da taxatividade.

Segundo Bonfim (2021, p. 254), trata-se de “um crime de ação penal pública incondicionada, qualquer um que presenciar atos que atentem contra a saúde psicológica da mulher podem denunciar”, com relação a consumação deste crime, Cunha (2022, p. 258) afirma que, “O crime se consuma com a provocação do dano emocional à vítima. Cuida-se de delito material [...] esse resultado pode ser perseguido ou não pelo agente.”

Sob o entendimento de Cunha (2022, p. 258), “O tipo penal do art. 147-B não exige habitualidade (reiteração de condutas), consumando-se com apenas um ato, cuja gravidade concreta já cause dano emocional significativo.”

Ressalta Cunha (2022, p. 258-259), que a modalidade tentada ainda que seja possível, é de difícil configuração, ou há a execução das ações que geram a violência, ou há apenas um preparo



para a conduta. Raramente o indivíduo é impedido de causar o dano psicológico por situações diversas à sua vontade.

É importante trazer à baila o standard probatório o qual expressa Cunha (2022, p. 259):

A prova do resultado pode ser feita pelo depoimento da ofendida, por depoimentos de testemunhas, relatórios de atendimento médico, relatórios psicológicos ou outros elementos que demonstrem o impacto do crime para o pleno desenvolvimento da mulher, o controle de suas ações o abalo de sua saúde psicológica ou algum impedimento à sua autodeterminação. Considerando que o resultado do crime não é a lesão à saúde psíquica, mas o dano emocional (dor, sofrimento ou angústia significativos), laudos técnicos não são necessários.

Superada a taxatividade, ainda estamos diante de um contexto probatório complexo, onde para que ocorra a materialização das provas frente a uma denúncia, o obstáculo mental o qual a vítima vive, seria o primeiro a ser vencido, as barreiras do medo, da insegurança, do constrangimento e até mesmo do perigo de morte cometido por seu parceiro.

Por conseguinte, é notório que a violência psicológica contra as mulheres ultrapassa o âmbito doméstico familiar e afetivo, podendo acontecer também nos locais de trabalho. Nessa perspectiva, a criminalização produzida pela Lei 14.188/2021 trouxe evolução legislativa com relação à proteção das mulheres (DANTAS, 2022, p. 244).

Além dos locais de trabalho, a violência psicológica pode ocorrer também segundo Cunha (2022, p. 257), "em estabelecimentos de ensino, serviços de saúde (violência obstétrica), templos religiosos, locais públicos [...] e serviços de atendimento à mulher," dentre outras tantas maneiras possíveis de infringir a integridade mental de uma mulher.

Nessa última maneira de violência psicológica supracitada, é um outro viés que dificulta ainda mais a incriminação de muitos violentadores. Os serviços de atendimento a mulher muitas vezes falham no seu acolhimento e diálogo adequado de abordar uma pessoa fragilizada, declinando para julgamentos sutis ou até mesmo fazendo a vítima reviver os fatos dolorosos.

À vista disso, a capacidade da mulher para se autodefender fica automaticamente prejudicada resultante da violência psicológica, uma vez que estamos diante de uma violência doméstica que deveria ser vista como uma das formas mais graves, sendo que afeta a saúde mental podendo comprometer a saúde como um todo da vítima. Nessa perspectiva, a comprovação de determinada doença motivada por abalo psicológico grave, seria ainda mais complexa, visto a necessidade de comprovação do nexo de causalidade.

Desse modo, variados são os motivos e circunstâncias que venham a desencorajar as vítimas de denunciar a agressão sofrida, seja por temor de falha jurídica, seja pelo próprio domínio do agressor sobre a mulher ou seja pela complexidade em comprovar o que ocorre entre quatro



paredes. Com isso, ainda se tem muito o que percorrer frente a melhoria de proteção das mulheres contra a violência psicológica.

#### **4 CONCLUSÃO**

O artigo desenvolvido tem como base a violência psicológica contra a mulher, possuindo grandiosa relevância social, uma vez que, tem o objetivo de analisar a proteção jurídica dessas mulheres, com o cunho informativo sobre os direitos que muitas vítimas possuem frente ao avanço normativo recente, averiguando se o mesmo colaborou para com as denúncias, bem como trazer um alerta para aquelas que vivem a violência e não conseguem identificá-la, visto que o texto tem o propósito de verificar também o mecanismo de controle que o agressor detém sobre a vítima de forma a dificultar a incriminação do delito.

Diante disso, é perceptível o quão evolutivo o direito para com a proteção das mulheres, vítimas de violência psicológica, ganha gradativamente mais notoriedade e relevância, ainda que de forma questionada pelos demais não abarcados por esse amparo do sujeito passivo específico.

Desde o surgimento dos primeiros sinais dessa violência até os dias atuais, observa-se que, apesar de grandes barreiras derrubadas e legislações tipificadas, ainda há muito temor por parte das vítimas para realizar a denúncia de seus agressores, uma vez que, quando envolve violência psicológica, grandes são os obstáculos à seres vencidos internamente para que essa mulher venha a expor sua realidade.

Embora exista a Lei Maria da Penha, bem como a grande inovação da Lei nº 14.188/21, comprovar o dano psicológico requer uma bagagem complexa, visto que até chegar a esse momento, a vítima já se expôs em diversos outros abusos, seja no despreparo dos profissionais ao recebê-la, seja na morosidade no deferimento de uma medida protetiva, onde todo minuto é crucial para a vida daquela mulher que convive com seu agressor.

Os violentadores possuem a confiança que têm o domínio sobre a vítima, estando cientes que não é fácil para a mulher se libertar daquela relação tóxica e abusiva. Vale ressaltar que, a violência psicológica o qual o artigo dar maior ênfase são nas relações afetivas, nesse sentido, torna-se ainda mais complicado para a mulher denunciar o seu parceiro, pois há todo o sentimento que à impede de efetuar a denúncia, seja por acreditar na mudança do parceiro, ou por receio de uma possível fúria resultar em um feminicídio.

É necessário que haja uma maior criação de programas que prestem apoio para essas vítimas na medida de suas realidades, para que então a Lei 14.188/21, que perfaz a tipificação do artigo 147-B no Código Penal, possa efetivar todos os seus objetivos de forma integral, visto que a vítima precisa de uma estrutura para conseguir se reestruturar, muitas vezes não tendo amparo de familiares, nem financeiro para encarar toda complexidade de um processo, não podendo pagar por um psicólogo para si ou filhos quando houver, os quais presenciaram toda situação.

Desse modo, necessitamos de maiores avanços para uma completa amplitude de proteção para as mulheres, sem dar espaços para comparativos de ações e abrandamento de punições. O agressor precisa compreender que não haverá brechas para sua não incriminação, sendo forçado

ao não cometimento do crime. Assim, a forma como é tratada juridicamente a proteção das mulheres contra a violência psicológica, lamentavelmente ainda não oferece uma integral segurança para as vítimas denunciarem o crime.

## 5 REFERÊNCIAS

BONFIM, Giullia Gama de Souza. Violência psicológica: **A necessidade do combate efetivo ao crime como forma de evitar a ocorrência das demais violências contra a mulher**, 2021. Disponível em: <<https://estacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/AMCF/article/view/790>>. Acesso em: 16 de out. 2022.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação Masculina**; tradução Maria Helena Kuhner. – 11. ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 19 de nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 de nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 20 de nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm)>. Acesso em: 19 de nov. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição 9.799 Distrito Federal. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 26 de ago. 2021. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347551318&ext=.pdf>>. Acesso em: 06 de nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Coleção Curso de direito penal**. v. 3 – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CORDEIRO, Débora da Silva. **Por que algumas mulheres não denunciam seus agressores?** CS Online - Revista Eletrônica de Ciências Sociais, [S. l], n. 27, 2018. DOI: 10.34019/1981-

2140.2018.17512. Disponível em:

<<https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17512>>. Acesso em: 1 de out. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: JusPODIVM, 2022.

DANTAS, Cecília Evellyn Catão. **As implicações da criminalização da violência psicológica contra a mulher pela lei 14.188/2021 no que concerne ao combate à violência contra a mulher**. Revista Avant. Florianópolis/SC. V.6, N.1. 2022. Disponível em: <[https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/235817/230-247\\_Artigo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/235817/230-247_Artigo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 20 de out. 2022.

ECHEVERRIA, Gabriela Bothrel. **A Violência Psicológica Contra a Mulher: Reconhecimento e Visibilidade**. Cadernos de Gênero e Diversidade, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 131–145. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/cadg-endiv/article/view/25651>>. Acesso em: 8 de out. 2022.

EJURR. Escola do Poder Judiciário de Roraima. **Palestra: Violência Psicológica e a Lei 14.188/2021** | Rogério Sanches. Youtube, 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pH6DbA4tRHI&t=1377s>>. Acesso em: 06 de nov. 2022.

FERNANDES, Diez Scarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. **Violência psicológica contra a mulher: Comentários à Lei n. 14.188/2021**. Versão Online. Disponível em: <<https://assets-institucional-ipg.sfo2.cdn.digitaloceanspaces.com/2021/07/FERNANDES-%C3%81VILA-CUNHA-2021-Coment%C3%A1rios-%C3%A0-Lei-Viol%C3%A0ncia-Pscicol%C3%B3gica.pdf>>. Acesso: 12 de nov. 2022.

FIGUEIREDO, Rudá. **Violência Doméstica contra a mulher e Lei nº 14.188 de 2021**. Disponível em: <[https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/codigo\\_penal\\_-\\_parte\\_especial/atualizacao\\_em\\_direito\\_penal\\_-\\_lei\\_14.188\\_de\\_2021.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/codigo_penal_-_parte_especial/atualizacao_em_direito_penal_-_lei_14.188_de_2021.pdf)>. Acesso em: 24 de out. 2022.

FIRMINO, Cristiele Roberta Santos; PEREIRA, Mariane Aparecida de Paula. **Lei Maria da Penha e a Inclusão da Violência Psicológica no Código Penal**. Anima Educação. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/20908/1/ARTIGO%20CIENTIFICO-Mariane%20e%20Cristiele.pdf>>. Acesso em: 06 de out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública** / Guilherme de Souza Nucci. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OSAIKI, Gabriela Emi Ito. Lei nº 14.188/2021: **A criminalização da violência psicológica contra a mulher e a produção probatória**. Intertemas – Toledo Prudente, 2021. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9105>>. Acesso em: 05 de out. 2022.

ROCHA, Karoline Vitória Oliveira. **Violência contra a mulher: Uma análise à luz do direito sobre a violência psicológica enfrentada por mulheres brasileiras**. Artigo Científico (Graduação do Curso de Direito). Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS), Goiânia, 2022. Disponível em: <

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4482/1/Karoline%20Vito%CC%81ria%20Oliveira%20Rocha%20.pdf>>. Acesso em: 28 de ago. 2022.

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. 1, n. 21, p. 93-103, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-32832007000100009>>. Acesso em: 28 de ago. 2022.

## **A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA**

**IVAN DO NASCIMENTO GOMES:**

Graduando em Direito pelo Centro  
Universitário FAMETRO

**RESUMO:** A lei de acesso à informação foi criada para permitir o acesso a dados e informações por parte dos Poderes, permitindo além de tudo com que a sociedade brasileira pudesse obter conhecimento de todas as atividades do Estado. A lei de acesso à informação traz para o cidadão todo o poder de decidir a partir da transparência de atividades, processos, despesas e cargos que envolvem o estado democrático de direito. Entende-se que a disponibilidade dos fluxos de informações para a população dá início a chamada “cultura do acesso” que permite com que exista melhores tomadas de decisão voltadas para o controle público, bem como dados que se apresentam relevantes para análise do governo das esferas, gastos, custos e documentos oficiais. Este artigo tem como principal objetivo analisar como a lei de acesso à informação permite com que qualquer pessoa possa ter acesso à informação do Poder Judiciário e da Administração Pública como forma de exercício à cidadania. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada em livros, dissertações, leis artigos de revistas jurídicas. Sendo, portanto, uma pesquisa de natureza qualitativa, no qual procura-se evidenciar como os tribunais tem disponibilizado o acesso à informação para todos os usuários.

**Palavras-Chave:** LAI. Democracia. Transparência. Judiciário.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Contexto histórico sobre o acesso à informação: 2.1 Estado Democrático Direito; 2.2. Estado brasileiro à luz do Direito à informação pública; 2.3. Acesso à informação nos dias atuais; 3. Transparência administrativa e acesso à informação: 3.1 Transparência de informações nos tribunais; 4. Conclusão. 5. Referências.

### **1.INTRODUÇÃO**

A democracia é descrita de diferentes formas, no entanto, todas precisam constar a transparência e a visibilidade que traz igualdade entre as pessoas, principalmente para poder emanar o poder do povo de obter conhecimento sobre o que acontece dentro dos Poderes, sejam eles Judiciário, Legislativo ou Executivo. As informações fornecidas validam um regime democrático, pois permitiu com que todas as pessoas possam ter poder de escolher, reivindicar e modificar a realidade que as envolvam no sentido do direito.

Para proporcionar com que a democracia seja exercida, a lei de acesso à informação foi criada para aceitar o acesso a dados e informações por parte dos Poderes, permitindo além de tudo com que a sociedade brasileira pudesse obter conhecimento de todas as atividades do Estado.

A lei de acesso a informação traz para o cidadão todo o poder de decidir a partir da transparência de atividades, processos, despesas e cargos que envolvem o estado democrático de direito.

Este artigo tem como principal objetivo analisar como a lei de acesso à informação permite com que qualquer pessoa possa ter acesso à informação do Poder Judiciário e da Administração Pública como forma de exercício à cidadania. Como objetivos específicos, busca-se apresentar a lei de acesso à informação (LAI) como instrumento de exercício da transparência pelo Poder Judiciário; verificar quais são as resoluções voltadas para o acesso à informação que foram criadas pelo Conselho Nacional de Justiça e como estão sendo efetivadas como LAI; Pontuar os casos em que a LAI permitiu com que fossem cumpridas a transparências de atos públicos pelo Poder Judiciário.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada em livros, dissertações, leis artigos de revistas jurídicas. Sendo, portanto, uma pesquisa de natureza qualitativa, no qual busca-se evidenciar como os tribunais tem disponibilizado o acesso à informação para todos os usuários. Sendo, portanto, um estudo descritivo que aponta a forma como os tribunais tem executado a lei de informações.

## **2.CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE O ACESSO À INFORMAÇÃO**

O acesso à informação passou a ser objeto de regulamentação legal durante o período do governo de Getúlio Vargas, referente à Constituição de 1934, que citava no artigo 113, como a busca de informações processuais, IN VERBIS.

Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para o esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às ultimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva (BRASIL, 1934).

Durante o ano de 1967, a Constituição Brasileira prevê a busca à informação pelo cidadão brasileiro, como uma forma de direito individual de cada um, como descrito no Art. 150 - § 8º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967:

Art. 150 - § 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo



quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independente de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe (BRASIL, 1967).

No entanto, anos depois, através da promulgação do Ato Institucional 5 (AI-5), durante o ano de 1968, no qual foram criados mecanismos que iriam trazer uma série de restrições para o direito de acesso à informação, visto que nesse mesmo período o Brasil estava sob Governo Militar. Além disso, a limitação de outros direitos atuava como uma forma de manter o país sob domínio (FONSECA, 2011, p.34).

No ano de 2000, houve um retrocesso na obtenção no qual foi criado o termo “sigilo eterno” para prever sigilo em diversos artigos, no qual aumentou o prazo para a aquisição de documentos considerados sigilosos, no qual já tinha sido alterado para 30 anos, depois para 50 anos (INDOLFO, 2013, p.14).

Os avanços somente começaram a surgir depois de 2009, através do projeto de lei 210/2003, o qual deu origem a Lei de Acesso à Informação (LAI), onde teve o intuito de tornar o acesso como uma forma democrática de adquirir informações. Depois disso, surgiram diversos debates que deram início a divulgação de documentos, e novas regras voltadas para o sigilo, tornando extinto o “sigilo eterno”. A aprovação dessa lei permitiu com que todos tivessem permissão à documentos históricos do Brasil, inclusive no período da Ditadura Militar (INDOLFO, 2013, p.15).

## **2.1 Estado Democrático Direto**

Antes de adentrar ao assunto voltado para Estado Democrático, faz-se necessário apresentar o conceito do que é a democracia. Com base nisso, pode-se afirmar que a democracia é conceituada como um sistema institucional voltado para tomadas de decisões políticas, que se passeia na vontade do coletivo, onde as decisões são tomadas junto com as vontades dos cidadãos. Para alguns a democracia é estabelecida como o poder do público (BOBBIO, 2000, p.386)

Pode-se também concordar com Kelsen (2001, p.10) de que a democracia traz consigo um regime justo, pelo fato de garantir com que cada indivíduo tenha sua liberdade individual, esse é o maior foco da democracia. Se comprovado que a democracia garante somente a liberdade individual, mas a segurança econômica deixa a desejar, então outra forma de regime, e não a democrata, passará a ser considerado como justo, visto que outros fins pedem outros meios. Fundado nisso, pode-se compreender que a democracia é boa para a sociedade em termos, mas não absoluta, sendo com isso considerada um regime relativo.

Levando isso em conta, a cidadania traz consigo o aspecto a ser considerado. Partindo-se do ponto de vista da cidadania, a democracia estará relacionada com as lutas por direitos de uma forma generalizada, bem como de uma forma mais específica, dependendo de cada direito que o indivíduo esteja buscando, como afirma Carvalho (2015, p.14-15):

O exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e voto, não gera automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego. O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população. Dito de outra maneira: a liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais. Isto quer dizer que a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras. Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico.

Pode-se compreender que o Estado Democrático de Direito busca garantir, os direitos básicos e fundamentais para todos. A partir desse ponto, "o nacional deixou de ser considerado como um mero súdito, passando à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes deste", (PINHO, 2010, p.98).

Neste sentido, o Estado discrimina que tão importante quanto proteger todos os cidadãos é promover a igualdade de direitos entre todos, no qual atribui-se "uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e a valorização da personalidade do que o quadro tradicional da solidão individualista" (BONAVIDES, 2010, p. 565).

De acordo ainda com Bonavides (2010, p.567), as garantias institucionais atuam de maneira que há a necessidade de que haja uma promoção dos valores sociais e com isso estas exigem do próprio Estado uma prestação concreta, para que este possa gerar "pressupostos fáticos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se converteria numa ficção".

Com fundamento nisso, o princípio da igualdade se apresenta relevante para que a democracia possa se fazer existir, envolvendo também outras garantias, tais como envolvendo acesso à informações importantes que remetam à cidadania, direitos sociais e econômicos (PINHO, 2010, p.98).

Conforme discrimina Bonavides (2010, p.571), pode-se afirmar que existe a quarta geração de direitos que envolve o direito à democracia, informação e ao pluralismo. Dessa maneira, com o avanço da tecnologia, e com a junção de todas as gerações de direitos, o direito à democracia passou a se apresentar como a base de uma pirâmide, onde estão presentes todas essas gerações,

sendo fundamental para que o direito e a justiça possam garantir proteção a todos os cidadãos, garantia esta que deve existir advindo do Estado. Isso porque a atual Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a consagração de que o Poder Constituinte originário vem do povo, trazendo à tona a soberania do povo.

Pode-se citar o art. 1º, da Constituição Federal de 1988, no qual se afirma que a República Federativa do Brasil constitui o Estado Democrático de Direito, além disso estabelece a democracia semidireta, onde precisa criar representantes eleitos, subtraindo do povo de algumas decisões, mas que a participação deste está discriminado e previsto na Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 2014a).

Dessa forma, o Estado Democrático está voltado para a soberania popular, dando consentimento a participação do povo brasileiro na decisão pública, deixando com que a sociedade brasileira possa decidir sobre o seu próprio destino, pois a democracia envolve escolhas da pura vontade do povo (SILVA, 2004, p.121).

Dentro dessa visão, Silva (2004, p.119-120) retrata o Estado Democrático de Direito como parte de um processo de convivência social, pertencente a uma sociedade livre e justa, como discrimina o art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito está sujeito a lei, não somente de uma lei no sentido de ser formal e obrigatório, mas por buscar igualdade nos direitos de todos e também no acesso à justiça, na procura da igualização das condições dos que se apresentam. Pode-se afirmar ainda que na Constituição Federal atual, o democrático qualifica o Estado, sendo levado em consideração que os valores da democracia devem sobrepor e orientar toda a organização estatal, principalmente no tocante jurídico. Dessa forma, o princípio da legalidade tem se apresentado como o princípio do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, subordina-se à Constituição Federal de 1988, sendo com isso o fundamento da legalidade democrática (SILVA, 2011, p. 121).

Dessa maneira Silva (2011, p.121) afirma também que:

A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

Para Pontes Filho (2005, p.731) somente pode-se afirmar que existe um Estado Democrático de Direito quando a ordem normativa advém da vontade popular. Deste modo, essa lei prevalece perante as vontades dos governantes. Desta forma, o Estado Democrático de Direito envolve toda essa delegação popular, onde o interesse do povo corresponde a supremacia de interesse público.

Por consequência, qualquer restrição de acesso por parte do povo em informações que fazem parte do poder democrático se apresenta como uma ofensa ao exercício da cidadania no Estado Democrático, que por sua vez mitiga a democracia limitando-a um pedaço de papel (HESSE, 1991, p. 13).

## **2.2 Estado Brasileiro à luz do Direito à informação Pública**

As ciências e as áreas técnicas atuam de forma a colaborar com o desenvolvimento da sociedade, mas para que isso possa acontecer, dados e informações precisam ser compartilhados de forma pública, para que todos tenham conhecimento das problemáticas e das novas soluções voltadas para a resolução de problemas que afetam a sociedade. Atualmente, essa sociedade recebe o nome de "sociedade da informação", no qual se apresentam como tecnologias modernas de tratamento de dados que geram informações. Estes por sua vez, são extremamente necessários para a criação de projetos e, inclusive, ampliação de políticas públicas, além de colaborar para o desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e no campo de políticas de inclusão social (MARTINS; ALMEIDA, 2012).

Com base na importância que a informação tem, principalmente para a comunicação, pode-se afirmar que aquela se apresenta como um elemento humanizador, visto que é através daquelas

que as pessoas conseguem repassar conhecimentos e símbolos, criando com isso um compartilhamento que gera uma agregação das pessoas e das comunidades (PAGLIARINI; AGOSTINI, 2009).

Contudo, cabe apresentar também o conceito do direito sob a perspectiva do acesso à informação. Dessa maneira, o direito busca atingir o seu principal objetivo que é oferecer o equilíbrio social, de maneira que haja uma organização das relações sociais através do próprio ordenamento jurídico. Levando isso em conta, Martins e Almeida (2012, p.146) trazem consigo a seguinte análise sobre a atuação do direito, nestes termos:

O Direito é reflexo do contexto social, político e econômico da sociedade na qual está inserido. É o espelho do modo de vida das diferentes sociedades e grupos sociais existentes. Ele emerge da sociedade para regular as atividades humanas e para que o convívio social seja possível. Onde há sociedade o Direito sempre estará presente. A ciência do Direito procura tomar como base essa regularidade das ações humanas como um dos objetos de análise.

No entanto, cabe dentro desse contexto, trazer à baila a diferença que existe entre o direito de informação e o Direito da Informação. De acordo com Veigas (2003, p.101), o direito de informação é a garantia que cada um tem de ter acesso à informação, sendo, portanto, de caráter individual. Sendo entendido praticamente como o direito à liberdade de expressão, no qual se utiliza das informações para exprimir suas próprias opiniões. Esse direito está respaldado pela própria Constituição Federal, mais precisamente na parte de comunicação social, visto que apresenta o direito das pessoas de informar, como discrimina o art. 5º, IV.

Dessa mesma forma, o direito à informação está voltado as informações que são de interesse da coletividade, não somente do particular, mas o uso que é compartilhado serve para o benefício de toda a sociedade. Um exemplo disso são as informações voltadas para a administração pública dos governos municipais, estaduais e federal. No entanto, pode-se afirmar que o direito à informação está listado entre os outros direitos que todos os cidadãos possuem, pois envolve a prática da cidadania. Todavia, o Direito da Informação trata-se somente de um conjunto de conhecimentos que estão inseridos como disciplinas específicas da área da Ciência da Informação (MARTINS; ALMEIDA, 2012, p.147).

Visto que o Estado Brasileiro traz consigo uma forte ligação com a democracia, pode-se afirmar que o direito à informação corresponde a execução da democracia por parte da sociedade, visto que quando o povo busca obter informação, o Estado ao permitir esse acesso está exercendo a democracia, devido a igualdade de direitos por parte da coletividade em conhecer um dado que seja do interesse de todos. Dessa maneira, quando a informação é limitada, controlada ou ainda alterada, a democracia é atacada, sendo deixada de ser exercida (PAGLIARINI; AGOSTINI, 2009, p. 111).

Assim, somente é possível ser livre democraticamente se todos tiverem o mesmo direito de acesso à informação. Com essa liberdade é que qualquer cidadão consegue construir seus próprios caminhos, conseguindo com isso abstrair dados que poderão colaborar como o direito de se expressar, publicar, falar e até mesmo pensar. As informações servem para levar as outras o conhecimento do que é justo e igualitário, podendo inclusive o povo exercer o seu poder soberano de manifestar sua vontade através de manifestações e reivindicações que partem de informações recebidas e que norteiam o entendimento da população brasileira (PAGLIARINI; AGOSTINI, 2009, p. 115).

### **2.3 Acesso à informação nos dias atuais**

Em tempos remotos, como antes mesmo de existir a Constituição Federal de 1988, o acesso a informações que levariam ao conhecimento da população brasileira o que realmente acontecia era limitado, até mesmo a preocupação voltada em aplicar o princípio da publicidade aos atos do Governo, era efêmera. Esse período era marcado pelo patrimonialismo, que possuía uma visão e que o que acontecia no Estado e suas respectivas decisões somente dizia respeito a eles que estavam no poder, (administração interna). Contudo, quando a ditadura militar acabou, houve uma redemocratização do país e o acesso a informação ganhou maiores patamares onde passou a fazer parte da própria Constituição Federal de 1988 (MEDEIROS; MAGALHÃES; PEREIRA, 2014, p.98).

Destaca-se os mecanismos tais quais, presente no art. 5º, inciso XXXII, art. 32, inciso II, § 3º e art. 216, § 2º, da Constituição Federal:

- Inciso XXXIII do art. 5º: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (BRASIL, 1988, p.4).

- Inciso II do § 3º do art. 37: "A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulado especialmente: o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observando o disposto no art. 5º, X e XXXIII (BRASIL, 1988, p. 47);

- §2º do art. 216: "Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (BRASIL, 1988, p. 159).

Isto é, pode-se afirmar que faz aproximadamente trinta anos que o direito à informação está embasado por lei e se unificou aos outros direitos fundamentais, que garantem a sociedade



brasileira de ter acesso à informação. Considera-se que em tempos da ditadura, a limitação à informação era fruto do controle social que era exercido sobre a população. Este controle também acontecia com o acesso à informações modificadas ou até mesmo ocorria a omissão de informações. Por outro lado, com o acesso às informações, a própria população poderia cobrar os atores políticos dos direitos pela qual traz à luz a própria Constituição Federal de 1988, exigindo-se mudanças voltadas para o cumprimento e exercício da democracia e cidadania, sendo com isso fiscais das atividades praticadas pela administração pública representada pelas esferas.

Entretanto, mesmo existindo embasamento na própria Constituição, ainda sim, o acesso à informação precisaria de um instrumento legislativo que a regulasse. Contudo, o que existia de fato eram leis e decretos que, de forma incoerente e inconstitucionais que embasavam o sigilo de documentos públicos. Para atender essa problemática, no ano de 2011, passou a ser promulgada a lei n. 12.527, que passou a ser conhecida como a lei de acesso à informação, no qual entrou em vigor no ano de 2012. Com a sua criação o país passou a entrar na lista dos países que tinham uma lei específica para o acesso à informação, entrando no ranking na 89ª posição. Essa lei trouxe consigo a finalidade de assegurar que passassem a serem protegidos os direitos humanos no tocante do acesso à informação. Com isso, passou a ser estabelecido pelo âmbito legal que a informação é a representação de dados, que podem ser processados ou não, mas que podem ser utilizados para produção, transmissão e compartilhamento de conhecimento, que podem ser encontrados em qualquer formato (BRASIL, 2011, s.p.).

Todavia, os procedimentos de acesso à informação passaram a ser aplicados em todas as esferas e órgãos públicos pertencentes aos três poderes. Além disso, passou a fazer parte as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades controladas de forma direta ou indireta pela União, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2011, s.p.).

Faz parte do texto dessa respectiva lei a publicação das informações, considerando-se que dados advindos do Estado e de suas gestões são considerados fontes de poder. A finalidade de existir uma lei que possa garantir que qualquer pessoa pode solicitar ou ter acesso de forma facilitada a dados e informações voltados ao poder público, faz com que não exista um monopólio de informações que possam ser usadas para favorecimento próprio e contra o interesse público. Contudo, essa lei não exclui a possibilidade de preservar dados sigilosos e estes estão relacionados exclusivamente com pesquisas, projetos de cunho científico e tecnológicos, visto que o sigilo traz segurança para o desenvolvimento dessas pesquisas (BRASIL, 2011, s.p.).

No decreto nº 5.301/2004, antes da legislação vigente, os documentos possuíam as seguintes classificações: ultrassecretos, secretos, confidenciais e reservados. Com a criação da lei do acesso à informação, os documentos confidenciais se tornaram extintos. Além disso, também teve mudanças em prazos de sigilo. As informações consideradas como ultrassecretas, que antes tinham prazo de sigilo de 30 anos, na nova lei têm 25 anos. Por outro lado, as informações consideradas como secretas reduziram de 20 para 15 anos. Contudo, as informações consideradas

como reservadas manteve o mesmo prazo de sigilo. Outra diferença está voltada para a renovação dos prazos de sigilo, que na nova legislação passou a pertencer somente às informações ultrassecretas, sendo que a renovação do prazo pode ser realizada somente uma vez por igual período (MEDEIROS; MAGALHÃES; PEREIRA, 2014, p. 45).

No ano de 2012, o supracitado decreto acima foi revogado, dando vez para o novo decreto 7.845/2012, que teve influências diretas da lei de acesso à informação, no qual passou a regulamentar o tratamento de documentos considerados como sigilosos, conforme dispõe a emenda da lei nº 12.527 *in verbis*:

Este Decreto regulamenta procedimentos para o credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo no âmbito do Poder Executivo Federal, e dispõe sobre o núcleo de Segurança e credenciamento, conforme o disposto nos arts. 25, 27, 29, 35, § 5º, e 37 da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Entende-se que a disponibilidade dos fluxos de informações para a população dá início a chamada “cultura do acesso”, que permite a existência das melhores tomadas de decisão voltadas para o controle público, bem como dados que se apresentam relevantes para análise do governo das esferas, gastos, custos e documentos oficiais. Esse acesso permite a gestão adequada de políticas públicas que, além de outras coisas, permitem a inclusão do cidadão no direcionamento econômicos e administrativos do país. Posto isso, Medeiros, Magalhães e Pereira (2014, p.64) afirmam que “o acesso à informação constitui uma ferramenta essencial para combater a corrupção, transforma em realidade o princípio da transparência na gestão pública e melhora a qualidade das nossas democracias”.

### **3. TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E ACESSO À INFORMAÇÃO**

Mesmo existindo uma nova Constituição Federal que embase o acesso à informação no Brasil, os dados continuavam não chegando até o conhecimento da população de forma pública e transparente, mesmo estes tendo o direito constitucional de obtê-los, previsto conforme *in verbis*:

Art. 5º , XXXIII, da CF/88 – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Com a criação da Lei de Acesso à informação (LAI) e com o embasamento legal e constitucional para acesso à informação, o poder judiciário se apresentou resistente a fornecer informações, criando obstáculos para que possa fornecê-las de forma pública, através dessa

percepção o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promulgou a Resolução n. 215, de 2015, dando início a regulamentação ao acesso à informação do Poder Judiciário (SCHLINDWEIN, p.13).

Essa resolução teve como base a própria LAI e trouxe consigo os seguintes textos, *in verbis*:

- Regulamenta a LAI no Poder Judiciário, reafirmando suas diretrizes (art. 3º);
- Determina a divulgação de informações sobre o funcionamento da Justiça, em linguagem simples e acessível (art. 5º) e que os portais tenham um atalho para o SIC e o Portal de Transparência (art. 7º);
- Determina um rol mínimo de informações que devem ser divulgadas (art. 6º), exigindo a identificação do requerente para consulta de informações individuais e nominais de remuneração dos membros ou servidores (art. 6º; §§ 2º e 3º).
- Estabelece quais tipos de pedidos de informação não serão atendidos (art.12) e quais informações têm acesso restrito, independentemente da classificação do sigilo (art. 25, § 5º);
- Define a publicidade das sessões de julgamento, estabelecendo que elas devem ser transmitidas ao vivo, bem como a gravação e a ata devem estar disponíveis no site oficial (Capítulo VII, art. 22);
- Estabelece o Grupo Permanente de Acompanhamento da LAI, cujas atribuições se referem a promoção, fiscalização e controle do Portal da Transparência (art.40) (CNJ, 2015, s.p.).

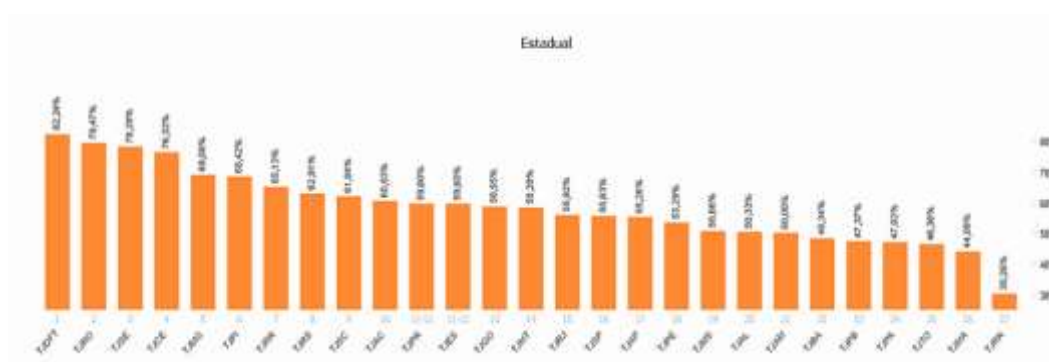
Dessa forma, a regulamentação da LAI se apresentou como um forte mecanismo voltado para a transparência no Poder Judiciário, visto que este tem o dever de cumprir as leis.

### **3.1 Transparência de informações nos tribunais**

O Poder Judiciário é apenas um dos Poderes que está submetido a lei de acesso à informação como rege a Constituição Federal, regulamentada pela lei n. 12527/2011. Além disso, conforme discrimina o Índice de Confiança Social (ICS) de 2018, que foi pesquisado pelo Instituto brasileiro de opinião pública e estatística ( IBOPE), o Poder Judiciário é considerado uma das instituições mais confiáveis, ficando na 12ª posição, adquirindo 43 pontos na análise, de uma pontuação máxima de 100 pontos. Essa atuação envolve vários acontecimentos que vem ocorrendo no país recentemente, com a atuação contínua do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visto que se apresenta notório os esforços deste para que pudesse ser implantada uma cultura de transparência dentro dos Tribunais de Justiça do Brasil. Por conseguinte, o que se tem observado foram

resultados considerados insuficientes ou até mesmo, insatisfatórios, como se pode observar na figura 1 abaixo. O ranking foi realizado para premiar os cinco tribunais que mais cumprissem com a lei de acesso à informação e de transparência (SCHLINDWEIN, p.11).

Figura 1- Ranking criado com base na resolução 215/2015



Fonte: CNJ, 2018.

Como se pode observar da figura acima, os tribunais brasileiros apresentaram um resultado ainda menor do que o esperado, onde ficou evidenciado que cumprem apenas 58% dos dispositivos da respectiva lei de acesso à informação. Desta maneira, ainda existem cerca de 13 tribunais que não apresentam transparências e acabam ferindo a democracia quando limitam o acesso à informação para a população. De acordo com o Ministro Toffoli do Supremo Tribunal Federal, o acesso à informação por parte do Poder Judiciário se apresenta como uma prestação de contas ao cidadão brasileiro, sendo considerada também uma forma de impulsionar o acesso eficiente aos dados, contribuindo para a desmistificação de um judiciário intocável (SCHLINDWEIN, p.11).

No estudo apresentado por Schlindwein (2019, p. 39), afirma-se que o site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) traz consigo informações importantes para a sociedade, no qual se destacou com pesquisas realizadas que tinham quatro resoluções, duas portarias e uma instrução normativa que o órgão criou para que fosse possível a aplicação da lei de acesso à informação.

Dessa forma, o acesso facilitado de forma digital se apresenta como validação democrática, pois qualquer pessoa pode acessar os sites, podendo acompanhar o andamento dos processos e outras informações interligadas com o Judiciário. A publicidade dos canais de atendimento também permite que o usuário possa entrar em contato direto com o respectivo tribunal para tirar dúvidas ou fazer reclamações. Assim, acessar essas informações permitem também que as pessoas possam ter acesso à justiça (OLIVEIRA; DINARTE, 2015, p.287).

De acordo com Velicogna (2006, p. 101), a tecnologia de informação e Comunicação (TIC) se apresentou como um grande instrumento a possibilitar o acesso à informação no Poder

Judiciário, pois passou a contribuir com a transparência e facilidade no acesso das informações. Essa ferramenta contribui com a legitimidade do Poder Judiciário, permitindo a ampliação da democracia (VELICOGNA, 2006, p.256).

Além disso, essas ferramentas digitais e atuais contribuem para a transparência e além disso, permitem com que haja facilidades administrativas para movimentação de processos, agilizando-os, como acontece com os julgamentos e consultas. Com, as informações podem ser acessadas por qualquer pessoa de qualquer lugar, no qual o usuário consegue visualizar os movimentos que acontecem nos respectivos processos, possibilitando com que pessoas consigam informações sobre os seus processos nos tribunais. Desse modo, pode-se afirmar que as páginas dos sites dos tribunais possuem grande potencial voltado para o acesso à informação relacionados a dados e informações, bem como voltado para transparência e prestações de contas (VELICOGNA, 2006, p.256).

Dessa forma, o acesso à informação relacionada às atividades judiciais pode permitir com que existam julgamentos mais justos e com igualdade de tratamento de todos os cidadãos perante o acesso e à lei. Fundado nisso, a tecnologia juntamente com a internet possibilita com que os acessos possam ser mais facilitados aos tribunais, favorecendo com que os custos da justiça também sejam reduzidos (VELICOGNA, 2006, p. 375).

Outro ponto que existe atualmente nos tribunais voltado ao acesso à informação está relacionada à digitação de processos, que contribuem para a catalogação e a indexação de processos e outros diversos aspectos voltados a administração, permitindo com que exista um controle de dados e informações a serem repassados para os cidadãos (KIŠKIS; PETRAUSKAS, 2004).

Pode-se afirmar que os tribunais estão atualizando as formas de acesso às informações através de seus portais que estão em ambiente virtual, evidenciando-se a criação de ouvidorias e portais voltados ao cidadão, no qual estes podem encontrar documentos, processos, pareceres e resultados voltados para votações. Atualmente uma das principais características encontradas nos portais dos tribunais é a existência, de um sistema uniforme de classificação e identificação de informação jurídica, tais como decisões e outras (KISKIS; PETRAUSKAS, 2004, p.39).

Toda essa facilidade que é evidenciada nos sites dos tribunais referente ao acesso à Justiça e à informações voltadas a esta estão relacionadas com os direitos humanos e fundamentais, respaldados na Constituição Federal. Por isso, pode-se afirmar que o acesso à informação é fundamental para o acesso aos direitos dos cidadãos. Dessa forma, também existe o acesso à transparência das informações pertencentes aos processos (OLIVEIRA; DINARTE, 2015).

No Brasil, a união do acesso à informação com as ferramentas digitais trouxe resultados significativos, pois a tentativa de fazer o Poder Judiciário é resultado de uma luta de longa data. Pode-se observar em artigos publicados, a quantidade de processos engavetados que se encontravam antes de existir essas formas mais tecnológicas e práticas que passaram a existir com

a internet. Esse acúmulo de atividades ficava parados e resultavam na morosidade dos processos, resultado em uma celeridade nas respectivas ações, isso fez com que o Poder Judiciário ficasse mais próximo da sociedade (MICHENER et al., 2016, p. 122).

Em contrapartida, uma avaliação realizada por Michener et al., (2016, p. 124) no tocante ao acesso à informação evidenciou que existe uma demora de 12 dias para que os tribunais respondessem os pedidos de acesso a dados e informações pertencentes aos processos. Além disso, a respectiva avaliação evidenciou que informações relacionadas a orçamento, quadro de pessoal e remuneração passa por diferenciadas interpretações, podendo inclusive alguns tribunais não repassarem as respectivas informações. De certa forma, alguns tribunais apresentaram uma conduta contrária ao que é exigido por lei nessa respectiva pesquisa, o que traz à tona que ainda há atitudes contrárias por parte de uma parte dos tribunais impedindo a eficácia e a efetividade a lei de acesso à informação.

Outro estudo feito por Schindwein (2019,p.71) foram feitas análises no Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em seu portal, traz informações superficiais referente às despesas de valores mensais, além disso as informações que são poucas não são de fáceis acesso. Por outro lado, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais disponibiliza, através de link no portal, o acesso a todos os números voltados às despesas e custos do respectivo tribunal. Contudo, o Tribunal do Rio de Janeiro apresenta de forma rasa, igual o tribunal de justiça de São Paulo todas as informações referentes aos custos e valores.

Outros tribunais como o Tribunal de Justiça da Bahia, Santa Catarina e de Goiânia apresentam somente relatórios quando verificado custos e valores. Com relação aos contratos e licitações, todos os tribunais avaliados disponibilizaram informações pertinentes aos contratos, mesmo alguns não sendo de fáceis acessos. Com relação aos processos judiciais, a avaliação evidenciou que a maioria dos tribunais possuem acesso facilitado com inserção do número do processo e outros filtros. Pois, há também tribunais que exigem um cadastro do usuário para poder este ter acesso aos processos. Evidencia-se que os tribunais brasileiros apresentam acesso à informação, mas o que muda entre eles é que uns apresentam mais facilidade do que os outros, além disso poucos são os portais que apresentam todas as informações importantes que o cidadão precisa, como horários de funcionamento. Sob outro enfoque, importante é que os tribunais precisam facilitar mais o acesso ao conhecimento dos contratos vigentes, pois com isso a população pode observar o cumprimento legal em combate à corrupção.

#### **4.CONCLUSÃO**

Diante da pesquisa realizada, pode-se constatar que os tribunais do brasil têm buscado fornecer acesso à informação ao cidadão brasileiro. Uma minoria de tribunais ainda apresenta uma postura limitada, gerando dificuldades no acesso por parte do usuário, como criação de cadastro



para ter acesso a informações voltadas aos processos. Além disso, também apresentam uma restrição quanto ao fornecimento de despesas e gastos públicos, publicando apenas dados superficiais para a população.

Dessa maneira, a lei de acesso à informação traz em seus autos que qualquer informação pode ser disponibilizada se for do interesse da coletividade. No entanto, mesmos os tribunais cumprindo com o fato de fornecer e disponibilizar essas informações, alguns dados se apresentam como insuficientes, referentes ao interesse da maioria, como no caso de gastos e verbas públicas.

No entanto a Lei de acesso à informação (LAI) permite com que os usuários possam ter acesso aos seus processos e conhecimento sobre quaisquer informações desde que não possuam características de sigilo como respaldado por lei em casos específicos de segurança nacional, como as pesquisas científicas em andamento.

Por outro lado, observa-se que alguns tribunais ainda limitam esse acesso para a população, resistência esta que precisa ser combatida, visto que o acesso à informação é um direito fundamental, embasado pela própria Constituição Federal. O estudo realizado por transparência administrativa permite com que o conhecimento democrático possa ser compartilhado e cada vez mais a sociedade possa ter ciência de seus direitos perante o poder que possui de decisão, exclusivo de um regime democrático.

Sugere-se para estudos futuros, a investigação sobre a lei de acesso à informação como mecanismo do enfrentamento a corrupção em outros Poderes como o Executivo e o Legislativo.

## 5 REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **Estado, governo, sociedade:** para uma teoria geral da política. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, P. **Ciência política.** 17 Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, J.M. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 19 Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, J.M. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 19ª Ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, K. **A força normativa da constituição** (Die normative kraft der vertassung). Porto Alegre: Fabris, 1991.

KIŠKIS, M.; PETRAUSKAS, R. ICT adoption in the judiciary: classifying of judicial information. **International Review of Law, Computers & Technology**, 2004.

MATINS, R.; ALMEIDA, C.C. Direito e Ciência da Informação: uma possibilidade de interface interdisciplinar. **Ibersid**. 2012.

MEDEIROS, S. A.; MAGALHÃES, R.; PEREIRA, J. R. Lei de Acesso à Informação: em busca da transparência e do combate à corrupção. **Revista Informação & Informação**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 55-75, jan.-abr. 2014

MICHENER, G. et al. **Avaliação de Transparência do Estado Brasileiro e do Poder Judiciário. Rio de Janeiro**: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, 2016.

OLIVEIRA, G. F.; DINARTE, P. V. O Poder Judiciário na Sociedade em Rede: A Transparência Passiva Como Nova Forma de Democratização da Justiça. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 1, n. 1, dez. 2015.

PAGLIARINI, A.C.; AGOSTINI, L.C. A relação entre regime democrático e direito à informação. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v.8, 2009.

PINHO, R.C.R. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES FILHO, V. **O Estado Brasileiro, seu perfil constitucional e seus descaminhos**. In ROCHA, F.L. X.; MORAES, F. Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

SCHLINDWEIN, A.F. **Transparência digital no poder judiciário brasileiro**: acesso à informação e controle social nos portais dos tribunais de justiça. 2019. Disponível em: < <https://bit.ly/3E5uZFs>>. Acesso em 30 set 2022.

SILVA, J.A. Curso de direito constitucional positivo. 23<sup>a</sup> Ed. **Revista e Atual**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 34<sup>a</sup> Ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitution São Paulo: Malheiros, 2011.

VELICOGNA, M.; NG, G. Y. Legitimacy and internet in the judiciary: A lesson from the Italian courts' websites experience. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 14, n. 3, 2006.

## ACIDENTE DE TRABALHO - UMA ANÁLISE JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

**GUTEMBERG CINTRA PINHEIRO:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo estudar a responsabilidade civil do empregador pelos danos à saúde do trabalhador em face dos acidentes de trabalho. Inicia-se o estudo pela análise da natureza jurídica da responsabilidade civil, bem como sua conceituação objetiva e subjetiva, para posterior elucidação de sua aplicação ao caso concreto. Ademais, também é estudada a importância de um meio ambiente de trabalho equilibrado na prevenção de possíveis acidentes e sua importância para a manutenção da saúde do empregado, porquanto este ambiente de trabalho está associado aos direitos fundamentais ao trabalho. Por fim, o estudo pretende conceituar acidente de trabalho, além de analisar a melhor aplicação da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva do empregador para o empregado, em caso de acidente de trabalho, a qual deriva da ponderação na aplicação tanto da responsabilidade subjetiva, como da responsabilidade objetiva do empregador, devendo a escolha subordinar-se à análise do caso concreto, principalmente da existência de desenvolvimento ou não de atividade de risco pelo empregador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil; Acidente do Trabalho; Meio Ambiente; Jurisprudência.

**ABSTRACT:** This work aims to study the employer's civil liability for damages to the worker's health in the face of work accidents. The study begins with the analysis of the legal nature of civil liability, as well as its objective and subjective conceptualization, for later elucidation of its application to the concrete case. In addition, the importance of a balanced work environment in the prevention of possible accidents and its importance for the maintenance of the employee's health is also studied, since this work environment is associated with the fundamental rights to work. Finally, the study intends to conceptualize an accident at work, in addition to analyzing the best application of the subjective or objective civil liability of the employer to the employee, in the event of an accident at work, which derives from the consideration in the application of both subjective liability and the objective responsibility of the employer, and the choice must be subordinated to the analysis of the concrete case, mainly of the existence of development or not of risk activity by the employer.

**KEYWORDS:** Civil responsibility; Work accident; Environment; Jurisprudence.

### 1 INTRODUÇÃO

Este trata sobre a importância social da investigação sobre as formas de proteção jurídica aos trabalhadores vítimas de acidentes e sobre a posição do ordenamento jurídico brasileiro em relação à proteção supramencionada, decorre da importância de garantir a continuidade e aplicabilidade dos direitos conquistados pelos funcionários ao longo das últimas décadas. É dever do empregador assegurar que o empregado possa estar em um ambiente sem ser vítima de danos, seja ele qual for, medidas preventivas tem grande relevância, do contrário haverá prejuízo tanto para as gerações atuais quanto para as gerações futuras.

A revelação de formas de proteção jurídica para os trabalhadores e a contribuição sobre quais são as tipificações jurídicas sobre o tema supramencionado, este estudo tem relevância social e acadêmica, pois se trata de uma realidade dentro do contexto laboral, que sofre ou é passível de sofrer acidentes por vários motivos e causas. Pretende-se com a pesquisa ampliar a discussão teórica sobre os acidentes de trabalho dentro das dependências da empresa.

Atualmente, no Brasil, o estágio dos conhecimentos sobre o assunto tem deixado a desejar por conta do descaso com que alguns empregadores tem tido no que se refere à prevenção de acidentes no local de trabalho, ocasionados em maior parte dentro do da própria empresa, em decorrência dos riscos aos quais os trabalhadores estejam expostos. Logo, em cada atividade desempenhada pelo indivíduo surge a necessidade de torná-lo responsável pelos atos por ele praticados. Todavia, passa a ser processados os registros históricos que relatam a origem da responsabilidade civil objetiva quanto ao empregado e o empregador.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL: OS PRESSUPOSTOS GERAIS**

Conforme o site Âmbito Jurídico que define responsabilidade civil, consoante alguns doutrinadores: a origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano, e está calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 11).

A ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Nas palavras de Rui Stoco:

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).

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6). O termo responsabilidade Civil, conforme a definição de De Plácido e Silva é:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não

fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção” (SILVA, 2010, p. 642).

No direito atual, a tendência é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial. Conforme o entendimento de Carlos Alberto Bittar:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado. (BITTAR, 1994, p. 561).

Na Idade Contemporânea, com a Revolução Industrial, a responsabilidade civil trouxe a premissa de reparação do dano. O doutrinador Sílvio Luís Ferreira da Rocha, afirma que foi nesse dado momento que o foco saiu da conduta delituosa do agente e percebeu-se que o mais importante era atender às necessidades da vítima:

A obrigação de pagar pelos danos e prejuízos assumia um certo conteúdo sancionatório, pois se procurava castigar mais aquele que causou um prejuízo agindo reprovada, do que proteger a quem resultou vítima do evento.

Desta forma, segundo a arguta observação de Pizarro, a culpa apresentava-se como uma couraça que tinha a singular virtude de proteger a quem havia causado um dano sem culpa, liberando-o de toda a obrigação de responder, em razão de considera-lo inocente, deixando a vítima abandonada à sua própria sorte.

O instituto também evoluiu quanto ao seu fundamento, pois o dever de reparação não tem como base só o elemento culpa (subjativa), como também o risco (objetiva), ampliando-se a possibilidade de indenização mesmo sem a existência de culpa.

Representa uma objetivação da responsabilidade, sob a premissa de que todo risco deve ser garantido, para que assim haja proteção jurídica à pessoa humana.

A noção de risco não precisa da prova de culpa do ofensor para que o prejuízo seja indenizado, contentando-se com a prova de que o evento foi proveniente da atividade.

A “culpa” continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, o “risco” não a invalidou, constituindo também seu fundamento. A esse respeito o novo Código Civil, em seus artigos 186 e 927, parágrafo único, é bem claro. A redação de tais artigos foi influenciada pelo Código de Napoleão, o qual criou a Teoria Clássica do Direito (culpa, nexo de causalidade e dano).

## **2.2 Causas excludentes de responsabilidade civil**

De acordo com Cledes Junior, no site Jus Brasil diz que “cabe destacar as causas que excluem a responsabilidade civil, são elas:

1. Estado de necessidade;
2. Legítima defesa;
3. Exercício regular do direito;
4. Estrito cumprimento do dever legal;
5. Culpa exclusiva da vítima;
6. Fato de terceiro;
7. Caso fortuito e força maior;

Ainda vale destacar pelo mesmo autor a descreve acerca do Exercício regular do direito citando novamente o art. 188 inciso I do Código Civil que diz:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

O agente que atua respaldado no direito não poderá sofrer sanção alguma relacionado ao próprio direito, não gerando assim, uma pretensão indenizatória contra o agente que está exercitando regularmente seus direitos.

Como exemplo clássico dado pela doutrina, “imagina-se uma situação na qual o agente A andando tranquilamente pela rua e avista o agente B que se encontra com a intenção de pular da ponte, A de imediato o segura e impossibilita que o mesmo pule, este fato claramente constitui exercício regular de direito, pois possui previsão no art. 146 do Código Penal como se vê a seguir:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

II - a coação exercida para impedir suicídio.



Percebe-se claramente no inciso I e II que se trata de meios de uso do direito que garante ao agente a legalidade do ato que está praticando.

Outra forma de exercício regular de um direito é a violência esportiva, todos os participantes tem conhecimento que ao praticar determinado esporte podem se ferir ou se machucar. Sendo assim, o praticante de artes maciais que fere moderadamente seu parceiro de luta não será obrigado a indenizá-lo e principalmente, não haverá responsabilização penal por isso.

Porém, caso o exercício desse direito não seja regular, ou seja, possua um abuso em seu ato, esse abuso gera responsabilização por parte do agente que cometeu o ato e conseqüentemente indenização para o prejudicado caso esse venha a requerer. Como exemplo a doutrina cita o “praticante de artes marciais que durante a luta com seu adversário faz uso de arma de fogo para atacar seu oponente”.

Portanto, o exercício regular de um direito deve ser de direito conhecido, não podendo excluir a responsabilidade, conforme expõe Cledes Junio A Rodrigues, no site Jus Brasil (<https://cjar.jusbrasil.com.br/artigos/455835645/causas-excludentes-de-responsabilidade-civil>)

Eliana Cândida Valério, no site Jus Brasil afirma que “o fato exclusivo da vítima ocorre quando um dano acontece por culpa exclusiva da vítima, se torna causa de exclusão do próprio nexo causal, pois o agente causador do dano é um mero meio do acidente.”

Caso a culpa não for exclusiva da vítima, poderá ocorrer a concorrência de culpa, o que na esfera cível representa diminuição da indenização que será pago pelo agente, conforme preconiza o Código Civil em seu art. 945:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Porém, novamente reforçando de que caso a culpa seja exclusiva da vítima, não há em que se falar em nexos causal entre o agente e o dano, não gerando assim direito a indenização.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ÂMBITO TRABALHISTA**

De acordo com Monique Bertoti, artigo da editora fórum diz que a ideia de responsabilidade civil objetiva surgiu no seio do Direito Trabalhista, por conta dos inúmeros acidentes de trabalho causados pela industrialização e pelo maquinismo, frutos da Revolução Industrial (séc. XIX). Foi nesse âmbito do Direito que, pela primeira vez, a ideia de culpa mostrou-se insuficiente:

Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos empregados, mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade — não raro

impossibilidade — de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão dos fundamentos da responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO. Programa de responsabilidade civil, p. 135).

Passou-se a exigir, para a responsabilização do empregador em casos de acidentes de trabalho, apenas os elementos nexos causal e dano à vítima, sendo irrelevante a culpa do patrão, uma vez que, se esta fosse exigida, em diversos casos, dada a dificuldade da prova, a vítima ficaria sem a merecida indenização. Cumpre salientar que a adoção da responsabilidade civil objetiva não se deu de forma imediata, sendo resultado de uma lenta evolução, (BERTOTI, A responsabilidade civil objetiva p.02):

Não foi rápida, nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraíndo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva, o causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não tem culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos. Provados o dano e o nexo causal, ônus da vítima, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar alguma das causas de exclusão do nexo causal. Não cabe, aqui, qualquer discussão em torno da culpa. (CAVALIERI FILHO. Programa de responsabilidade civil, p. 135-136).

Segundo BERTOTI, p. 03, a responsabilidade civil objetiva visa, portanto, conceder maior proteção à vítima. Destarte, a fim de fundamentá-la, desenvolveu-se a teoria do risco, com a qual se passou a priorizar o ressarcimento do dano sofrido em detrimento da necessidade de vincular a indenização ao ato ilícito.

#### **4 A OBRIGATORIEDADE DO USO DE EPI E O SEU DESCUMPRIMENTO**

No site Volk do Brasil a Lei do EPI é a norma máxima sobre o uso de equipamentos de proteção individual. O uso deles passou a ser obrigatório com a Lei n.º 6.514/77 da CLT e é regulamentado pela NR6, que versa sobre quais equipamentos são EPIs. Contudo, além de determinar as circunstâncias do uso e responsabilidades de empregador e empregado em relação aos dispositivos de segurança, essas leis também orientam sobre a fabricação e a comercialização desses equipamentos. Elas indicam que é obrigatório que todo EPI tenha o certificado de aprovação

do Ministério do Trabalho e Emprego, mesmo quando eles são importados de outros países. As leis deixam claro que cabe à fabricante incluir instruções claras, em língua portuguesa, sobre o uso do EPI e realizar manutenções.

Já no blog Prometal EPIS a empresa é responsável a fornecer os equipamentos legais conforme a NR6, ou seja, todas as empresas devem fornecer o EPI para cada trabalhador gratuitamente. Mas, antes, é preciso identificar quais são os equipamentos adequados para exercer as atividades profissionais. De acordo com a NR6 que estabelece todos os requisitos sobre o Equipamento de Proteção Individual. Dentre eles, as responsabilidades do empregador, empregado e também do fabricante de EPIs, nacional ou um EPI importado. O importador também deverá seguir as NR 6, cumprindo e respeitando as normas de segurança para garantir a eficiência do equipamento de proteção e proteger o usuário. Assim seguem alguns requisitos oferecidos pelo NR6, conforme site PROMETAL.

#### **4.1 Responsabilidade do empregador**

Cabe ao empregador quanto ao EPI:

- a) adquirir o adequado ao risco de cada atividade;
- b) exigir seu uso;
- c) fornecer ao trabalhador somente o aprovado pelo órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho;
- d) orientar e treinar o trabalhador sobre o uso adequado, guarda e conservação;
- e) substituir imediatamente, quando danificado ou extraviado;
- f) responsabilizar-se pela higienização e manutenção periódica; e,
- g) comunicar ao MTE qualquer irregularidade observada.
- h) registrar o seu fornecimento ao trabalhador, podendo ser adotados livros, fichas ou sistemas eletrônicos. (Inserida pela Portaria SIT/DSST 107/2009)

#### **4.2 Responsabilidade do trabalhador**

Cabe ao empregado quanto ao EPI:

- a) usar, utilizando-o apenas para a finalidade a que se destina;
- b) responsabilizar-se pela guarda e conservação;

c) comunicar ao empregador qualquer alteração que o torne impróprio para uso; e,

d) cumprir as determinações do empregador sobre o uso adequado.

#### 4.3 Responsabilidades de fabricantes e/ou importadores

O fabricante nacional ou o importador deverá:

a) cadastrar-se junto ao órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho; (alterado pela Portaria SIT/DSST 194/2010)

b) solicitar a emissão do CA; (alterado pela Portaria SIT/DSST 194/2010)

c) solicitar a renovação do CA quando vencido o prazo de validade estipulado pelo órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde do trabalho; (alterado pela Portaria SIT/DSST 194/2010)

d) requerer novo CA quando houver alteração das especificações do equipamento aprovado; (alterado pela Portaria SIT/DSST 194/2010)

e) responsabilizar-se pela manutenção da qualidade do EPI que deu origem ao Certificado de Aprovação – CA;

f) comercializar ou colocar à venda somente o EPI, portador de CA;

g) comunicar ao órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho quaisquer alterações dos dados cadastrais fornecidos; h) comercializar o EPI com instruções técnicas no idioma nacional, orientando sua utilização, manutenção, restrição e demais referências ao seu uso;

i) fazer constar do EPI o número do lote de fabricação; e,

j) providenciar a avaliação da conformidade do EPI no âmbito do SINMETRO, quando for o caso;

k) fornecer as informações referentes aos processos de limpeza e higienização de seus EPI, indicando quando for o caso, o número de higienizações acima do qual é necessário proceder à revisão ou à substituição do equipamento, a fim de garantir que os mesmos mantenham as características de proteção original. (Alterado pela Portaria SIT/DSST 194/2010)

l) promover adaptação do EPI detentor de Certificado de Aprovação para pessoas com deficiência. (Alterado pela Portaria MTB 877/2018)

As consequências legais do descumprimento, segundo a lei do uso de EPIs, qualquer tipo de estabelecimento pode ser interdito se a fiscalização encontrar funcionários trabalhando sem proteção em ambientes de risco.

Caso o risco seja em relação à medicina do trabalho (como em intoxicações ou contaminações), a empresa é multada em valor que vão de 3 a 30 vezes o salário mínimo vigente. Se forem identificados riscos de segurança do trabalho (quedas, amputações), a multa vai de 5 a 50 salários mínimos. Reincidências ou tentativas de fraude resultam sempre no valor máximo da multa.

De acordo com o site Volk Brasil 2019, a determinação do valor a ser pago no caso de multa é feita por laudo pericial, na qual é analisada a gravidade da situação. A empresa poderá, ainda, sofrer processo cível e/ou trabalhista.

Quando é o funcionário quem deixa de utilizar o EPI disponibilizado, mesmo após ser orientado sobre a importância dele, o seu empregador pode aplicar procedimentos disciplinares (como advertência seguida de suspensão ao reincidir) e até demiti-lo por justa causa.

## **5 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: CONCEITO E CONECTÁRIOS**

Os autores definem o meio ambiente do trabalho com os mais variados matizes. Há quem prefira definições mais simples, entendendo como meio ambiente do trabalho “o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”. Em definição menos empírica, diz ainda que é “o conjunto de fatores físicos, climáticos ou qualquer outro que interligados, ou não, estão presentes e envolvem o local de trabalho da pessoa”. Essa última definição adapta à espécie o preceito do art. 3º, I, da Lei 6.938/1981, que define meio ambiente em geral (“conjunto das condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”). Doutrinariamente, o meio ambiente do trabalho aparece ao lado do meio ambiente natural (constituído pelos elementos físicos e biológicos nativos do entorno: solo, água, ar atmosférico, flora, fauna e suas interações entre si e com o meio); do meio ambiente artificial (constituído pelo espaço urbano construído, que compreende o conjunto de edificações — espaço urbano fechado — e o dos equipamentos públicos — espaço urbano aberto; alguns autores referem, ainda, o meio ambiente rural, relativo ao espaço rural construído); e do meio ambiente cultural (constituído pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico, que agregou valor especial pela inspiração de identidade junto aos povos), sendo todas manifestações particulares da entidade meio ambiente, que temos de conceber como “gestalt”. Assim: para albergar esses dois aspectos e responder à crítica, preferimos assim conceituar o meio ambiente do trabalho (partindo da descrição legal do art. 3º, I, da Lei 6.938/1981): é o conjunto (= sistema) de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e psicológica que incidem sobre o homem em sua atividade laboral, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem.

Em termos puramente empíricos, não é difícil focalizar as manifestações mais pungentes de litigiosidade em torno do meio ambiente do trabalho. Discute-se o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado quando se debate o problema do meio ambiente humano, meio

ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente urbano, espaço urbano fechado (= edificações), espaço urbano aberto (= equipamentos públicos), meio ambiente rural, meio ambiente cultural, meio ambiente do trabalho, (art. 200, VIII, CF). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Direito do trabalho e processo do trabalho. Trabalho perverso. (Periculosidade, insalubridade e penosidade – art. 7º, XXIII, da CRFB; arts. 189 busque 197 da CLT; Lei 7.369/1985), como também em tema de acidentes de trabalho (art. 7º, XXVIII, da CRFB; arts. 19 e 21 da Lei 8.213/1991) e entidades mórbidas equivalentes (moléstias profissionais e doenças do trabalho – art. 20, I e II, da Lei 8.213/1991) e, em geral, riscos inerentes ao trabalho e tutela da saúde, da higiene e da segurança no trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB; arts. 154 busque 201 da CLT).

### **5.1 Responsabilidade civil por dano ambiental**

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade Civil- 4ª ed. - Forense. Rio, 1993), "em termos de responsabilidade civil, o risco tem sentido especial. E sobre ele a doutrina civilista, desde o século passado vem-se projetando, com o objetivo de erigi-lo em fundamento do dever de reparar, com visos de exclusividade, ou como extremação teórica oposta à culpa". (p. 277).

Diz Caio Mário: "No primeiro plano. E forte em comparação filosófica mais ampla emerge a ideia de que a responsabilidade civil não deve assentar em um conceito positivo. Abolindo a ideia de culpa. Proclama-se que qualquer fato. Culposo ou não culposo. Deve impor ao agente a reparação, desde que cause um dano. Trata-se de uma tese puramente negativa. Não cogita indagar como ou porque ocorreu o dano. É a denominada doutrina do risco integral, que no campo do direito privado não fez escola, uma vez que os mais extremados objetivistas, procuram sempre subordinar a ideia de ressarcimento a um critério que retire o princípio da responsabilidade civil do universo incontrolável do ambiente aleatório. Sujeitando-se por isto às críticas mesmo dos partidários do risco, não prosperou no direito privado" (p. 279)

No mesmo raciocínio jurídico. Escreve Tupinambá Miguel Castro Nascimento:

A 'culpa exclusiva' seja da vítima, seja de terceiro, que não seja o agente, nessa qualidade (§ 1º do art. 37 da CF/88), é causa excludente da responsabilidade estatal porque desfaz o próprio nexo causal necessário à responsabilização. Com efeito, se a causa exclusiva, ou única, dos danos, é a culpa da vítima ou de terceiros, este sem qualquer vinculação com o Estado, 'o nexo causal não tem origem na atividade da administração pública ou em sua omissão. Ao contrário, o nexo causal se daria entre o ato ou omissão culposos da vítima e os danos então resultantes. Esta excludente ataca a raiz da responsabilidade" (ob. cit. p. 19).

Dessas lições doutrinárias e jurisprudenciais relativas à responsabilidade objetiva, retiramos, a orientação central da limitação dessa responsabilidade à teoria do risco administrativo: é a redação do dispositivo constitucional que inadmita o acolhimento da teoria do risco integral.

## **6 ACIDENTE DE TRABALHO - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR?**



De acordo com Pantaleão no site Guia Trabalhista. *"Pago porque a lei me obriga, mas não concordo. A desatenção dele foi o que provocou o acidente. Porque sou eu o responsável?"*. Esta reação por parte dos empregadores é bem comum por não se sentirem responsáveis pela causa do acidente e, tampouco, serem condenados ao pagamento de indenização por dano moral ou material ao empregado acidentado. Assim como o empregador acredita muitas vezes não ser o culpado pelo empregado sofrer um acidente, não seria razoável acreditar que o empregado tivesse a intenção de provocar o acidente, sob pena de ficar inválido ou incapacitado, sem poder prover o sustento à sua família ou pelo risco de estar "descartando" sua vida pessoal ou profissional.

Pantaleão, conceitua acidente do trabalho é aquele que ocorre no exercício de atividade a serviço da empresa e provoca lesão corporal ou perturbação funcional, que pode causar a morte, a perda ou a redução permanente ou temporária da capacidade para o trabalho.

Consideram-se, também, como acidente do trabalho:

- A doença profissional ou do trabalho, produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade;
- Acidente típico, que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa;
- Acidente de trajeto, que ocorre no percurso do local de residência para o de trabalho ou desse para aquele, considerando a distância e o tempo de deslocamento compatíveis com o percurso do referido trajeto.

O prejuízo material decorrente do acidente de trabalho se caracteriza pela diminuição das possibilidades em obter os mesmos rendimentos por meio da força de trabalho de que dispunha o empregado antes do fato ocorrido. Essa redução diz respeito à profissão ou ofício então desenvolvidos, em que se comprova a diminuição da capacidade laboral por parte do empregado, consoante entendimento extraído do art. 950 do Código Civil de 2002, *in verbis*.

"Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez."

A responsabilidade civil pode surgir de um ato positivo; que ocorre com mais frequência na responsabilidade civil aquiliana, considerando que a ordem jurídica impõe o dever geral de não prejudicar a outrem; ou de uma omissão, ou seja, do não cumprimento de uma obrigação, quando tinha o dever legal ou contratual de fazê-lo. Não há que se falar em responsabilidade civil, entretanto, quando o dano não emana, direta ou indiretamente, da ação ou omissão humana, ou

seja, na hipótese excludentes de responsabilidade como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. CAIRO JUNIOR, José, p.38.

## **7 ACIDENTE DE TRABALHO, A REPARAÇÃO E A INDENIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL**

### **7.1 Responsabilidade objetiva acidentária ocorrido em transporte fornecido pelo empregador**

De acordo com o professor Fabiano Coelho na publicação do Informativo Trabalho Notável que é uma publicação semanal, no site prática trabalhista com o julgado:

AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ACIDENTE DE TRABALHO. ACIDENTE DE TRAJETO EM VEÍCULO FORNECIDO PELO EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DECORRENTE DO CONTRATO DE TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. A Egrégia Turma decidiu consoante jurisprudência pacificada nesta Subseção, no sentido de que a responsabilidade do empregador nas hipóteses em que o acidente de trânsito ocorreu durante o transporte do empregado em veículo fornecido pela empresa é objetiva, com amparo nos artigos 734 e 735 do Código Civil. Incide, portanto, o disposto no artigo 894, § 2º, da CLT. Correta a aplicação do referido óbice, mantém-se o decidido. Verificada, por conseguinte, a manifesta improcedência do presente agravo, aplica-se a multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. Agravo interno conhecido e não provido" (Ag-E-RR-24334-06.2015.5.24.0091, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 15/10/2021).

É preciso não confundir a questão da cumulação de ações, de direito comum e acidentária, com a questão da compensação de indenização. Como foi discutido no item anterior, a jurisprudência, a doutrina e posteriormente, a legislação, pacificaram o entendimento segundo o qual é possível a cumulação da ação acidentária com a ação de indenização de responsabilidade civil. Entretanto, permanece a dúvida ainda quanto à possibilidade de compensação entre a indenização acidentária e a de direito comum.

O acórdão a seguir apresenta uma solução diferente para o problema, in verbis:

Responsabilidade aquiliana e responsabilidade objetiva encerram natureza diversa, de modo que, conforme o caso, poderá o magistrado entender pela compensação, na responsabilidade contratual, dos ganhos percebidos pelo obreiro, em razão da percepção de benefício acidentário, mas, conforme o caso, assim também pode não ser entendido. SÃO PAULO. 2.º Tribunal de

Alçada Cível. Ap. 518.841, 3.<sup>a</sup> Câ. Rel. Juiz Aclibes Burgarelli. DJ de 13 de outubro de 1998.

## **7.2 Riscos Ambientais: Risco Químico, Risco Físico, Risco Biológico, Risco Ergonômico e Risco de Acidentes**

Conforme site Ambitec, os riscos ambientais de trabalho podem ser agentes físicos, químicos ou biológicos, riscos de acidentes e riscos ergonômicos, podendo causar danos à saúde do profissional em função da sua natureza, concentração, intensidade, tempo de exposição ou falta de equipamentos de proteção apropriados.

Podemos citar alguns exemplos de riscos ambientais:

- Agentes físicos: ruídos, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações, etc.
- Agentes químicos: poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases, vapores que podem ser absorvidos por via respiratória ou através da pele, etc.
- Agentes biológicos: bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros.
- Riscos Acidentes: arranjo físico inadequado, máquinas e equipamentos sem proteção, ferramentas inadequadas ou defeituosas, Iluminação inadequada, eletricidade, probabilidade de incêndio ou explosão, armazenamento inadequado, animais peçonhentos, entre outras situações de risco que poderão contribuir para a ocorrência de acidentes;
- Riscos Ergonômicos: esforço físico intenso, levantamento e transporte manual de peso, exigência de postura inadequada, controle rígido de produtividade, imposição de ritmos excessivos, jornadas de trabalho prolongadas, monotonia e repetitividade, além de outras situações causadoras de stress físico e/ou psíquico.

De acordo com o site Ambitec, se o trabalho é realizado em locais onde há a exposição a agentes que podem prejudicar a saúde, a empresa é obrigada por lei, a fornecer gratuitamente equipamentos de proteção individual (EPIs) adequados, orientar e fiscalizar para que os trabalhadores utilizem corretamente estes equipamentos e adotar medidas que diminuam os riscos. E caso a empresa cumpra com suas obrigações, fornecendo e fiscalizando o uso dos equipamentos de proteção, cabe ao trabalhador acatar e cumprir estas determinações. Pois se o trabalhador se negar a usar corretamente os equipamentos de segurança, ele será primeiramente advertido e se continuar se negando a utilizar estes equipamentos, poderá caracterizar falta grave e o profissional pode ser inclusive demitido por justa causa.

## **7.3 As doenças do trabalho e doenças profissionais se originam desses Riscos**

De modo esquemático, pode-se dizer que o perfil de morbimortalidade dos trabalhadores caracteriza-se pela coexistência de agravos que têm relação direta com condições de trabalho específicas, como os acidentes de trabalho típicos e as doenças profissionais; as doenças relacionadas ao trabalho, que têm sua frequência, surgimento e/ou gravidade modificadas pelo trabalho e doenças comuns ao conjunto da população, que não guardam relação etiológica com o trabalho, conforme Manual de procedimento para serviços de saúde, p. 20.

Visando a subsidiar as ações de diagnóstico, tratamento e vigilância em saúde e o estabelecimento da relação da doença com o trabalho e das condutas decorrentes, o Ministério da Saúde, cumprindo a determinação contida no art. 6.º, § 3.º, inciso VII, da LOS, elaborou uma Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho, publicada na Portaria/MS n.º 1.339/1999, conforme mencionado na introdução a este manual. Essa Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho foi também adotada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), regulamentando o conceito de Doença Profissional e de Doença Adquirida pelas condições em que o trabalho é realizado, Doença do Trabalho, segundo prescreve o artigo 20 da Lei Federal n.º 8.213/1991, constituindo o Anexo II do Decreto n.º 3.048/1999.

## **8 CONCLUSÃO**

Este partiu da premissa do conceito de acidente de trabalho trazendo uma breve análise jurídica da responsabilidade civil de acordo com a definição do artigo 186 e 927 do Código Civil, cominado com artigo 188 e 950 do Código Civil, juntamente com a Lei 6.938/1981, art. 3º, I, Onde o empregador e empregado tem um rito comum, atrelado ao meio ambiente em geral que é o conjunto das condições, leis, influências e interações.

As decisões trabalhistas no tocante à responsabilidade civil do empregador são divergentes, pois há quem busque reconhecer a responsabilidade civil do empregador tanto no modo objetivo (responsabilidade pelo risco criado/incrementado) como no modo subjetivo (responsabilidade por culpa); ou, não raro, somente no modo subjetivo, conquanto se entenda tratar de hipótese de responsabilidade civil objetiva. Entretanto, poderão conviver no sistema jurídico-laboral as duas hipóteses normativas que apenas aparentemente se digladiam (responsabilidade civil patronal objetiva, versus, responsabilidade civil subjetiva), sanando-se a ilusória antinomia e preservando-se a literalidade mínima do texto constitucional, como deve ser

Em se tratando de dano ambiental típico, relacionado ao desequilíbrio labor-ambiental à poluição no meio ambiente de trabalho, que agrava os riscos ordinários do negócio, a norma de regência há de ser necessariamente aquela do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, pela qual "é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

A Constituição Federal não teria apartado os danos havidos no meio ambiente do trabalho da regra regente dos danos ambientais em geral? Ou, de modo mais abrangente, o sistema constitucional em vigor não teria excluído, por meio da norma do art. 7º, XXVIII, da CRFB, o meio

ambiente do trabalho da noção geral de meio ambiente humano. Eis a antinomia – aparente, como se disse.

## 9 REFERENCIAS

Análise jurídica da Responsabilidade Civil e as suas vertentes <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br> . Acesso em 25 de abril de 2022

AMBITEC. Os riscos ambientais de trabalho são todos àqueles existentes no espaço onde se cumpre o exercício da profissão. <https://www.ambientec.com/saiba-quais-sao-os-principais-riscos-ambientais-de-trabalho-e-como-preveni-los>. Acesso: 13/10/2017.

AMBITEC. Saiba quais são os principais riscos ambientais de trabalho e como preveni-los. <https://www.ambientec.com/saiba-quais-sao-os-principais-riscos-ambientais-de-trabalho-e-como-preveni-los>. Acesso em: 29/10/2022.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Planalto. Acesso em: 05 de março de 2022.

BRASIL. Código Civil, art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Acesso em: 06 de março de 2022

BRASIL. Código Civil, art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. Acesso em: 06 de março de 2022.

BERTOTI, Monique, <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-responsabilidade-civil-objetiva.pdf>. Acesso 29/10/2022

BLOG VOLK DO BRASIL. Lei do uso de EPIS. Fonte:<https://blog.volkdobrasil.com.br/lei-do-uso-de-epis-entenda-as-penalidades-para-quem-nao-cumpre/>. Acesso 29/10/2022

BRASIL, art. 14 § 1º. Lei nº 6.938/1981. Planalto.gov.br. Acesso em 30/10/2022.

BRASIL, art. 20 da Lei Federal nº 8.213/1991. Planalto.gov.br. Acesso em 30/10/2022.

BRASIL, art. 7º CRFB, inciso XXVIII. Planalto.gov.br. Acesso em 30/10/2022.

BRASIL, Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 09 fev. de 2021.

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 09 fev. de 2021.

BRASIL, Da política nacional do meio ambiente. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em 09 fev. de 2021.

BRASIL, Decreto de lei 3.048/1999. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em 30/10/2022

BRASIL. Lei nº 8.213/1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em 09 fev. de 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil. 1994, P. 561

BRASIL. Código Civil, art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Acesso em: 05 de março de 2022

CAVALIERE. Filho 2008. Responsabilidade Civil e Acidente De Trabalho. P.3

CAIRO JUNIOR, José, O Acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador 2002, p. 38. [https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4597/1/arquivo6003\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4597/1/arquivo6003_1.pdf) acesso em 29/10/2022

COELHO, Fabiano. RESPONSABILIDADE CIVIL ACIDENTARIA <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/39479839e9b4d08a780e3135fcacf05b> Acesso em 29/10/2022

COELHO. Fabiano. Informativo Trabalho. Pratica Trabalhista. Acesso em: 29/10/2022

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9.ª ed. São Paulo: Ltr, 2010.

EDITORA FORUM. Responsabilidade civil objetiva. Fonte: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/A-responsabilidade-civil-objetiva.pdf>. Acesso: 29/10/2022

FELICIANO, Guilherme Guimarães. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRABALHO (ABARODAGEM LABOR-AMBIENTAL)

GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 11. Site Âmbito Jurídico. Caderno de direito civil, responsabilidade civil e pressupostos gerais. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/#:~:text=A%20origem%20do%20instituto%20da,11>. Acesso em 29/10/2022

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, Responsabilidade. 7ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011. V.7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIA TRABALHISTA. Acidente e responsabilidade do empregador. Fonte: [http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/acidente\\_resp\\_empregador.htm](http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/acidente_resp_empregador.htm) Acesso em: 29/10/2022

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Acesso em 10 de abril de 2022.

JUNIOR. Cleber. <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/325458670/analise-juridica-da-responsabilidade-civil-e-as-suas-vertentes>. Acesso em 25 de abril de 2022



[https://juslaborishml.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13699/2010\\_dallegravneto\\_elementos\\_responsabilidade.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaborishml.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13699/2010_dallegravneto_elementos_responsabilidade.pdf?sequence=4&isAllowed=y) Acesso em 29 de abril de 2022

JUNIOR, Cledes. Causas excludentes de responsabilidade civil. Site Jus brasil, <https://cjar.jusbrasil.com.br/artigos/455835645/causas-excludentes-de-responsabilidade-civil>. Acesso em: 29/10/2022

Jurisprudência em Tese nº 119.  
[Responsabilidade+civil+objetiva+por+dano+ambiental+com+base+no+risco+criado.pdf](#) · acesso em 29/10/2022

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

PLACIDO e SILVA, Responsabilidade Civil. 2010. P. 642.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. Riscos de acidente de trabalho. NR6. Guia Trabalhista. Acesso em: 29/10/2022.

PROMETALEPIS. Empresas devem fornecer para exercer EPI. Fonte: Acessado em <https://www.prometalepis.com.br/blog/nr-6-epi/#:~:text=Todas%20as%20empresas%20devem%20fornecer,para%20exercer%20as%20atividades%20profissionais>. Acesso em: 29/10/2022

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro. 2000, 1992. P. 342.

RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil. 2003. P.6

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 2007. P.114.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 2ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: RT, 1995.

SÃO PAULO. 2.º Tribunal de Alçada Cível. Ap. 518.841, 3.ª Câmara. Rel. Juiz Aclibes Burgarelli. DJ de 13 de outubro de 1998.

SILVA, Afonso da. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3 ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

TOSHIO MUKAI. Doenças relacionadas ao trabalho. site: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas\\_relacionadas\\_trabalho1.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho1.pdf) pag 15. Acesso:29/10/2022

## DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: LIMITES E APLICABILIDADE

**NADJA DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DE SOUSA:**

Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carro.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS<sup>42</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade tem sua aplicabilidade permitida no Brasil, porém, não se encontra regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma pergunta-se quais são as possibilidades e limites ao formalizar as diretivas antecipadas de vontade frente ao ordenamento jurídico brasileiro? Tentando responder esta problemática, este trabalho propõe analisar apenas a espécie do testamento vital utilizando da nomenclatura Diretivas Antecipadas de Vontade e sua aplicação a partir da legislação específica brasileira, apresentando os conceitos relativos ao instituto e as possibilidades ou limitações deste em ser formalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, fez-se uma revisão na literatura, visando uma atualização do estado da arte sobre o tema proposto, diretivas antecipadas de vontade, além da normativa jurídica que o embasa e como se dá sua utilização pelo brasileiro, no que tange a frequência. Concluída a exposição das questões jurídicas que permeiam o Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade, confirma-se que tal Instituto tem consonância com a Constituição Federal brasileira, de modo que é certa a sua futura normatização, tendo em vista que este não objetiva a abreviação da vida, mas resguardar o direito individual do ser humano em optar pelo enfrentamento de uma doença conforme sua vontade, garantindo assim a subjetividade do outro sobre a aplicação da medicina. Caberá ao legislador estabelecer critérios na normativa específica, para que os direitos individuais expostos nesse estudo, dentro outros, sejam garantidos sem afrontar a Constituição Brasileira e demais normas.

**Palavras-chave:** Autonomia do paciente; Dignidade humana; Diretivas antecipadas de vontade; Ordenamento jurídico; Jurisprudência.

### INTRODUÇÃO

O Direito Consuetudinário traz a concepção de que, a partir dos costumes e tradições de um povo, aplicados rotineiramente em um determinado local, nasce a construção jurídica e posteriormente o sistema jurídico a ser adotado, considerando a moral e os costumes já praticados pela sociedade. A partir dessa premissa justifica-se o Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade – DAV's, o qual surge da prática médica e cuja aplicabilidade é permitida no Brasil, porém, não se encontra regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>42</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em Direito pela Unicatólica, TO. Advogado e professor da Faculdade Serra do Carmo – FASEC.

De forma que a relevância do assunto, o qual envolve discussões acerca dos direitos individuais dispostos na Constituição Federal, a manutenção da vida e os deveres dos profissionais de saúde, implica na necessidade em acelerar o processo legislativo, sobre a criação de uma Lei Federal que normatize e oriente a aplicação das DAV's em território brasileiro.

Diante da contextualização inicial surge a seguinte problemática: Quais são as possibilidades e limites ao formalizar as diretivas antecipadas de vontade frente ao ordenamento jurídico brasileiro?

Para tanto, inicia-se a discussão a partir de um breve esclarecimento sobre as DAV's, tendo em vista que a sociedade ainda não tem muito conhecimento sobre esse tema. Vale mencionar que uma maior análise sobre o conceito do Instituto está presente no capítulo abaixo. As diretivas antecipadas de vontade também conhecidas como testamento vital em virtude da nomenclatura na língua inglesa *living will*, foram vistas como um artifício muito utilizado durante a pandemia de COVID-19, trazendo um olhar diferenciado para sua aplicação (IBDFAM, 2021).

Baptista (2020) afirma que a pandemia trouxe a reflexão entre as pessoas acerca da saúde e receio quanto a manifestação de suas vontades quando vistos perante uma doença como a COVID-19, garantindo a execução do seu desejo quanto ao tratamento médico a ser ofertado a elas.

O testamento vital, uma das espécies do gênero Diretivas Antecipadas de Vontade, não é o mesmo instrumento formal do instituto Testamento Civil com eficácia *post mortem*, presente no livro V do Código Civil Brasileiro de 2002, que trata sobre o Direito das Sucessões. O testamento vital antecipa vontades relativas à escolha quanto a tratamento de saúde, prolongamento ou não da vida de forma artificial, escolha de médicos e hospitais, bem como eleição de representante e mandatário para efeitos da vida civil, notadamente, em momentos de ausência total de capacidade, como na terminalidade da vida (SALOMÃO & JACOB, 2015).

A Sucessão Testamentária, por sua vez, descrita a partir do art. 1.857 do Código Civil Brasileiro traz a possibilidade de o indivíduo dispor de seus bens, ou parte deles, depois de sua morte. Ou seja, a descrição da última vontade do indivíduo com relação a disposição de seus bens é feita por meio de um testamento, garantindo desta forma, os seus desejos quando morrer.

Assemelha-se ao testamento civil por ser um negócio jurídico, unilateral, personalíssimo e gratuito. Porém não produz os efeitos desejados pela pessoa no pós-morte, mas em vida. Trata-se, portanto, de uma declaração prévia de vontade do indivíduo em estado terminal (DADALTO, 2013).

Nunes & Anjos (2014) enfatizam que o avanço tecnológico no tratamento em saúde e as práticas médicas agressivas em situações de doenças graves e fatais, levou a ampliação do conceito das DAV's. Os autores ressaltam que a falta de legislação própria e o desconhecimento sobre o assunto dificulta as relações entre a medicina e os pacientes nas escolhas pelas DAV's. O espaço lacunar jurídico, bem como a criação de institutos próprios pelos países sobre as DAV's torna mais complexo responder algumas questões frente a problemática levantada.

Este trabalho propõe analisar apenas a espécie do testamento vital utilizando da nomenclatura Diretivas Antecipadas de Vontade e sua aplicação a partir da legislação específica

brasileira, apresentando os conceitos relativos ao instituto e as possibilidades ou limitações deste em ser formalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se ainda, analisar a frequência da utilização das DAV pelo brasileiro, considerando esta lacuna no ordenamento jurídico.

Para isso, propõe-se revisar a literatura, visando uma atualização do estado da arte sobre o tema proposto, diretivas antecipadas de vontade, além da normativa jurídica que o embasa e como se dá sua utilização pelo brasileiro, no que tange a frequência.

O trabalho está estruturado em três capítulos, sendo que o primeiro versará de forma mais aprofundada sobre os conceitos das DAV e a correlação do tema com os princípios da dignidade humana e da autonomia privada previstos no ordenamento jurídico.

O segundo capítulo trará o arcabouço jurídico a nível internacional e onde está contemplado o tema, nos documentos brasileiros, uma vez que não há dispositivo jurídico a nível nacional.

Por fim, no terceiro capítulo falar-se-á sobre a aplicabilidade do instituto pelo brasileiro nos últimos tempos, de forma a explorar o que diz a jurisprudência e a doutrina brasileiras, quanto aos limites das diretivas antecipadas de vontades.

## **1. CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE: CONCEITOS GERAIS E CORRELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS**

Para uma melhor compreensão do Instituto é necessário discorrer de forma mais aprofundada sobre o seu conceito, trazendo uma correlação com os princípios da dignidade humana e da autonomia privada para compreender um pouco melhor da aplicabilidade das DAV a partir do contexto de saúde onde comumente ele é vinculado.

Sob o olhar de Borges (2005) *apud* José (2019), o testamento vital ou DAV se trata do documento em que o indivíduo no gozo de suas capacidades mentais determina de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja adotar para situações em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, estando ele incapaz de manifestar sua vontade.

As Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV) têm recebido diferentes denominações. No mundo pode ser conhecida como *living will*, testamento biológico, declaração antecipada de vontade, declaração prévia de vontade do paciente terminal e vontades antecipadas (SILVA JUNIOR; MONTEIRO, 2019).

Para alguns autores, a terminologia testamento vital é utilizada de forma equivocada. O correto é a utilização da nomenclatura expressa na Resolução 1995/2012 CFM o qual dispõe sobre as "Diretivas Antecipadas de Vontade". Há quem use o termo "declaração vital" ou ainda, "declaração biológica" (JOSÉ, 2019). Seguindo essa linha de pensamento Gusella, et al (2020, p.242) afirma que as DAV's "são tidas como um gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandado duradouro". O mandado duradouro, não será alvo desse estudo, mas por conceito

“consiste na nomeação de um procurador de saúde para decidir em nome do paciente, quando este estiver impossibilitado, definitiva ou temporariamente, de manifestar sua vontade”.

Sobre o testamento vital, os autores explicam que não é sinônimo de DAV, mas é um instrumento físico onde a pessoa enquanto capaz, determinará quais tratamentos deseja ou não receber, caso ou quando vier a se tornar incapaz de declarar a sua vontade.

Desse modo, pode-se entender que o testamento vital é um documento com diretrizes antecipadas, que uma pessoa realiza em uma situação de lucidez mental para que seja levado em conta quando, por causa de uma doença, em condição física ou mental incurável ou irreversível, e sem expectativas de cura ou já não seja possível expressar sua vontade (SOUZA & SANCHES, 2016, p. 316)

Souza e Sanches (2016, p. 315) discorrem sobre o tema de maneira importante, e pelo qual se iniciará a discussão deste capítulo. “Existe a necessidade de se conceber o limiar de quando se deve atender os desejos do paciente e privilegiar àqueles que dizem que amam o ente agonizante, porém não permitem que se exercite seu direito de morrer”.

Abre-se aqui o diálogo sobre até quando os familiares ou médicos decidem sobre as vidas de pessoas em situação de não conseguirem responder sobre si, de forma a desrespeitar o que seria a sua vontade em uma determinada situação de saúde decisiva. Os autores destacam que morrer com dignidade é um desafio, principalmente quando se está disposto na condição de saúde que ausenta o indivíduo de sua capacidade decisória. Normalmente os familiares ou ainda os profissionais que assistem o paciente acabam respondendo pela sua vontade.

Compreende-se até aqui que os dispositivos das DAV's (testamento vital e o mandado duradouro) asseguram a decisão sobre viver ou “morrer”, morrer de forma digna acerca da negativa de um tratamento, ou de modos terapêuticos paliativos que o deixam incapacitado e prologam o seu sofrimento e ainda, tratativas acerca de medidas para garantia de conforto em situações de incapacidade. Quem deve ser o seu cuidador, como o cuidado deve ser realizado, a que hospital deve se encaminhar em intercorrências clínicas, dentre outros.

É comum a aplicação deste documento sobre “uma condição terminal, sob um estado permanente de inconsciência ou um dano cerebral irreversível que, além da consciência, não possibilite que a pessoa recupere a capacidade para tomar decisões e expressar seus desejos futuros” (SOUZA & SANCHES, 2016, p. 316).

De posse dessa conceitualização, vale mencionar a correlação do tema com o princípio da dignidade humana expresso na Constituição Federal de 1988 no art.1º, inciso III. Para a Constituição Federal brasileira, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito.

Borges (2005) discorre sua compreensão sobre o que a dignidade humana representa ao indivíduo, dando possibilidade a este de conduzir sua vida conforme sua própria consciência, desde que não afete os direitos de terceiros. Para o autor, os avanços tecnológicos para a área da saúde

em algum momento atingem a dignidade humana, produzindo efeitos sobre o processo decisório sobre a morte. Trata-se da obstinação terapêutica, no qual “alguns procedimentos médicos, ao invés de curar ou de propiciar benefícios ao doente, apenas prolongam o processo de morte” (BORGES, 2005, p. 02).

Sobre essa temática Piropo, et al (2018, p. 507) explica que “o avanço da tecnologia médica tem envolvido pacientes, familiares e profissionais da saúde, especialmente, quando o assunto é a interdição da morte, o prolongamento da vida e da doença”.

A Bioética é uma ciência que se preocupa exatamente com as consequências do avanço da ciência sobre a finitude da vida humana, discutindo o olhar humano além do profissional para as questões relativas a possibilidades terapêuticas de manutenção da vida. Busca cuidar para que não se viole o limite ético humano na tomada de decisão pelo prolongamento da vida.

Dentro da perspectiva do direito garantido ao processo de morrer de forma digna, o testamento vital exerce um papel fundamental para representação das vontades do paciente, possibilitando a escolha dos procedimentos que podem ou não ser realizados, durante uma fase de incapacidade decisional. Ao colocar em prática as determinações contidas no testamento, o profissional estaria respeitando o princípio bioético da autonomia (PIROPO et al, 2018, p. 508).

Diante do exposto fica evidente que o conceito da dignidade humana permeia toda discussão relativa a escolha terapêutica do paciente. “A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida” (BORGES, 2005, p. 03).

Olhando brevemente para o contexto jurídico, o autor enfatiza que a não intervenção, desde que desejada pelo paciente, não sinaliza o conceito de eutanásia (provocação da morte humana ou aceleração desta), mas é reconhecer a morte humana como condição inerente a vida, e evitar o prolongamento desta, caso não seja de vontade da pessoa.

Tal afirmação tem respaldo na Constituição Federal em seu artigo 5º em alguns incisos:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1988).

É fato que o artigo acima trata da livre manifestação do pensamento e liberdade de consciência, indo de encontro aos princípios da autonomia e dignidade humana, sobre a decisão pessoal do direito à vida, olhando não só para a vida no sentido biológico da palavra, mas na



subjetividade do viver fazendo sentido. Além do art. 5º pode-se afirmar de forma expressa no artigo 1º, inciso III da CF o princípio da dignidade humana como fundamento da Constituição Federal.

Quanto ao princípio da autonomia privada, produzida pela cultura moderna ocidental, não há dúvidas de que as questões discutidas no âmbito das DAV's dizem respeito à esfera pessoal e privada do indivíduo, não devendo, portanto, ser a decisão relegada a terceiros, como médicos e familiares (GUSELLA, et al, 2020).

E por está inserido no campo privado da autonomia humana, a ausência de legislação vigente expressa sobre as DAV's no ordenamento jurídico brasileiro, o qual será discorrido logo abaixo, não se configura como impedimento para a validade e eficácia da aplicabilidade do Instituto.

A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida. Esta decisão precisa ser respeitada. Estando informado sobre o diagnóstico e o prognóstico, o paciente decide se vai se submeter ou se vai continuar se submetendo a tratamento (BORGES, 2005, p.03).

Maria Helena Diniz, traz um questionamento reflexivo acerca da autonomia privada e sua relação com as DAV's. Para ela, "Poder-se-ia exaltar esse poder decisório do doente, ante o fato de que a autonomia de sua vontade pode ser uma arma contra ele mesmo, porque a decisão, em regra, vale conforme o seu grau de esclarecimento ou informação?" (DINIZ, 2001 apud BORGES, 2005, p.10). De acordo com Borges sob o olhar de Diniz, estar-se-ia falando dos defeitos sobre a formação da declaração de vontade do paciente. É importante preocupar-se sobre as condições no qual o paciente se encontra ao declarar essa vontade, afastando todos os fatores que interfiram em uma decisão livre ou que afetem sua capacidade de compreensão.

Com base nessas considerações iniciais a discussão acima enseja um breve debate sobre o respeito ao direito individual a partir da Constituição Federal, relacionando este, a ética sobre a escolha terapêutica médica quando se trata de situações de risco a vida. E quando as DAV's se aplicam sobre condições limitantes e terminais de saúde. O intuito deste capítulo foi trazer a tona essa discussão, muitas vezes não mencionada nas discussões éticas da saúde e do direito. A partir desse primeiro ponto, dá-se sequência a explanação sobre o arcabouço jurídico relacionado ao Instituto, na perspectiva de aprofundar juridicamente as previsões acerca do Instituto.

## **2. ARCABOUÇO JURÍDICO ACERCA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE PREVISTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E INTERNACIONAL.**

O Brasil não tem em seu ordenamento jurídico normas que versem sobre as DAV, mas sua aplicabilidade no país se dá com base em documentos legais, a serem citados a seguir. Já no contexto internacional, há países que dispõem desse tema enquanto normas escritas, o qual também serão elencadas neste estudo. Vale mencionar que, não será feito um resgate histórico

sobre o surgimento das DAV, mas um esboço jurídico de fato, do amparo legal que rege o Instituto.

No âmbito do Brasil as DAV se embasam principalmente através das resoluções da deontologia médica. Não há lei em sentido estrito, nem mecanismos de validade que sejam unânimes na literatura jurídica. Alguns autores ao trabalhar o tema, trazem como problemática, se, de fato, o que já se tem disposto no ordenamento jurídico brasileiro consegue validar o Instituto das DAV ou se faz-se necessário criar uma lei específica ao tema.

As DAV são ainda regulamentadas pelas legislações infraconstitucionais brasileiras nas esferas cível e penal (GUSELLA, et al, 2020). Para os autores são normas que norteiam a disciplina da temática, mas não são específicas. Encontram-se dispostas, principalmente, nas disposições do artigo 15 do Código Civil que trata da proibição sobre a obrigatoriedade do indivíduo ser constrangido a submeter-se a procedimento médico cirúrgico ou tratamento terapêutico, que ponha risco a vida. Além, dos artigos 121 e 146, §3º, inciso I, do Código Penal, que disciplinam os crimes de homicídio e constrangimento ilegal, respectivamente.

De forma específica, as DAV aparecem apenas na deontologia médica na Resolução de nº 1.805 de 2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), publicada no Diário Oficial da União em 28 de novembro de 2006, Seção I, página 169. No seu artigo 1º traz o seguinte texto: "é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

Na exposição dos motivos do CFM para publicação da Portaria, há a alegação de que durante muito tempo coube ao enfermo apenas obedecer às decisões médicas, sem levar em conta a opinião, valores e crenças dos enfermos.

Ocorre que nossas UTIs passaram a receber, também, enfermos portadores de doenças crônico-degenerativas incuráveis com intercorrências clínicas as mais diversas e que são contemplados com os mesmos cuidados oferecidos aos agudamente enfermos. [...] É importante ressaltar que muitos enfermos, vítimas de doenças agudas, podem evoluir com irreversibilidade do quadro. Somos expostos à dúvida sobre o real significado da vida e da morte. Até quando avançar nos procedimentos de suporte vital? Em que momento parar e, sobretudo, guiados por que modelos de moralidade? (CFM, 2006, p.04).

Em suas exposições o CFM traz ainda que há uma obsessão pela categoria médica em tratar a qualquer custo a doença, para manter a vida biológica. Deixa-se de considerar a busca pelo estado emocional e espiritual do indivíduo, o que sugere a necessidade de ampla discussão do tema em debates acadêmicos e sociais.

Ainda na ótica da medicina, o Código de Ética Médico de 2019, elucida no capítulo V destinado a relação com pacientes e familiares, que é vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (CFM, 2019, p. 27)

Posterior a Resolução de 2006 surge um novo documento no CFM dispondendo sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Trata-se da Resolução CFM nº 1995 de 09/08/2012 publicada no Diário Oficial da União em 31 de agosto de 2012. De acordo com o documento, o CFM considera para sua criação a inexistência de regulamentação sobre diretivas antecipadas de vontade do paciente no contexto da ética médica brasileira e a necessidade de disciplinar a conduta médica frente as DAV. Enfatizam a necessidade de regulamentar o tema, uma vez que não é previsto nos dispositivos éticos brasileiros nada sobre o assunto.

Quanto a projetos de Lei existentes relacionados ao assunto, “no âmbito nacional, há o conhecimento de quatro projetos de lei relacionados às DAV’s: o Projeto de Lei nº 524/2009, o Projeto de Lei nº 5.559/2016, e mais recentemente, o Projeto de Lei nº 149/2018 e o Projeto de Lei nº 267/2018” (SANTOS; LIMA, 2021, p.16).

O projeto de lei do Senado brasileiro n. 524/2009, de autoria do então senador Gerson Camata, visava dispor sobre os direitos em fase terminal de doença, objetivando a regulamentação da prática da eutanásia, desde que por manifestação favorável da pessoa ou familiar quando essa não dispor de condições decisórias (BOMTEMPO, 2012).

Sobre o Projeto de Lei nº 5.559/2016, de autoria do deputado Pepe Vargas, traz no artigo 20 que “o paciente tem o direito de ter suas diretivas antecipadas de vontade respeitadas pela família e pelos profissionais de saúde” (pag. 04), podendo este dispor do direito de indicar livremente um representante em qualquer momento de seus cuidados em saúde, por meio de registro em seu prontuário, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, nas situações em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade (BRASIL, 2016).

Já o Projeto de Lei do Senado nº 149/2018, de autoria do Senador Lasier Martins, em tramitação, dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Estabelece a possibilidade de toda pessoa maior e capaz declarar, antecipadamente, o seu interesse de se submeter ou não a tratamentos de saúde futuros, caso se encontre em fase terminal ou acometido de doença grave ou incurável (BRASIL, 2022).

Diferentemente de projetos anteriores, este visa disciplinar as DAV’s, visando amparar juridicamente as ações em seu entorno. O projeto traz

ainda a incumbência dos profissionais, e as situações em que podem se recusar a fazer cumprir as DAV's dos pacientes. Observa ainda que o paciente pode, em qualquer momento, modificar ou revogar suas diretivas, bem como ainda nomear um representante legal para decidir por ele. Com o intuito de esclarecer os pacientes sobre as diretivas, os ambientes públicos e privados de assistência à saúde devem dispor de pessoal capacitado para esta atividade (SANTOS; LIMA, 2021, p.17).

Por último, o Projeto de Lei nº 267/2018 também elaborado no mesmo ano, pelo Senador Paulo Rocha, trazia em sua ementa os cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações asseguradas pelas DAV's. Esse por sua vez teve sua tramitação encerrada a pedido do autor, justificando já dispor de projeto similar em tramitação.

Em cenário internacional há países que já adotam as DAV's a exemplo dos Estados Unidos, Espanha, Canadá, Reino Unido, Holanda, Bélgica, e também, o Uruguai, a Colômbia e a Argentina aqui na América Latina. Será discorrido sobre alguns destes a seguir.

A primeira lei sobre as diretivas antecipadas de vontade, conhecidas como testamento vital ou living will nos Estados Unidos, foi aprovada na Califórnia, em 1976. Trata-se do "Natural Death Act", elaborado pela Faculdade de Direito da Universidade de Yale. A partir da aprovação da lei californiana, leis semelhantes surgiram em outros estados do país sendo que até 1986, mais de 30 estados americanos já haviam legislado sobre o assunto. Hoje, nos EUA já existe a previsão de sanções disciplinares ao médico que desrespeitar a vontade expressa do paciente. Sua regulamentação veio em 1991 como norma federal na Lei de Autodeterminação do Paciente (Patient Self-Determination Act - PSDA). Esta Lei determina que pacientes admitidos em entidades como hospitais e agências de saúde devem ser informados sobre os possíveis benefícios das diretivas prévias (KUNIYOSHII, 2020).

O autor pontua que na Espanha as disposições acerca da manifestação de vontade do paciente estão regulamentadas desde 2002 pela Lei nº 41/2002, que traz em seu contexto a preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a autonomia da vontade do paciente. Já a Alemanha trabalha com Instituto equivalente, conhecido por *Patientenverfügungen*, promulgado em 2009. Portugal promulgou a Lei nº 25/2012, que regulamenta as diretivas antecipadas de vontade sob a forma do testamento vital. Dispõe inclusive de um órgão específico para receber e tramitar essa documentação, o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV). Outros países como Canadá, Reino Unido, Bélgica e Holanda adotam a eutanásia como ato legítimo para o término da vida.

Diante do exposto neste capítulo, reafirmando que ainda não há lei específica que trate das DAV's no Brasil faz-se relevante entender a partir de então quais os limites de sua aplicabilidade, tendo em vista que há argumentos por um lado de que o ordenamento jurídico brasileiro dá conta de efetivar as DAV's sem lei específica, por outro lado, ressalta-se a falta de disciplinar as DAV's, deixando margem para distintas interpretações em torno da temática. Para tanto, é importante reconhecer o que dita a doutrina e a jurisprudência brasileira sobre o tema.

### **3. LIMITES DA APLICABILIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADES A PARTIR DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS**

Como dito no capítulo anterior, faz-se necessário conhecer o que dizem os autores, considerando inclusive que este estudo se trata de uma revisão de literatura, para um maior embasamento teórico no tema, de forma a buscar a resposta sobre a aplicabilidade do Instituto e sua limitação de uso no Brasil.

Vale ressaltar que poucas são as obras (livros) referentes ao assunto, há um volume considerável de artigos, porém ainda sem o consenso ao trazer as DAVs englobando o testamento vital. Alguns autores se referem apenas ao testamento vital como instituto de modo que nem mencionam as DAVs.

Mabtum & Marchetto (2015) em sua obra "O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade" discorrem sobre a nomenclatura diretiva antecipada de vontade, onde traz: diretiva – orientação ou instrução; antecipada – situação pretérita; e por fim, vontade – desejo. Ou seja, trata-se do desejo do declarante de forma prévia sobre uma vontade sobre algo. Lembrando que a pessoa deve estar em plena capacidade decisória para este ato, e se remente a renúncia ou aceitação de cuidados ou tratamentos médico-hospitalares futuros. Reforçam ainda que nos documentos que compõem as DAV's não há menção a solicitação de abreviação da vida, apenas suscita a recusa de tratamentos ou procedimentos médicos, defendendo a vida como um direito e que esta se dê com qualidade de vida e não estar vivo pelo dever de estar.

As DAV's se limitam a apontar os desejos reais prévios do indivíduo quanto a tratamentos, aceitando-os totalmente ou com limites, ou ainda recusando-os, bem como a oferta ou não de suporte de vida e ordem da reanimação, a serem respeitados no fim da vida com segurança jurídica. Não está no seu escopo ordens para que os médicos causem a morte do declarante, mas indicações que visem minimizar o sofrimento. (FURTADO, 2003).

Os autores trazem a lógica das DAV's como gênero, como já dito anteriormente no estudo, tendo dois tipos de documento como espécie, que são o testamento vital e o mandato duradouro. Ademais,

a regulamentação dos documentos de vontades antecipadas representa uma evolução importante no que diz respeito à autonomia das pessoas, por permitir-lhes decidir sobre os procedimentos médico-hospitalares que desejam receber ou não no futuro, se estiverem em determinadas circunstâncias (MABTUM; MARCHETTO, 2015, p. 1123).

Sobre a aplicação do Instituto no Brasil, os autores desta obra relatam que alguns estudiosos já vêm desenvolvendo um trabalho para normatização a nível de Brasil, porém as tentativas esbarram na burocracia política. Como já visto, alguns projetos de Lei encontram-se no legislativo, porém caminham a passos lentos.

De acordo com Dadalto (2013) a partir das considerações de Mabtum & Marchetto (2015), as DAV's tem relação e efeito vinculante aos profissionais de saúde e familiares, bem como



procuradores de saúde. Na obra de Dadalto citada pelos autores há a descrição das linhas mestras que devem compor o documento da espécie testamento vital: o documento deve declarar claramente as patologias a que recusa tratamento, local onde o declarante deseja passar os últimos dias de vida, se deseja ser enterrado ou cremado, os procedimentos e tratamentos aceitos ou não. Ademais a obra esclarece as limitações sobre o documento, no que se refere ao cumprimento deste pelo médico. Uma vez que o tratamento indicado pelo indivíduo já tenha sido superado pela medicina, o médico pode negar-se orientado pelo ordenamento jurídico, a não executá-lo. Ou limitação se dá por razões religiosas, morais ou éticas, de forma que o paciente deverá ser encaminhado a outro profissional que concorde em executar sua vontade. Vale lembrar que não é aceita a recusa imotivada do médico.

Em uma outra obra que trata sobre as DAV's, dos autores Dahas & Silva (2022), intitulada "Diretivas Antecipadas de Vontade: a interface entre autonomia privada e o ordenamento jurídico brasileiro" traz que a autonomia da vontade enquanto princípio é a mola mestra do Direito, de forma que muitos desafios e reflexões devem ser feitos ao analisar o direito à morte digna. Os autores reforçam que no âmago jurídico tem-se a dignidade humana como sustentáculo do interesse público e privado. Portanto, as DAV's vêm não apenas salvaguardar as vontades do cidadão, mas "o fundamento da dignidade humana face as situações jurígenas existenciais" (pag. 70).

Dahas & Silva (2022) discorrem quanto a algumas limitações, ou melhor, situações que anulariam a declaração de vontade do paciente. Seriam elas: o dolo, estado de perigo, erro e a lesão. Para a efetividade da declaração a manifestação deve ser feita de forma clara, sem ambiguidades ou dubiedades. Colocam ainda que o paciente deve ser orientado pelo médico e advogado que possa esclarecer sobre a parte médica e legal do que consta na declaração, bem como suas consequências. Outra necessidade já citada aqui, é que a pessoa deve estar apta a compreender as informações sobre o instrumento a ser preenchido, bem como para deliberar de maneira autônoma sua vontade.

Os autores citam Dadalto (2018) ao falar sobre o direito à informação contido no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal de 1988 e artigo 6º, inciso III do Código do Consumidor Brasileiro. Portanto, a pessoa ao decidir pela DAV deve estar plenamente consciente e esclarecida das implicações sobre os tratamentos e procedimentos que deseja ou não ter em determinada condição de saúde.

A obra o qual está sendo citada traz uma informação nova de que as DAV's podem ser utilizadas não apenas para situações de saúde relativas a doenças terminais, mas situações que envolvem a degradação do estado de lucidez ou estado corporal do paciente como é o caso do mal de Alzheimer ou pacientes sequelados de AVC que são acometidos pela diagnose do estado vegetativo persistente (EVP). Nesses casos o instrumento traz a manifestação da pessoa sobre: por quem ela quer se cuidada, onde ela quer estar, que terapias devem ser realizadas.

Com relação a validade das DAV's quanto sua aplicação, os autores trazem que, embora não haja normativa específica ao tema, "face a hermenêutica regrada pelos fundamentos



constitucionais e infraconstitucionais emerge a possibilidade de coadunar mecanismos constitucionais de forma a amparar este instituto face as conformações normativas brasileiras” (DAHAS; SILVA, 2022, p. 108).

Ademais, algumas legislações estaduais que serão apresentadas a seguir indicam progresso nos direitos dos pacientes a decidirem sobre as possibilidades terapêuticas. Dahas & Silva reforçam que as previsões estaduais juntamente com as resoluções do CFM, assentam a validade das DAV's no Brasil, embora a fragilidade normativa.

Luciana Dadalto, em sua obra “Testamento Vital”, traz uma informação nova para da divisão das DAV's, seria as diretivas antecipadas psiquiátricas, que são produto de uma construção norte-americana para trazer a vontade quanto as preferências a serem usadas para possíveis tratamentos de saúde mental. Fala que a Resolução do CFM que trata das DAV's não trouxe nenhum impacto para este tipo de diretivas. Outra categoria seria as diretivas antecipadas para demência, também iniciativa norte-americana traz as vontades do paciente enquanto este tem condições de definir sua vontade. A ideia é que as decisões sejam respeitadas a medida que a demência progride.

Dadalto (2022) fala ainda sobre a discussão sobre as diretivas acerca do momento do parto, das ordens para a não reanimação, da recusa terapêutica, essa última contemplada nos documentos normativos existentes até então.

No contexto jurídico a autora traz duas Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) do Supremo Tribunal Federal que estão em sub judice, de números 618 e 642, e visam declarar inconstitucional a Resolução do CFM, com pedido de medida cautelar, no qual aquele visa assegurar às Testemunhas de Jeová maiores de idade e capazes o direito de não se submeterem a transfusões de sangue por motivo de convicção pessoal, e este visa tornar inconstitucional o art. 5º, §2º da Resolução 2.232/2019 do CFM.

A autora fala dos limites da aplicabilidade das DAV's, em específico o testamento vital, como já discorrido anteriormente no capítulo. Seriam limites que a doutrina aponta: “a objeção de consciência do médico, a proibição de disposições contrárias ao ordenamento jurídico e disposições que sejam contraindicadas à patologia do paciente ou tratamento que já estejam superados pela Medicina” (DADALTO, 2022, p.35). Tais limites estão embasados no ordenamento, no código de ética médico.

Olhando agora para a Jurisprudência o tema já foi objeto de indagações do Ministério Público Federal do Goiás, mediante Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500. Na ocasião o Ministério Público Federal do Estado pediu que fosse declarada inconstitucional e ilegal a Resolução CFM nº 1995 de 09/08/2012 cujo objeto era normatizar a atuação de profissionais da medicina frente a terminalidade da vida dos pacientes. A ação teve por desenredo a seguinte decisão favorável a constitucionalidade do Instituto:

dado o vazio legislativo, as diretivas antecipadas de vontade do paciente não encontram vedação no ordenamento jurídico. E o Conselho Federal de Medicina não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº

3.268/57. A Resolução CFM no 1995/2012 apenas regulamenta a conduta médica perante a situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja receber ou não, na hipótese de se encontrar sem possibilidade de exprimir sua vontade.

A sentença traz ainda que: "A resolução do Conselho Federal de Medicina é compatível com a autonomia da vontade, o princípio da dignidade humana, e a proibição de submissão de quem quer que seja a tratamento desumano e degradante (art. 10, inciso III, e art. 5o, inciso III, CF)".

Leis infraconstitucionais brasileiras trazem o direito à recusa do paciente por tratamentos tidos como extraordinários.

A lei nº 10.241, de 17 de março de 1999 do estado de São Paulo traz em seu artigo 2º:

"São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida;"

Na mesma lógica a lei nº 16.279, de 20 de julho de 2006 do estado de Minas Gerais traz em seu artigo 2º:

"São direitos do usuário dos serviços de saúde no Estado:

XX - recusar tratamento doloroso ou extraordinário."

Por fim o Paraná também trouxe uma lei sobre a recusa do tratamento extraordinário, lei 14.254 de 23 de dezembro de 2003.

As DAV's foram discutidas na 1ª Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, realizada nos dias 14 e 15 de maio de 2014 em São Paulo. O enunciado 37 traz sobre as DAV's o seguinte:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito (p. 08).

A exemplo da aplicação prática do Instituto, tem-se o Processo 1084405-21.2015.8.26.0100/TJSP cuja autora, uma senhora de 68 anos, pleiteia a validade de sua manifestação de vontade antecipada quanto a recusa de tratamentos fúteis quando estiver no fim da vida. Na época a juíza indeferiu a solicitação e julgou extinto sem resolução de mérito, considerando o procedimento desnecessário pois ela poderia atestar sua manifestação em

prontuário médico. A autora interpôs apelação da sentença, e o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente, anulando a sentença e determinando a remessa dos autos para a primeira instância (DADALTO, 2022).

Diante da contextualização acima, reafirma-se a necessidade de uma lei específica sobre o tema, que traga segurança jurídica ao paciente, aos profissionais de saúde, advogados e magistrados quanto aos aspectos formais. Fica claro que há meios de iniciar essa discussão, compreendendo já ter-se uma legislação internacional, e um arcabouço nacional de informações para embasar a construção. O instituto já é naturalizado em outros países, e o Brasil precisa estar normatizado quanto a essa possibilidade. A necessidade dessa discussão no campo da Bioética e do Direito é emergente e merece um espaço mais ampliado nas rodas acadêmicas.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a exposição das questões jurídicas que permeiam o Instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade, confirma-se que tal Instituto tem consonância com a Constituição Federal brasileira, de modo que é certa a sua futura normatização. Entretanto, nota-se que a confusão sobre o entendimento do conceito deste Instituto ainda é constante ao observar os autores em suas escritas sobre o tema. Cabe a sociedade jurídica e acadêmica, portanto, ampliar a discussão conceitual sobre as DAV's para que seja possível para os legisladores decidirem pela normatização do Instituto com mais propriedade, e segurança de que a sociedade brasileira terá a compreensão sobre as diferenças que existem no que determina o testamento vital enquanto instrumento garantidor da vontade.

Compreendendo que, a aplicação do Instituto não objetiva a abreviação da vida, mas resguardar o direito individual do ser humano em optar pelo enfrentamento de uma doença conforme sua vontade, garantindo assim a subjetividade do outro sobre a aplicação da medicina.

O respeito ao sistema jurídico brasileiro se dará à medida que na construção da Lei específica as DAV's sejam determinadas as circunstâncias para sua aplicabilidade, validadas pela Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais. Caberá ao legislador estabelecer tais critérios, para que os direitos individuais expostos nesse estudo, dentro outros, sejam garantidos ao indivíduo.

#### REFERÊNCIAS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - nº 0001039-86.2013.4.01.3500. 2013.

BAPTISTA, L.O. Advogados. **A importância do testamento vital em tempos de pandemia.** 2020. Disponível em: <https://www.baptista.com.br/a-importancia-do-testamento-vital-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 10 abr 2022

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Diretivas antecipadas:** instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Revista de Bioética y Derecho, núm. 26, septiembre 2012, p. 22-30.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro.** 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>. Acesso em 17 jun 2022.

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

BRASIL. (2016). **Projeto de Lei do Congresso Federal nº 5.559**, de 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>. Acesso em: 09 out 2022.

BRASIL. (2022). **Projeto de Lei do Senado nº 149**, de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 09 out 2022.

Código de Ética Médica: **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. 108 p.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal).** Revista de Bioética y Derecho, núm. 28, may 2013, p. 61-71.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital** [Recurso eletrônico]. 6ª ed – Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2022. 152p. ePUB. ISSN 978-65-5515-417-7 (E-book).

DAHAS, Eduardo Augusto Gonçalves; SILVA, Vagner Alves da. **Diretivas Antecipadas de Vontade: a interface entre autonomia privada e o ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Editora Dialética, 2022. E-book: ISBN 978-65-252-5367-1.

Diretivas Antecipadas de Vontade: **Resolução CFM nº 1.995, de 09 de agosto de 2012/** Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=244750>. Acesso em: 09 out 2022.

**Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014** – São Paulo-SP. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf). Acesso em: 09 out 2022.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Considerações sobre o testamento vital.** civilistica.com; a.2. n. 2. 2013. 20p.

IBDFAM. Livia Lima Pinheiro. **Instituição testamentária brasileira.** 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1659/Institu%C3%A7%C3%A3o+testament%C3%A1ria+brasileira>. Acesso em: 27 mar 2022.

GUSELLA, Gabriela Azeredo; ZAGANELLI, Margareth Vetis; NOGUEIRA, Pedro Lenno Rovetta.

**Diretivas antecipadas de vontade:** uma análise dos requisitos de validade à luz da legislação brasileira. ISSN: 2224-4131. D.L.: 2005-5822. N.º 61, JUL-SET 2020. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/>. Acesso em: 09 out 2022.

JOSÉ, Priscilla Curti. **O testamento vital:** direitos do paciente e os cuidados paliativos. Fronteiras Interdisciplinares do Direito. v. 1 n. 1. 2019.

KUNIYOSHI, Eduardo Haga. **As diretivas antecipadas de vontade no Direito Contemporâneo.** 2020. Disponível em: <https://duhaga.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 09 out 2022.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. ISBN 978-85-7983-660-2.

MINAS GERAIS, 2006, **Lei Ordinária nº 16279**, de 20 de julho de 2006. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-16279-2006-minas-gerais-dispoe-sobre-os-direitos-dos-usuarios-das-aco-es-e-dos-servicos-publicos-de-saude-no-estado>. Acesso em: 09 out 2022.

NUNES, Maria Inês; ANJOS, Márcio Fabri dos. **Diretivas antecipadas de vontade: benefícios, obstáculos e limites.** Rev. bioét. (Impr.). 2014; 22 (2): 241-51.

PARANÁ, 2003, **Lei Ordinária nº 14.254**, de 4 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14254-2003-parana-prestacao-de-servico-e-aco-es-de-saude-de-qualquer-natureza-aos-usuarios-do-sistema-unico-de-saude-sus-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 09 out 2022.

PIROPO, Uanderson Silva Pirôpo; DAMASCENO, Rudson Oliveira; ROSA, Randson Souza; SENA, Edite Lago da Silva; YARID, Sérgio Donha; BOERY, Rita Narriman Silva de Oliveira. **Interface do testamento vital com a bioética, atuação profissional e autonomia do paciente.** Rev. Salud Pública. 20 (4): 505-510, 2018.

**Resolução CFM Nº 1.805/2006.** Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 02 abr 2022.

SALOMÃO, Wendell Salomão; JACOB, Cristiane Bassi. **Testamento Vital** – instrumento jurídico para resguardo da vontade pertinente a situações existenciais e de saúde. 2015. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ySFRgYCO-a4J:https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/testamento-vital-instrumento-juridico-para-resguardo-da-vontade-pertinente-a-situacoes-existenciais-e-de-saude-wendell-salomao-e-cristiane-bassi-jacob/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 02 abr 2022.

SANTOS, Kethlyn de França dos; LIMA, Francieli Maria de. **As Diretivas Antecipadas de Vontade no contexto da terminalidade da vida:** discussão acerca da necessidade de uma lei específica

regulamentadora. Research, Society and Development, v. 10, n. 16, e35101623323. 2021. (CC BY 4.0). ISSN 2525-3409. DOI: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v10i16.23323>

SÃO PAULO, 1999. **Lei nº 10.241**, de 17 de março de 1999. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>. Acesso em: 09 out 2022.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva; SANCHES, Vladia Maria de Moura Soares. **Testa mento Vital**: uma análise a partir do direito estrangeiro e de um leading case brasileiro. Conpedi. Capa. v. 1, n. 12 (2016).

SILVA JUNIOR, Aluisio Gomes; MONTEIRO, Renata Silva Fontes. **Diretivas antecipadas de vontade**: percurso histórico na América Latina. Rev. Bioét. vol.27 no.1 Brasília Jan./Mar. 2019. P. 86-97.



## ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL

**ISADORA CRISTINA DA SILVA REIS:**  
Graduanda em Direito pela Faculdade  
Serra do Carmo - FASEC

ANDREIA AYRES GABARDO

(orientadora)

**RESUMO:** A alienação parental é um tópico legal relativamente novo. A Lei nº 12.318 foi promulgada apenas em 26 de agosto de 2010. Com as inovações no campo do direito da família, novos desafios surgiram nas disputas que envolvem os direitos da criança e do adolescente. Para um melhor entendimento, serão os principais tipos de famílias atuais no Brasil. A natureza humana é criticar o que você não fez, pode-se dizer que você despreza como conquistas dos outros. Obviamente, haverá críticas a esse texto. No que nos diz respeito, vimos contribuições úteis. O texto legal se baseia nesse espírito "sintomático" e toca nos pontos principais. Estabelece a ocorrência de fenômenos negativos quando crianças ou jovens são psicologicamente influenciados por seus pais, avós, tutores, tutores ou qualquer pessoa sob sua jurisdição para dificultar ou prejudicar seu vínculo afetivo com um dos pais. A legislação e o ordenamento jurídico brasileiro visam proteger e proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, oferecendo proteção integral aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Direito à proteção e à dignidade humana.

**Palavras-Chave:** Criança e Adolescentes. Proteção à dignidade humana. Alienação parental.

### INTRODUÇÃO

Com a dinâmica das relações e a facilitação dos procedimentos de separação e divórcio, os menores envolvidos na desagregação familiar acabam por atribuir a tutela apenas a um dos pais, o que resulta em crianças e adolescentes vivendo com apenas um deles. Seus pais, privando-os do direito de estar com ambas as partes, e do direito de exercer o poder familiar (SANTOS, 2019).

A alienação parental é um tópico legal relativamente novo. A Lei nº 12.318 foi promulgada apenas em 26 de agosto de 2010. Com as inovações no campo do direito da família, novos desafios surgiram nas disputas que envolvem os direitos da criança e do adolescente. Para um melhor entendimento, serão os principais tipos de famílias atuais no Brasil (STRÜCKER, 2014).

Não sem razão, o mal-entendido sobre o fenômeno da alienação parental e o óbvio mal-entendido interdisciplinar entre direito e psicologia geraram debates acirrados sobre a credibilidade científica dessa teoria. Nos Estados Unidos da América na década de 1980, com a publicação de Richard Gardner (Richard Gardner), surgiu o conceito da chamada "síndrome de alienação parental", acompanhado da natureza hipotética de "junk science" ou "ciência lixo". E a possibilidade de uma síndrome ser usada como uma questão defensiva por abusadores sexuais de

crianças reais, protegendo-se de queixas de abuso acusando pais reclamantes de “alienador” (WAQUIM, 2020).

Embora projetado para proteger os direitos básicos das crianças, a Lei de Alienação Parental também permite desvantagens, como falsa denúncia de abuso, abuso da abordagem dos pais para a criança, mães se sentindo impotentes diante do agressor para aumentar o acesso às crianças, impondo ineficiência muitas em assuntos de família, e Múltiplos tribunais têm competência para decidir sobre a questão da alienação parental, por isso é necessário esclarecer como doutrinas relacionadas com a lei e o objetivo desta pesquisa (LEÃO, 2020).

A natureza humana é criticar o que você não fez, pode-se dizer que você despreza como conquistas dos outros. Obviamente, haverá críticas a esse texto. No que nos diz respeito, vimos contribuições úteis. O texto legal se baseia-se nesse espírito "sintomático" e toca nos pontos principais. Estabelece a ocorrência de fenômenos negativos quando crianças ou jovens são psicologicamente influenciados por seus pais, avós, tutores, tutores ou qualquer pessoa sob sua jurisdição para dificultar ou prejudicar seu vínculo afetivo com um dos pais (GUIMARÃES, 2019).

A legislação e o ordenamento jurídico brasileiro visam proteger e proteger os direitos fundamentais da criança e do adolescente, oferecendo proteção integral aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Direito à proteção e à dignidade humana (SILVA; ALMEIDA, 2021).

## **1. ALIENAÇÃO PARENTAL**

*Ab initio*, como alienação parental, considera-se o conjunto reiterado de práticas, provocadas por um dos genitores ou, então, por quem detenha alguma forma de autoridade sob a criança ou adolescente, a quais degeneram a imagem do outro genitor perante o filho. O objetivo, normalmente, é promover um afastamento e retirada do contexto familiar. Essa autoridade pode se revelar como uma guarda ou mera vigilância (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 88).

Essa prática é cruel, pois utiliza a criança ou o adolescente como objeto de vingança ou fim diverso do seu interesse. O intuito é prejudicar o outro genitor, valendo-se do filho como instrumento. Normalmente, a origem está na dissolução das relações conjugais. Por exemplo, com a não aceitação do término do relacionamento ou pelo fato do então ex companheiro ou cônjuge ter constituído outra família (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 56).

O alienante, a fim de convencer a si mesmo, tende a criar um cenário de abandono, que por muitas vezes é apenas fictício. Desse modo, não se limita a apenas a romper os vínculos consigo, o alienante também buscar romper os vínculos do alienado com o seu filho (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 56).

Como pode se observar, é um tema delicado e que atrai a incidência do Direito Civil, com ênfase no Direito das Famílias. É um assunto atual e amplamente presente. Prova disso, está na

notícia divulgada pelo do Instituto Brasileiro de Direito de Família, no sentido de que a pandemia da COVID-19 aumentou o número de denúncias de alienação parental.

É apontado que “a situação de isolamento social, com o afastamento da convivência física nos casos de guarda compartilhada, poderia favorecer os alienadores” e que “contraposição também gera controvérsias diante da ainda permanente proliferação do Coronavírus, acentuando a necessidade de análise caso a caso” (IBDFAM, 2021).

No âmbito jurídico brasileiro, o assunto ganhou seu próprio diploma legal, com a promulgação da Lei n.º 12.318 de 26 de agosto de 2010. Nele, é apresentado o que entende por alienação parental, bem como é estabelecido um rol exemplificativo de situações, logo no artigo 2º da lei (BRASIL, 2010).

Visto o rol exemplificativo de situações tidas como alienação parental, faz-se necessário entender quem é o alienante e quem é o alienado. Isso não é tão simples, porquanto o alienante, quem exerce a alienação parental, não é necessariamente um dos genitores. O alienante, o sujeito ativo da prática, pode ser qualquer familiar que conviva e exerça qualquer poder de influência sobre a criança ou sobre o adolescente (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 43).

Lado outro, o alienado é a vítima dessa prática perversa. Compreende a criança ou o adolescente que é manipulado pelo alienante e desenvolve uma visão deturpada da realidade. Na visão do legislador, considera-se como alienado, também, o próprio alvo da alienação: o outro genitor, também chamado de vitimado, na doutrina (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 44).

Deve-se anotar que a alienação parental não se restringe apenas ao modelo tradicional de família. Pelo contrário, pode ser visto nos mais variados arranjos familiares. Para ilustrar, cita-se as famílias monoparentais, homoafetiva, pluriparental e anaparental. A alienação parental não se restringe aos vínculos biológicos, ou seja, pode ser vista também nas relações socioafetivas.

### 1.1. A Prática de alienação parental

Outrossim, deve-se trabalhar com as formas de exteriorização da alienação. A prática tem início com a manipulação da criança ou do adolescente, por parte do alienante. A partir daí, restringe-se a interação e o convívio dele com o genitor vitimado. Essa forma de afastamento, acaba por gerar danos quase irreparáveis no alienado.

A alienação deixa suas marcas. Com as mentiras, uma insegurança cresce no alienado, pois passa a imaginar que o genitor vitimado não tem qualquer forma de afetividade com ele. Com a alienação a criança aprende a mentir compulsivamente, manipular, exprimir emoções falsas, acusar levemente os outros, intolerância, mudar seus sentimentos, dificuldade de identificação e muitas outras mazelas (SILVA, 2010).

Disso, decorre um sentimento de abandono, ausência de identificação de perdimento. Pode causar um distúrbio psicológico conhecido como Síndrome de Alienação Parental (MADALENO; MADALENO, 2018, p. 42).

Abra-se um parêntese, para diferenciar a alienação parental da Síndrome de Alienação Parental. A primeira é a prática de atos em si. A segunda diz respeito às consequências derivadas dos atos. A alienação se consuma com a síndrome, quando o alienado passa a acreditar na realidade deturpada e cria uma aversão com o vitimado, rompendo os vínculos.

Por demais, o cenário é de difícil constatação e envolve um estudo psiquiátrico e psicológico. Em muitos casos, o genitor vitimado não chega nem a identificar a alienação perpetrada, o que acaba por corroborar a desestruturação dos laços afetivos. O sentimento vivenciado pelo alienado pode ser replicado pelo genitor vitimado, isto é, este pode também se sentir inseguro e abandonado pela prole. Nesse ponto, é de grande valia avaliar o perfil do alienador e o cenário em que normalmente essa prática ocorre (PEREIRA, 2021).

Todos esses malefícios, não raras as vezes, não são nem ao menos sopesados pelo alienante. O objetivo desse, quase que cego, é apenas causar prejuízos ao vitimado. O melhor interesse da criança ou do adolescente são vilipendiados e deixados em segundo plano, em claro desrespeito ao comando constitucional contido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

É dever da família, sociedade e Estado assegurarem à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade a proteção integral. Parte-se do pressuposto que esse grupo vulnerável depende, para ter um pleno desenvolvimento, do auxílio de alguém capaz e responsável. Esse alguém é, principalmente, um dos seus genitores. Em virtude disso é tão reprovável a violação dos seus direitos pelo alienante (BRASIL, 1988).

Em síntese, sob o prisma jurídica, alienação parental fere o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar saudável e à sua integridade psicológica. Concomitantemente, é um descumprimento dos deveres relacionados à autoridade dos pais, da tutela, guarda e do poder familiar. É ato ilícito e enseja na responsabilidade civil do alienador (BRASIL, 2002).

## 1.2. Instrumentos de proteção

Nesse diapasão, o ideal é prevenir essa espécie de conduta. Nada obstante, como não é algo facilmente controlável, quanto antes ocorrer sua identificação, menores serão as lesões à integridade psíquica do alienado e do genitor vitimado. Na prática, é muito comum que a identificação ocorra pelo próprio magistrado.

Durante o curso do processo judicial inúmeras análises e argumentos são levantados, principalmente quando se discute fixação ou modificação de guarda, divórcio ou dissolução de união estável. Dos elementos levantados, pode surgir a suspeita da prática de alienação parental, o que desencadeia, no mesmo processo, um incidente de alienação parental, a fim de averiguar os detalhes (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014, p. 91).

Contudo, como nem sempre a prevenção é possível, a Lei n.º 12.318/2010, já mencionada, apresenta instrumentos para combater e coibir a prática de alienação parental. Isso é o que se observa nos artigos 4º e 6º do referido diploma, segundo o qual é aduzido em (BRASIL, 2010).

O magistrado poderá tomar as medidas provisória necessárias, desde seja apresentados indícios de atos de alienação. Como dito, a identificação demanda uma análise aprofundada no âmbito jurídico, psicológico e social. É imprescindível um estudo psicossocial do caso concreto, por equipe multidisciplinar. Essa medida, ainda que torne a solução mais morosa, não é exagero, porquanto fornece elementos suficientes para confirmar ou, quem sabe, afastar, todas as dúvidas acerca da existência de alienação parental (PEREIRA, 2021).

Em síntese, o papel do magistrado é: a) Fazer com que o processo tramite prioritariamente; b) Determinar medidas que preservem a integridade psicológica da criança ou adolescente; c) Determinar a elaboração, urgente, de laudo pericial; d) Advertir o alienador; e) Ampliar a convivência da vítima com o genitor prejudicado, podendo-se até determinar eventual alteração da guarda para compartilhada ou, ainda, invertê-la; f) Estipular multa ao alienador; g) Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial (ZAMATARO, 2013).

Com vistas a ilustrar o raciocínio, traz-se à lume recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Agravo Regimental. Como pano de fundo, tinha-se uma ação de destituição de poder familiar, com pedido de inversão de guarda. Nela, após constata a prática de alienação parental pela genitora e pela avó materna, o magistrado determinou inúmeras medidas com a finalidade de garantir o convívio dos filhos com o pai vitimado, isto é, alvo da alienação parental.

No caso concreto sob análise, o magistrado, após a constatação feita por equipe multidisciplinar, ouvido o Ministério Público, adotou as medidas cabíveis, no caso os incisos I e III do supratranscrito artigo 6º. Buscou ampliar de forma gradativa o regime de convivência familiar em favor do vitimado, isso tudo com acompanhamento psicológico (BRASIL, 2010).

Entretanto, as medidas não foram respeitadas pelos alienantes, prejudicando a tentativa de garantir às crianças o direito à convivência familiar. Para contornar isso, em decisão posterior, foi determinada a inversão da guarda. As crianças foram entregues ao genitor vitimado.

Isso levanta uma observação. A regra geral no sistema jurídico é a guarda compartilhada, normalmente a melhor opção. No entanto, ela não deve ser adotada de forma absoluta e indiscriminada e toda e qualquer situação. Sempre deve-se ter como parâmetro os melhores aspectos para a vida dos filhos, dentre eles: educação, desenvolvimento, suporte, lazer, saúde, afetividade, convivência familiar e muitos outros.

No caso concreto, pode significar a adoção de medida diversa, como a própria guarda unilateral. Afasta-se a criança ou o adolescente das práticas do alienante, causando um efetivo diverso da pretensão deste. Assim, assegura-se à criança e ao adolescente a proteção integral: constatando a alienação parental e buscando a melhor solução individualizada para determinado caso.

Diferente do que é muitas vezes propagado, a alienação parental não necessariamente implicará em suspensão da autoridade parental ou mudança de guarda. Essa são medidas excepcionais e aplicáveis como última opção, isto é, quando os demais instrumentos não forem suficientes.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL E O INSTITUTO DO DANO MORAL

Trata-se de instituto de agudo destaque no sistema jurídico brasileiro, diretamente inserido nas relações jurídicas existentes. Do ponto de vista etimológico, o termo deriva do vocábulo em latim *respondere*, cujo significado é a obrigação pelas consequências jurídicas de determinada conduta, a ser assumida por alguém (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1337).

No atual modelo jurídico, rege o princípio fundamental da “proibição de ofender”. Significa que há limites para a conduta dos particulares, consistente no dever de não lesionar outro particular, muito menos a coletividade ou entes públicos. Com isso em vista, surgem inúmeras normas jurídicas, na figura de regras e princípios, e contratuais, responsáveis por disciplinar a convivência social.

Acaso descumpridas por conduta ilícita, nasce a aplicação de sanção ao responsável, bem como a necessidade de reparar o dano. Ora, Responsabilidade Civil é uma “obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato”, as quais “podem variar (reparação de danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados” (GANGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1337).

### 2.1 Responsabilidades subjetiva e objetiva

Inicialmente, registre-se que o conceito de responsabilidade civil é único e indivisível. No entanto é preciso classificá-lo, com vistas a tornar mais eficaz o manejo e estudo do instituto. Quanto à existência de culpa, pode ser subjetiva ou objetiva.

A responsabilidade subjetiva é a que se origina de um ato violador doloso ou culposo. É precisamente a contida no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002). No prisma civil, culpa lato sensu se subdivide em dolo e culpa stricto sensu. Dolo é a atuação voluntária. A seu turno, culpa stricto sensu se caracteriza quando o agente causador do dano atuar com violação de um dever jurídico, desdobrando-se nas modalidades de negligência ou imprudência (TARTUCE, 2021, p. 910).

Aprofundando no tema, a responsabilidade, ainda, poderá ser direta ou indireta. A direta, tida como regra geral, se refere à máxima de que cada um responde pela própria culpa. Noutra giro, existem hipóteses em que o ordenamento jurídico estabelece que determinado dano causado por terceiro seja atribuído a quem não o causou diretamente, mas que mantém alguma forma de relação jurídica. Esta é a responsabilidade indireta, na qual o elemento culpa é presumidor, em razão de um dever geral de vigilância (TARTUCE, 2021, p. 910).

Ademais, existem situações em que o elemento culpa é dispensado: a responsabilidade civil objetiva. Para sua caracterização, basta a existência de uma conduta do agente responsável,



dotada de uma relação de causalidade com o dano. O principal fundamento é no risco da atividade exercida, haja vista o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil (TARTUCE, 2021, p. 911; BRASIL, 2002).

Não se olvide a possibilidade de discutir a culpa em sede de responsabilidade civil objetiva. Ganha relevância esta análise, caso o agente provocador suscitar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, as quais tem o condão de romper o nexos causal ou, então, influenciar na fixação do montante de indenização.

Atesta-se, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro, há um sistema dual de responsabilidade, formada, como regra geral, pela responsabilidade subjetiva e, excepcionalmente, pela responsabilidade objetiva (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1349).

Caminhando no conteúdo, decompõe-se a Responsabilidade Civil, nos seguintes elementos: conduta (positiva ou negativa); dano ou prejuízo; e nexos de causalidade. Impende registrar que, apesar dos posicionamentos divergentes, prevalece que a culpa lato sensu não é elemento essencial, haja a vista a existência de responsabilidade civil que prescindem dela, a objetiva. Fala-se que é elemento acidental (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1365).

## 2.2 Responsabilidades contratuais e extracontratuais

Ainda acerca da classificação da responsabilidade civil, pode-se analisá-la com base na natureza da norma jurídica violada. Deve-se analisar se essa obrigação decorre de um dispositivo legal ou se foi espontaneamente assumida pelo infrator, em função da celebração de um negócio jurídico. Neste ponto, reside a diferença entre a responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, e a responsabilidade civil contratual (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1353).

Como responsabilidade contratual, infere-se o dano resultante de um descumprimento da obrigação fixada em norma contratual anteriormente fixada pelos contratantes. Seu fundamento legal encontra-se positivado nos artigos 389 e seguintes e 395 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002).

A seu turno, se a violação decorrer do descumprimento de um mandamento legal, estar-se-á diante da responsabilidade extracontratual. Seu fundamento legal encontra-se positivado nos artigos 186, 188 e 927 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002).

Entre as duas figuras supramencionadas, há três principais diferenças: (i) a necessária preexistência da relação jurídica entre lesionado e lesionante; (ii) o ônus da prova quanto à culpa; e (iii) diferença quanto à capacidade (TARTUCE, 2021, p. 789).

Com isso em vista, entende-se que, na hipótese de responsabilidade civil contratual, há uma prévia relação entre o autor do dano e a vítima. Aqui, fala-se em culpa contratual, consistente na violação de um dever de adimplir, objeto do negócio jurídico. O ônus da prova é diferente, pois a culpa, via de regra, é presumida. Significa que a vítima deve comprovar a violação, ao passo que

o autor deve comprovar que não agiu com culpa ou, então, a existência de alguma cláusula excludente (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1355).

### 2.3 Instituto do dano moral

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a sistemática geral de indenização por dano moral. Isso, pela expressa previsão no artigo 5º, incisos V e X, *in verbis*:

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

[...]

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; (BRASIL, 1988).

É plenamente reconhecido no sistema jurídico brasileiro. Como prova disso, verifica-se o artigo 186 do Código Civil, segundo o qual a conduta que causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, é ato ilícito e enseja o dever de reparação (BRASIL, 2002).

Dano moral, também chamado de dano extrapatrimonial, consiste na lesão a direitos da personalidade. Fala-se em direito cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. A lesão não é ao patrimônio, senão à esfera personalíssima da pessoa. Por exemplo, pensa-se na violação da intimidade, vida privada, honra e imagem (GANGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1401).

Ele poderá ser direto ou indireto. O dano moral direto “se refere a uma lesão específica de um direito extrapatrimonial”, ao passo que no indireto “há uma lesão a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial” (GANGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1403).

A finalidade do instituto é compensatória e sancionatória, pedagógica. De um lado, objetiva-se que o lesado obtenha uma satisfação pelo dano sofrido, atenuando, ao menos em parte, as consequências da lesão. Do outro, também pretende a punição do lesante, a fim de coibir futuras condutas e não fomentar a prática ilícita pelo ofensor (TARTUCE, 2021, p. 847).

Com relação ao arbitramento do valor, tece-se algumas observações. Não há um tabelamento do dano moral. Para superar esse desafio, O STJ buscou adotar e padronizar um critério bifásico de arbitramento. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.

Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.

### **3. RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE**

Estabelecidas as considerações finais sobre o instituto da responsabilidade civil e do dano moral, passa-se a relacioná-las com o objeto deste trabalho, a alienação parental.

Rememora-se que “o conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade” (DIAS, 2015, p. 97). A ausência do contato, imagem e do afeto materno ou paterno ou, pior, de ambos, como já exposto, causa severos prejuízos para o desenvolvimento do filho.

Nessa linha, alienação parental é a conduta, comissiva ou omissiva, de um genitor ou qualquer pessoa que exerça autoridade sobre o infante, que consiste em prejudicar e perturbar o desenvolvimento psicológico da criança ou adolescente. Isso ocorre por meio de insistente campanha difamatória da imagem do outro genitor, com vistas a prejudicar o relacionamento entre o alienado e o vitimado. Assim, promove-se um distanciamento entre eles. Até aqui, nenhuma novidade.

Ocorre que, no direito brasileiro, construiu-se a ideia de que o alienador pode ser civilmente responsabilizado, como consequência da sua conduta difamatória, com fulcro na previsão legal e por estarem preenchidos todos os elementos definidores da responsabilidade (MADALENO; MADALENO, 2019, p. 105).

Verifica-se que, sob prisma constitucional dos direitos das crianças e dos adolescentes, seja qual for a lesão provocada pelos genitores, ou por qualquer pessoa que uso de sua autoridade e influência, que atinja a liberdade e direito fundamental de convivência familiar, constitui ato ilícito. Ainda pior, além de ilícito, é cruel, violento e opressivo, o que é reconhecido como alienação parental por força do artigo 3º, da Lei n.º 12.318/2010 (BRASIL, 2010).

O artigo 6º da supramencionada legislação prevê expressamente que quando existirem situação caracterizadas como alienação parental, o magistrado poderá condenar civilmente o alienante, sem prejuízo de outras sanções que, eventualmente, possam ser adotadas para prevenir ou reduzir os danos derivados da alienação (BRASIL, 2010).

No que tange à legitimidade para proposição da ação indenizatória, o legislador a concedeu, na íntegra, para aquele que foram vítimas da desonra e alvo da conduta do alienador.

Assim, englobam-se como legitimados o genitor, ou genitora, vitimada, a criança ou o adolescente, avós ou outros parentes que demonstrem os efeitos suportados.

Já sobre a competência do juízo, é preciso ter em vista o princípio do juiz natural e da adequação. Os processos em que se discute reparação por dano moral em sede de relações familiares têm que tramitar em sede das varas de família, porquanto “a especialização da competência está em permitir a condução do processo por um juiz efetivamente capaz de entender as complexidades inerentes às relações familiares” (DIDIER, 2015, p. 202).

A discussão sobre responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família não recebe pura e simplesmente o mesmo tratamento que a responsabilidade extracontratual de uma forma geral. É preciso que o judiciário atue com maior cautela e proporcione uma investigação mais atenta sobre os fatos.

À vista disso, a fixação do quantum, isto é, do parâmetro de montantes indenizatórios a título de dano moral decorrente de relações familiares é um desafio e normalmente superior. Há o impasse em qualificar monetariamente algo que, por essência, não tem valor econômico, como é a relação paterna ou materna por si, bem como demais relações familiares e suas questões emocionais.

Neste ponto, a finalidade da compensação por danos morais não é necessariamente devolver ao vitimado e lesado o estado antecedente, isto é, eliminar por completo todos os efeitos e consequências do ato de alienação. A função é mais razoável e consiste em remediar o dano já sofrido. Nesse prisma, o dano moral se aufere pela gravidade do ato e a reparação mede-se pela extensão do prejuízo experimentado.

Isso se revela com um enorme desafio na vida prática. Para ilustrar o raciocínio, pensa-se que a alienação tem potencial de ser cometida por ambos os genitores e em intensidades diversas. Em virtude disso, o magistrado poderá indenizar fortuitamente, valendo-se do artigo 945 do Código Civil, segundo o qual “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor” (BRASIL, 2002).

Esse fato não é distante da vida prática. A jurisprudência tem enfrentado circunstâncias fáticas parecidas e constantemente. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, condenou o alienante na quantia de R\$ 50.000 (cinquenta mil reais) à genitora vitimada, por ficar comprovada a ocorrência de “atos reiterados e contundentes que geraram prejuízos de grande monta a filha e a genitora” (BRASIL, 2018).

No julgamento supratranscrito, houve caracterização da ação de alienação parental no ato do registro de boletim de ocorrência. Veja-se que a comunicação à autoridade policial foi sem qualquer fundamento ou justificação, em desfavor da genitora e com o fito de depreciar sua conjuntura.

Diante disso, a genitora materna atribuiu ao ex marido, também genitor, o ato de alienação parental consistente nas inúmeras investidas e tentativas de desaboná-la e, também, demonstrar uma possível inaptidão materna. Tal fato, desacompanhado de qualquer corroboração ou fundamentação, causou à própria criança transtornos de ansiedade e depressão.

Em acréscimo, para a melhor solução da lide, houve perícia realizada por psicóloga. Ela foi responsável por colher, analisar e consultar todas as partes do confronto. Importante foram as contribuições da própria criança, segundo a qual o pai mencionava sempre características negativas e inapropriadas da genitora, sempre com o fito de vilipendiar o vínculo materno.

Com base nisso tudo, reconheceu-se a alienação parental naquele caso sub judice. Consequência disso, os desembargadores, considerando o corrido, tempo do sofrimento e extensão e intensidade dos danos, bem como as condições socioeconômicas do alienador, decidiu-se pela condenação à reparação por danos morais, no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ao analisar o aludido acórdão, pode-se compreender com clareza a construção da quantificação da reparação. Ela foi conduzida tem como balizas a razoabilidade, equidade e o fito de preservar a definição de um valor ínfimo, em respeito a sua dupla finalidade: uma de caráter punitivo e pedagógico; outra de caráter reparatório.

Logo, o valor não pode ser nem exorbitando, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa, e nem ínfimo, sob pena de premiar a prática ilícita. Contribuindo para a discussão, outra decisão que merece ser apreciada é a que segue abaixo (BRASIL, 2017):

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DANOS MORAIS.** Merece mantida a sentença que determina o pagamento de indenização por danos morais da apelante em relação ao autor, comprovada a prática de alienação parental. Manutenção do quantum indenizatório, uma vez que fixado em respeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível desprovida (BRASIL, 2017).

Conforme o acórdão do tribunal, a genitora alienante foi condenada ao pagamento de reparação por danos morais no montem de R\$ 9.370,00 (nove mil, trezentos e setenta reais). Isso foi uma resposta à prática de ato de alienação parental, que se exteriorizou pela imputação de abuso sexual contra a genitora.

Essa grave acusação foi desleal, infundada e inverídica. Seu objetivo apenas foi romper os vínculos e obstar a convivência entre o genitor e a criança. A mentira foi descoberta a partir de, em sede do poder judiciário, uma entrevista e exame realizados com a criança.

Um fato que é comum na maioria dos casos de alienação parental, é o início da discussão na seara criminal. Outro grupo que fortemente contribui são os assistentes sociais e o próprio Conselho Tutelar que venha a acompanhar o caso. No que tange à quantificação, novamente

buscou-se aquilo que seria razoável, proporcionar e que cumpriria a dupla finalidade dos danos morais.

Até aqui, ficou claro que não há uma fórmula exata para identificar a alienação, muito menos para quantificá-lo. Prova disso, é um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo contexto fático é muito próximo do anterior. Todavia, resultou em um montante de R\$ 31.500,00 (trinta e um mil e quinhentos reais), a título de danos morais (BRASIL, 2016).

Isso fica claro nos julgados correlacionados. No decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sustentou-se a reparação em aproximadamente R\$ 9.000,00 (nove mil reais), por compreender que o valor era coerente e adequado entre o dano causado ao genitor alienado e a gravidade do ilícito.

Noutro giro, naquele decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em avaliação de caso congênere, deliberou-se o ressarcimento na importância de R\$ 31.000,00 (trinta e um mil reais). Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, pelas suas razões, chegou ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ademais, deve-se relembrar das excludentes de responsabilidade civil. Pensa-se na situação em que o vitimado alega ser vítima de alienação parental. Contudo, ele próprio é o causador, isto é, uma auto alienação.

Nessa circunstância, está isento o outro genitor de qualquer responsabilidade, com fulcro na culpa exclusiva da vítima. Logo, "diante de uma situação de alienação parental, se verificará que o causador do evento alienação não foi o outro consorte, mas aquele que se indicou como vítima, isto é, praticou auto alienação" (PEREIRA, 2021, p. 59).

## **CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, infere-se os debates desenvolvidos na esfera do direito das famílias. Pouco tempo atrás, aproximadamente no ano de 1985, passou a se dar atenção, ainda que a passos lentos, à Síndrome da Alienação Parental. A problemática deste trabalho se delimitou ao posto na produção legislativa e jurisprudencial no Brasil, com ênfase à Lei nº 12.318/2010.

Entendeu-se que alienação parental consiste na prática reiterada de atos com o fito de manipulação da formação psicológica da criança ou do adolescente, em desfavor dos seus genitores. A finalidade é desconstruir ou evitar a formação de laços entre eles e seu genitor, ou sua genitora.

Normalmente, surge em um ambiente de divórcio ou dissolução com sensível grau de litígio. Um dos genitores, com sentimentos mal resolvidos e com finalidades espúrias, passa a incentivar o desprezo e o repúdio da criança ou adolescente em desfavor do outro ascendente.

As consequências danosas são das mais variadas. A prática de alienação parental repercute sobremaneira sobre o filho. Como exposto, a pessoa em peculiar situação de desenvolvimento



precisa de um ambiente saudável para seu crescimento. Ao ser exposta a um ambiente de inimizade e manipulação é possível o desenvolvimento de inúmeros transtornos, mazelas e doenças psicológicas, tais como ansiedade, depressão e alto grau de insegurança.

Nada obstante, os danos não se restringem tão somente aos filhos. O vitimado, aquele genitor alvo das práticas de alienação, também suporta um grau indesejado. Ocorre que ele se vê privado, por vezes completamente destituído, do exercício do poder familiar.

Com esse contexto sob análise, desenvolveu-se o presente trabalho. A finalidade foi buscar elucidar o contexto e respectivos impactos proporcionados pela alienação parental, bem como investigar a possibilidade de responsabilização civil do agente alienador em razão dos danos originados ao genitor alienado pela prática dos atos de alienação.

Restou evidente que são profundos e notáveis os danos causados ao genitor e seu filho. Com fulcro no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o artigo 927, e seu parágrafo único, do Código Civil, nasce a responsabilidade civil do alienante e seu dever de indenizar e reparar os danos (BRASIL, 2002).

Consoante o mencionado dispositivo, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outra pessoa, fica obrigado a repará-lo. Assim, reconhecendo-se a gravidade dos efeitos decorrentes da alienação parental, fica evidente que, consoante a legislação citada e construção doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil, incumbe ao agente alienador a reparação dos danos que causar ao genitor vitimado e ao infante.

Neste trabalho, amparado nos parâmetros de desenvolvimento da teoria civilista acerca da reparação de danos, optou-se por limitar a análise à indenização por danos morais. Entretanto, não se observou quaisquer prejuízos oriundos dessa escolha. Pelo contrário, se revelou positiva, porquanto, dado o contexto em que se desenvolvem as circunstâncias alienatórias, bem como os próprios danos delas oriundos, observou-se que a reparação por danos extrapatrimoniais é a melhor e mais adequada alternativa e resposta ao problema.

Ocorre que, ao se analisar as particularidades da alienação parental, com base no estudo da produção doutrinária sobre o tema, concluiu-se que os impactos da prática circundam, como era de se esperar, a relação entre o genitor e a prole. Pelas próprias características e objetivos da alienação parental, resulta fragilizada os vínculos entre ascendente e descendente.

Em outros dizeres, tem-se, por exemplo, em um aspecto subjetivo, o rompimento total ou, ao menos, atenuação dos laços familiares, somada a perda de aspectos saudáveis, como do poder familiar, da proximidade e do respeito entre genitor e filho. De maneira mais concreta, no aspecto objetivo, a exploração econômica, a violência, o rechaço e, até mesmo, as denúncias contra o genitor alienado.

Como decorrência dessa constatação, no sentido de que o genitor vitimado, alvo da alienação parental, sofre com a mitigação de seus direitos que decorrem da relação parental, bem como com a violência contra a dignidade e, inclusive, as expectativas que nutre em relação aos filhos.

Ora, cuida-se de evidente dano moral. Os danos não repercutem no patrimônio propriamente dito. Veja-se que, como discutido, é um dano intangível, que compreende aquilo que lesiona o sujeito em seu íntimo e que o fere e o desestabiliza psicologicamente. São danos extrapatrimoniais.

É precisamente esse o dano que, causado pela prática ilícita do agente alienador, consoante sustentou-se neste texto, faz nascer a responsabilização civil do alienador. Como visto, justifica-se pelo fato de que a responsabilidade civil pode e deve ser incorporada ao Direito das Famílias, em homenagem aos valores e princípios constitucionais relativos à personalidade e à dignidade humana, que demandam obediência, acolhimento e preservação no íntimo das relações familiares.

Assim é que, no contexto da alienação parental, aquele que vir feridos os seus direitos é digno de reparação civil. Como demonstrado, a responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro consiste na junção dos seguintes elementos essenciais: conduta humana, dano e nexo de causalidade.

Em certas situações, há também o elemento acidental consistente na culpa lato sensu. Nesse diapasão, cumpre anotar que a presença desses requisitos sustenta a possibilidade de indenização por dano moral decorrente de atos de alienação parental.

Por demais, como também bem exposto nestes escritos, a jurisprudência brasileira compartilha desse entendimento. A decisão das cortes brasileiras caminho para o reconhecimento da alienação parental e posterior condenação e responsabilização de todos os envolvidos.

Como mais benéfico, precisa-se primeiro dar preferência às medidas alternativas, previstas na Lei nº 12.318/2010, para findar os contextos de alienação parental e reconduzir à retomada e reconstrução saudável das relações e vínculos familiares. Por fim, como última opção, acaso nada mais tenha resolvido, buscar o Poder Judiciário.

Ao final e ao cabo, a alienação parental é um fato existente na sociedade contemporânea. Todavia, é imprescindível ser tratado com maior rigor e cuidado pela legislação e pelos operadores do direito. Maior atenção deve ser dada às medidas protetivas mais eficazes, sobretudo as preventivas.

Deve-se consignar um último ponto: a importância do amor, do diálogo e do afeto. O judiciário não é o caminho mais adequado para resolver um conflito entre as famílias. Precisa-se fomentar os meios consensuais de solução de conflito e sempre fornecer um acompanhamento psicológico em favor da criança ou do adolescente vitimados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5. out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 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/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 10 de set. 2022.

BRASIL. LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26. ago. 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 10 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11. set. 1990 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm). Acesso 10 de set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Competência para o processamento e julgamento da ação de responsabilidade civil por dano moral oriundo de relação familiar**. In: MADALENO, R.; BARBOSA, E. (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GEORGIOS, Alexandrids. **Alienação parental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil** – volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. Mês de Combate à Alienação Parental: 5 atualidades sobre o tema que você precisa saber. 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/8362/M%C3%AAs+de+Combate+%C3%A0+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental%3A+5+atualidades+sobre+o+tema+que+voc%C3%AA+precisa+saber>. Acesso em: 10 de set. 2022.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e Pesquisa: livro didático**. 2. ed. Palhoça: Unisulvirtual, 2007. Disponível em: [http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/87815\\_Vilson.pdf](http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/87815_Vilson.pdf) . Acesso em: 10 de set. 2022.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf Madaleno. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção - Aspectos legais e processuais**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf Madaleno. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção - Aspectos legais e processuais**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível. 08272991820148120001**. Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 03/04/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/04/2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 20000004976210001**, Mg2.0000.00.497621-2/0001. Inexistência de omissão, dúvida ou contradição – embargos rejeitados. [...] Relator: Desembargadora Selma Marques. Congonhas, MG, 25 de janeiro de 2006. Diário Oficial de Justiça. Belo Horizonte, 24 fev. 2006. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.497621-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 de set. 2022.

PEREIRA, Alan Rodrigues. **Aspectos jurídicos da alienação parental: uma análise do perfil do alienador e as sequelas geradas**. IBDFAM. 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1693/Aspectos+jur%C3%ADdicos+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental%3A+uma+an%C3%A1lise+do+perfil+do+alienador+e+as+sequelas+geradas>. Acesso em: 10 de set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70073665267**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 20/07/2017.

SÁ, Raffaella Braga de Brito. **Alienação parental à luz do direito brasileiro e a responsabilidade civil do alienante**. 2020. 21 p. UCSAL, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL: 00027050520148260220 SP 0002705-05.2014.8.26.0220**, Relator: Natan Zelinschi de Arruda, Data de Julgamento: 21/07/2016, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/07/2016).

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **AGT: 20130887620208260000 SP 2013088-76.2020.8.26.0000**, Relator: Theodureto Camargo, Data de Julgamento: 11/03/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/03/2020).

SILVA, Denise Maria Perissini. **Em breve, alienação parental será crime**. Revista Migalhas, 2010. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/111553/em-breve--alienacao-parental-sera-crime>. Acesso em: 10 de set. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

VANINI, Camila; SOUZA, Jéssica J. de. **A responsabilidade civil nos casos de alienação parental**. Revista Direito UTP, v.2, n.1, jan./jun. 2021, p. 141-157.

VIEIRA, Luana. **AUTOALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. 2021. 83 p. UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA, 2021.

ZAMATARO, Yves. **A alienação parental no Direito brasileiro**. Revista Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/178383/a-alienacao-parental-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 10 de set. 2022.

## **VALIDADE DA PENHORA EFETIVADA SOBRE O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO**

**JULIANNA KAREN PINTO FALCÃO:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

**RESUMO:** A impenhorabilidade do bem de família é uma conquista e garantia de proteção o qual assegura o mínimo existencial de direito básico do ser humano que deve ser protegido sem ressalvas. No presente artigo pesquisa-se sobre a validade da penhora efetivada sobre o bem de família do fiador nos contratos de locação, a fim de analisar os entendimentos acerca da temática decorrente de relevante amparo às famílias, base da sociedade, onde se deve resguardar sua moradia em possível insucesso financeiro. Para tanto, é necessário avaliar as divergências doutrinárias no atual cenário brasileiro, além de demonstrar a violação de direitos sociais fundamentais ao validar a penhora efetivada sobre o único bem de família do fiador nos contratos de locação e apontar a relevância da garantia da impenhorabilidade do bem de família. Realiza-se então, uma pesquisa com método dedutivo, o qual extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis às hipóteses concretas além da documentação indireta com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias. Diante disso, verifica-se que o que impõe a constatação de que único caminho para que os direitos sociais prevaleçam sobre a autonomia da vontade e que o princípio da dignidade da pessoa humana e o da isonomia sejam resguardados é declarar a inconstitucionalidade do referido julgado e a exceção que instituiu a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, de modo que se possa manter íntegro o princípio isonômico constitucional, bem como outros direitos e premissas legais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bem de Família; Moradia; Fiador; Contrato; Penhora.

**ABSTRACT:** The unseizability of family property is an achievement and guarantee of protection which ensures the existential minimum of basic human rights that must be protected without reservations. In the present article, research is carried out on the validity of the pen on the good of the guarantor's family in the lease contracts, in order to study the time to study the issue of the relevant issue of support to families, the basis of society, where one must protect their home. in possible financial success. For this, it is necessary as doctrinal divergences, in addition to the demonstration of the royal family of relevant rights when validating the effective pen in the contracts of hiring and designation to guarantee the unseizability of the family. Then, a research with a deductive method is carried out, which extracts the deductive method from general assumptions for the concrete concretes in addition to indirect documentation with systematic observation, making a bibliographic research of primary and secondary sources. From this, from this, what requires a verification that social rights are verified that prevail over the will and the single principle of the autonomy of the human person and that of isonomy are protected and declared the constitutionality of the aforementioned judgment and the exception that institutes the pledge of the guarantor's family property, so that the isonomic principle, as well as other legal rights and premises, can be kept intact.

**KEYWORDS:** Family Benefits; Home; Guarantor; Contract; Garnishment.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo traz reflexões referentes à validade da penhora de bem de família do fiador em contratos de locação, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana deve ultrapassar valores meramente patrimoniais na família, base da sociedade.

O tema é de suma importância tendo em vista tratar de direitos constitucionais e civis, relevantes na esfera da garantia do mínimo de existência para que a pessoa humana viva de forma plena e digna sua vida.

A lei de nº 8.009 de 29 de março de 1990, na qual dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, trouxe em seu artigo 3º exceções à impenhorabilidade, dentre elas está disposto no inciso VII à obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação que vai de encontro com o direito social fundamental, o da moradia, disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com a inserção do referido dispositivo, ocorreram diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, no qual o mais recente julgado findado da Suprema Corte do Tribunal Federal decidiu em Recurso extraordinário 1.307.334 com repercussão geral (Tema 1127) pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação. Entretanto, como será contextualizado no artigo, tal entendimento fere direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, como o direito social a moradia, mínimo existencial, bem como os princípios da dignidade humana e o da isonomia.

No referido artigo será abordado nas seções um panorama constitucional no qual constituirá conceitos sobre o princípio da pessoa humana, direitos sociais, direito à moradia como garantia de patrimônio mínimo, bem de família, e no âmbito civil será abordado à teoria geral dos contratos, bem como os contratos de locação imobiliária e fiança com seu caráter acessório. Por último, será tratado o julgado do RE 1.307.334 e da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação.

Em síntese, será feita ponderações com a finalidade de concluir que é indispensável que os referidos direitos sejam resguardados e que se intensifique a proteção ao direito à moradia o qual possui íntima ligação com o instituto do bem de família.

## 2 PANORAMA CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o texto fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, que tem por desenvolvimento histórico em sua formação o período de redemocratização da nação, que em seu escopo buscou definir direitos e deveres dos cidadãos brasileiros assegurados com a proteção do poder judiciário após o regime militar.

### 2.1 Dignidade da pessoa humana



Dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental e alicerce no ordenamento jurídico, uma vez que surge antes mesmo de qualquer criação jurídica, tem sua origem no cristianismo. Sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, disposto no art. 1º do referido diploma:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...].

Segundo Santos (2022, pag. 79) "Tem-se que este se apresenta como "carro-chefe" dos direitos e garantias fundamentais. É o princípio meta, fim de todo o ordenamento". Este não é um direito absoluto, todavia deve prevalecer sua efetividade em um possível conflito de princípios, tendo em vista cada caso em concreto.

O princípio da dignidade da pessoa humana decorre de um valor absoluto, o qual inspira a regra ética máxima, qual seja o respeito ao próximo, além de sua finalidade na ordem econômica e financeira.

O Estado por não ser um fim em si mesmo, como de sua essência, busca ajudar o homem a encontrar seu fim, justo e digno. Dessa feita, fica nítido a imposição do referido princípio ao Estado, tendo em vista que o mesmo deve promover e possibilitar com que todos vivam com dignidade, além de oferecer condições mínimas emanadas da dignidade da pessoa, necessárias para existência digna de cada indivíduo na sociedade, a fim de garantir o mínimo existencial protegido pela República Federativa do Brasil.

## 2.2 Direitos sociais

A origem dos direitos sociais remonta da segunda dimensão dos direitos fundamentais, ditos direitos prestacionais, uma vez que os de primeira dimensão, ditos, direitos negativos, não foram suficientes para que o indivíduo viva a sua liberdade de forma plena, dessa feita, conforme aduz Sarlet (2018, p. 47), surgem os de cunho positivo, na qual o Estado deve assegurar aos indivíduos os seus direitos no que tange a prestações sociais, ou seja, "liberdade por intermédio do Estado" dessa feita impõe-se ao Estado que tenha um comportamento ativo na realização da justiça social.

Por se tratar de prestações positivas do Estado, os direitos sociais estão estritamente ligados ao princípio da dignidade humana e ao mínimo existencial, essenciais para o livre exercício da liberdade do indivíduo.

Segundo Ricardo Lobo Torres (2009, p. 69), o mínimo existencial é sinônimo de direito constitucional mínimo, fundamentando-se nas iniciais condições para o exercício da liberdade, existente na noção de felicidade, nos direitos humanos e pautado nos princípios de igualdade e dignidade humana.

Estão dispostos no art. 6º da Constituição Federal de 1988. *In verbis*:

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. (grifo do autor)

Nos casos de omissão legislativa na qual inviabilize o exercício de um determinado direito social, ensina Paulo Roberto de Figueiredo Dantas, (2021, p. 734):

Será possível à impetração de mandado de injunção, tanto individual como coletivo [...] também será possível falar-se na propositura de ação civil pública, pelos seus diversos legitimados, para compelir o Poder Público a colocar em prática políticas públicas que garantam o gozo daqueles direitos [...].

Por fim, a omissão eventualmente se faz presente devido à extensa quantidade de direitos sociais assegurados pela Carta Magna, por esse fator, apenas uma parcela deles é suprida de forma efetiva pelo Estado, portanto se faz necessário garantir ao menos o mínimo existencial no que tange os direitos sociais para que se garantam as condições materiais mínimas que o indivíduo precisa para sobreviver.

### **2.2.1 Direito à moradia como garantia de patrimônio mínimo**

O direito social à moradia é pressuposto para dignidade humana, é um direito humano no plano internacional e foi incluído em diversos diplomas legais internacionais, também foi acrescentado à Constituição pelo poder constituinte reformador através da Emenda Constitucional 26/2000 na qual alterou a redação do art. 6º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Irrefutável é que a garantia de existência digna e sadia efetiva abrange além da mera sobrevivência de uma pessoa, está demasiado além do limite da pobreza. Nesse viés se faz oportuno que todas as pessoas sem distinção devem ter vias alternativas para garantir a exigência de uma vida digna e sadia, podendo usufruir de um lar e uma vida em comunidade, o que não deve prevalecer somente à mera sobrevivência, mas sim o mínimo existencial no qual compreende o pleno exercício da moradia. Sérgio Iglesias Nunes de Souza (2004, p. 45) complementa acerca do assunto:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, Não só físico, como também as fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da "moradia" é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, "moradia" é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. "Residência" é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da "moradia" sobre determinado bem imóvel. Assim, a "moradia" é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico [...].

Diante disso, o direito constitucional à moradia veio para preencher esta lacuna na Constituição Federal de 1988, onde sua efetividade é a essência para a garantia do patrimônio mínimo e a igualdade substancial entre as pessoas, além de adotar responsabilidades frente à comunidade internacional para proteger e tornar viável sua efetivação.

Na atualidade diversas famílias estão diariamente em uma luta desenfreada pela conquista do seu bem próprio destinado à moradia, e é neste ponto que o Estado deve intervir de forma positiva para garantir moradia aos que não possuem e para os que possuem deve agir de forma efetiva no que tange a proteção do bem que para muitas famílias é o único imóvel destinado ao exercício do direito à moradia: a habitação.

### **2.3 Do bem de família**

O Bem de Família originou-se da lei do *homestead*, criada em 1869 pelo presidente Abraham Lincoln, na primitiva República do Texas, o que atualmente representa a base do bem de família.

O instituto do bem de família nada mais é que a proteção do direito social à moradia (Art. 6º CF/1988) e da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III CF/1988), fundamento da República Federativa do Brasil. Portanto, genericamente o bem de família é considerado um imóvel que tem como destinação à moradia da entidade familiar em todas as formas aceitas pelo Código Civil.

O bem de família também é uma fração do patrimônio da entidade que através de escritura pública ou testamento, fica caracterizado o bem de família convencional ou voluntário, no qual se tem por fim sua proteção. Todavia, ainda há outra modalidade prevista, o bem de família legal, regido pela Lei 8.009/1990 que em uma visão dualista, passa-se a analisar as duas modalidades de bens protegidas pela lei privada.

O bem de família convencional ou voluntário está previsto nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil e de modo a conceitua-lo Tartuce (2017, p. 270) traz seus ensinamentos:

O bem de família convencional ou voluntário pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, não podendo ultrapassar essa reserva um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição (Art. 1.711 do CC). O limite estabelecido pela legislação visa proteger eventuais credores. [...] Para que haja proteção prevista em lei é necessário que o bem seja imóvel residencial, rural ou urbano, incluindo a proteção a todos os bens acessórios que o compõem. [...] a proteção poderá ainda abranger valores imobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

No que tange ao bem de família legal, o qual é de ordem pública e pode ser conhecida de ofício pelo juiz, tem sua previsão na Lei n. 8.009/1990, na qual traz breve regramento em seu artigo 1º, conforme exposto a seguir.

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza,

contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Portanto, com todas as premissas cumpridas, não há o que se negar a instituição do bem de família, o qual garante o direito à moradia e o patrimônio mínimo.

### **3 PANORAMA CIVIL**

No âmbito do Código Civil, inicialmente faz-se uma ressalva à pessoa humana, sujeito provido de direitos e obrigações. Conforme dispõe o art. 1º do Código Civil, a pessoa humana difere-se de coisa porque possui dignidade em sua essência, o que em contrapartida temos o que se pode aferir preço, a coisa.

O ser humano é um ser racional, o que o torna pessoa, segundo Kant (1992, p.105-111) disciplina em suas palavras:

Age de tal sorte que consideres a Humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio [...] os seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fim em si [...] o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si.

Portanto, conclui-se com os ensinamentos do filósofo, que o ser humano, pessoa, não deve ser tratado como coisa, pois, esta é detentora da maior qualidade destinada a um indivíduo, a dignidade. Para Kant, este é um valor inegociável tendo em vista que a dignidade é elemento fundamental inerente à pessoa humana.

#### **3.1 Teoria geral dos contratos**

Tão longo como o próprio ser humano é o contrato que nasce a partir das inter-relações sociais desde o início da sociedade. É um ato jurídico bilateral, cujo objetivo contém direitos e deveres com acordo de vontades.

Para Tartuce (2021, p. 970) contrato tem por existência e definição, *in verbis*:

Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. [...] em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.

Importante é sua definição, mas vale mencionar a validade do contrato que ora está devidamente positivada no Código Civil, qual seja, disposto no Art.104, *in verbis*: "A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.". Portanto, este deve cumprir todos os requisitos referentes a todos os atos e negócios jurídicos.

Além do regramento geral, sábio e válido é respeitar o consentimento bilateral entre as partes, sendo essencial na visão clássica para a validade do contrato firmado. Todavia, os requisitos acima estabelecidos não são inteiramente suficientes para que o contrato seja válido, pois, essencial se faz respeitar os princípios contratuais que respaldam o acordo de vontades.

### **3.1.2 Princípios da teoria geral dos contratos**

No campo dos princípios contratuais, estes de extrema importância para o negócio jurídico perfeito, aperfeiçoam-se conforme as mudanças culturais ocorrem na sociedade. Diante desta perspectiva, é essencial mencionar os princípios basilares, quais sejam, o princípio da autonomia privada, princípio da função social dos contratos, princípio da boa-fé objetiva e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

O princípio da autonomia privada, nos ensinamentos de Tartuce (2021, p. 1000 a 1001) é conceituado:

Um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais. [...]

O princípio da função social dos contratos é um princípio de ordem pública, com finalidade coletiva, ou seja, um limite ao conteúdo do contrato em prol da sociedade e válido nos contratos que eventualmente apresentem abuso ou excessos de uma parte em face da outra, neste caso o Estado deve intervir. Neste sentido, necessário se faz abordar o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, dispositivo que é de suma importância para o entendimento do sentido do princípio. É a sua redação:

Art. 2.035. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

O princípio da boa-fé objetiva, sendo a exigência de conduta honesta dos contratantes é fundamental no acordo de vontades em qualquer negócio ou ato jurídico. Preceitua os artigos do Código Civil em vigor:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

### 3.2 Contrato de locação imobiliária

De forma genérica, o contrato de locação é o contrato pelo qual é designado a uma das partes o dever de ceder à outra (locatário ou inquilino), por tempo determinado ou não, mediante remuneração, o uso e gozo da coisa não fungível.

No tocante à sua natureza jurídica, o contrato de locação de coisas, de forma específica, é conceituado por Tartuce (2022, p. 553):

Trata-se de contrato bilateral ou *sinalagmático* (pois traz obrigações recíprocas), oneroso (pela presença de remuneração), comutativo (as partes já sabem quais são as prestações), consensual (aperfeiçoa-se com a manifestação de vontades) informal e não solene (não é necessária escritura pública ou forma escrita, como regra geral). Trata-se também de típico contrato de execução continuada (ou de trato sucessivo), uma vez que o cumprimento se potrai no tempo na maioria das hipóteses fáticas.

As obrigações inerentes às partes do contrato de locação estão dispostas nos. 22 e 23 da Lei de Locação, dessa forma ambas as partes assumem obrigações conjuntas e cumulativas, o que confirma o *sinalagma obrigacional*. O locador deve entregar o bem alugado ao locatário com os devidos cuidados que garantam que o bem seja mantido em condições de uso e gozo do mesmo. Não obstante, o locatário deve usar o bem para o fim pactuado no contrato e findo contrato deve entregar o bem alugado no mesmo estado em que recebeu, com todos os pagamentos liquidados.

No que tange à liquidação de todos os pagamentos pactuados no contrato, surge questão central que nos leva a problemática do presente artigo. Pois, de forma a assegurar o pagamento do aluguel, a Lei n. 8.245/1991 estabelece quatro modalidades de garantia em seu artigo 37, dentre elas está à modalidade da fiança, sendo a mais utilizada nos contratos de aluguel.

### 3.3 Contrato de fiança

O contrato de fiança, também conhecido como *caução fidejussória*, está disposto no art. 818 do Código Civil, o qual tem por objetivo prestar uma garantia na qual o credor de uma dívida tem o respaldo legal para ser devidamente pago pelo fiador, pessoa capaz civilmente nos moldes dos artigos 1º ao 4º do Código Civil, em hipótese de inadimplência do devedor principal.

Ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 575) “a fiança vem a ser a promessa, feita por uma ou mais pessoas, de garantir ou satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento”.

Nesta modalidade contratual, certo é que se cria um vínculo jurídico com o fiador por ser um contrato acessório, ou seja, há um benefício de ordem na relação contratual. Em caso de insolvência do pagador original, o fiador fica obrigado a satisfazer a dívida, a qual é característica



indispensável, uma vez que só existe contrato acessório se deriva do principal, aquele a qual se pretende adimplir.

O contrato de fiança é um contrato personalíssimo, característica essa que significa que este gera obrigações apenas para uma das partes envolvidas, neste caso o fiador. É gratuito, tendo em vista que o fiador não recebe nenhuma remuneração, salvo exceções como a remuneração da prestação da garantia da dívida. A doutrina majoritária também o classifica por ser consensual, pois, o fiador pretende ajudar o devedor principal, o que o faz garantindo ao credor o pagamento da dívida, o que só se admite interpretação restritiva. É um contrato formal, pois exige forma escrita, porém é um contrato não solene, pois não exige escritura pública.

Outra característica imprescindível é sua subsidiariedade, que advém da característica acessória do contrato, pois, o fiador só poderá ser acionado caso o devedor principal não pague a dívida e seja caracterizada a insolvência, como regra geral.

### **3.3.1 Do caráter acessório do contrato de fiança**

Acessoriedade, característica imprescindível e intrínseca no contrato de fiança, atendendo a essência deste que só existe em decorrência da existência do principal, ou seja, aquele cujo adimplemento se pretende garantir.

Em conformidade com a característica acessória do contrato de fiança, não há dúvidas de que o fiador é um sujeito passivo de segundo grau. Portanto sua obrigação é subsidiária, ou seja, apenas referente à responsabilidade do débito, nesse viés existe o benefício da ordem, em que Pablo Stolze (2019, p. 907) ensina.

Por isso, existe uma preferência (dada pela lei) na “fila” (ordem) de excussão (execução): no mesmo processo, primeiro são demandados os bens do devedor, ou não sendo eles suficientes, inicia-se a excussão de bens do responsável, em caráter subsidiário, por toda a dívida.

O instituto do benefício de ordem trata-se de uma prerrogativa, válida em um meio de defesa patrimonial, na qual o fiador em uma demanda pelo credor pode apontar bens livres do devedor principal, tendo em vista sua responsabilidade subsidiária, conforme dispõe o Código Civil “Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.”.

Vale ressaltar que o contrato acessório não pode ser mais oneroso que o principal, nesta ideia elucida Tartuce (2022 p. 1935):

A fiança pode ser total ou parcial, inclusive de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas do que as do contrato principal. No entanto, a fiança nunca poderá ser superior ao valor do débito principal, pois o acessório não pode ser maior do que o principal. Sendo mais onerosa do que a obrigação principal.

No que tange a regra acerca da onerosidade do contrato acessório, certo é que a fiança deverá ser reduzida ao limite da dívida que foi afiançada (art. 823 do CC). Neste viés surgem

diversas divergências nos tribunais superiores do Brasil, o que não traz segurança jurídica para a sociedade.

#### **4 JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.307.334**

O plenário do Supremo Tribunal Federal em julgamento do Recurso extraordinário 1.307.334 de repercussão geral com tema de n. 1127, analisou a constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, na qual dispõe a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação como uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família, esta análise de constitucionalidade vislumbrou os artigos 1º III, 6º e 226 da Constituição Federal.

Ao consolidar o entendimento da Corte Constitucional, prevaleceu a seguinte tese: “é constitucional a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, seja residencial, seja comercial”.

Entendeu o Ministro Alexandre de Moraes que a penhora não viola o direito à moradia do fiador, que exerce seu direito à propriedade, assim destacou o voto condutor de Moraes (2022, p. 18):

[...] ao assinar, por livre e espontânea vontade, o contrato de fiança em locação de bem imóvel (contrato este que só foi firmado em razão da garantia dada pelo fiador), o fiador abre mão da impenhorabilidade de seu bem de família, conferindo a possibilidade de construção do imóvel em razão da dívida do locatário.

Dessa forma, segundo o Ministro relator o fiador tem consciência dos riscos recorrentes de eventual inadimplência e impor restrição importaria ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e ao da livre iniciativa, ao passo que este último não deve encontrar limite no direito à moradia quando o próprio detentor desse direito, por sua própria vontade, assume obrigação capaz de limitar seu direito à moradia. Também alegou que a norma protege o mercado imobiliário.

No caso em comento, prevaleceu o voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, que destacou que a constitucionalidade do referido tema já fora examinada pelo Supremo Tribunal Federal, desta feita a validade se manteve até mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional 26/2000 que incluiu o direito à moradia entre os direitos sociais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. Para o referido relator, reconhecer a impenhorabilidade causaria grave impacto na liberdade de empreender. Acompanharam o voto do Min. relator Alexandre de Moraes, os ministros Luís Roberto Barroso, Nunes Marques, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e André Mendonça.

O referido entendimento concluiu que não é possível fazer distinções onde a lei não o fez, fato que restou por afastar, portanto, a distinção entre contratos para fins residenciais ou comerciais no tocante à garantia real e a possibilidade de penhora do imóvel do fiador.

Todavia, a votação não foi unânime, com a oposição dos ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber a divergência iniciou-se. O Ministro Edson Fachin defendeu o direito à moradia e alegou que o Estado é obrigado a assegurar medidas adequadas à proteção de um patrimônio mínimo.

[...] não se pode potencializar a livre iniciativa em detrimento de um direito fundamental, que é o direito à moradia, tendo em vista que o afastamento da penhora visa a beneficiar a família.

Por fim, prevaleceu a formação da maioria de 7 (sete) frente a 4 (quatro) votos, na qual o STF sedimentou a tese com o entendimento da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação seja residencial, seja comercial em repercussão geral (tema 1127) na qual se torna válida e exigível a garantia pessoal ofertada por fiador em detrimento da segurança do negócio jurídico.

## **5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA EFETIVADA SOBRE O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO**

A lei nº 8.009/1990 traz expressa a exceção cabível à impenhorabilidade do bem de família do fiador no artigo 3º inciso VII, neste caso, a lei confere poder de penhora ao bem de família. A obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação de imóvel urbano é uma exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, certo é que se origina de vontade própria, ou seja, em uma possível inadimplência em um contrato de locação de imóvel urbano, caso o devedor principal não honre com o pagamento a dívida, o credor tem respaldo legal para acionar o fiador a vir adimplir essa dívida até mesmo com seu único bem imóvel, bem de família, o qual deu por garantia.

Não obstante, sempre se fizeram presentes divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que tange à sua constitucionalidade. No Superior Tribunal de Justiça, na maioria de seus julgados prevalece à tese da constitucionalidade do referido dispositivo conforme repercussão geral do tema 1127 que valida à penhora do bem de família do fiador em contratos de locação. O que vale transcrever um exemplo:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 1.036 DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL E RESIDENCIAL. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Para fins do art. 1.036 do CPC: "É válida a penhora do bem de família de fiador apontado em contrato de locação de imóvel, seja residencial, seja comercial, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/1990."

Todavia, alguns doutrinadores com tese minoritária consideram essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia, conforme ensina Tartuce (2017, p. 280):

Parte da doutrina, principalmente formada por civilistas da nova geração, considera ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia. Isso

porque o devedor principal (locatário) não pode ter seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra, devedor subsidiário) pode suportar a constrição.

Posto isso, a ressalva incluída pela lei nº 8.245, de 1991, no inciso VII do art. 3º da lei nº 8.009/90, atinge diretamente a isonomia e a proporcionalidade, pois, em caso de o fiador perder seu bem de família à penhora em uma dívida do devedor principal, este em direito de regresso certamente não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, devedor principal, o que caracteriza a desproporção de direitos.

A Emenda Constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluiu a moradia entre os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, o qual constitui norma de ordem pública, um direito fundamental da pessoa humana para uma vida digna em sociedade.

Portanto, não se olvida que a penhorabilidade do bem de família do fiador, além de afrontar o direito à moradia fere princípios constitucionais, como o da razoabilidade e o da dignidade humana. Pois, há tratamento desigual uma vez que é permitida a penhora do bem do fiador e não a do locatário.

Por se tratar de obrigações principal e acessória, não se vislumbraria justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, pois, atacaria o princípio da proporcionalidade. Nos ensinamentos de Tartuce (2017, p. 286):

Não restam dúvidas de que a renúncia ao *bem de família legal* é inválida e ineficaz, pois constitui um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor. Eis aqui mais um exemplo possível de dirigismo negocial nas relações subjetivas. Desse modo, a suposta *renúncia* não afasta a possibilidade de ser arguir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel de residência.

Nesse sentido destaca-se o que consta na premissa 17 da Edição 44 do STJ “a impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública, razão pela qual não se admite renúncia pelo titular”.

Portanto não há razoabilidade em efetuar a penhora do único imóvel de uma família, por dívida contraída de terceiros. O referido dispositivo vai de encontro com um direito fundamental que deve ser assegurado, o direito à moradia. Porém tendo em vista o mercado imobiliário de locação entende-se que tal decisão afetaria de forma negativa a sociedade, o que dificultaria o acesso à moradia, exposto na CFRB/1988.

Todavia, apesar de mais onerosas, há outras modalidades existentes que supririam tal modalidade da fiança. O Art. 37 da Lei nº 8.245 de 1991 dispõe:

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I - caução; II - fiança; III - seguro de fiança locatícia; IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Desse modo, verifica-se que a Lei de Locação (nº 8.245 de 1991) indica alternativas de garantias que podem ser utilizadas pelo locador. Apesar de o fiador ser indispensável para o mercado de locações certo é que tal garantia fere o direito disposto na Carta Magna.

Em uma possível e comprovada violação do direito fundamental à moradia, poderá ocorrer o afastamento isolado e excepcional da regra da penhorabilidade através da ponderação normativa e da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A busca por segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e confiança não se constrói com normas absolutas, imunes a superações excepcionais por distinções tecnicamente bem aplicadas no caso concreto, no qual reside à essência do trabalho do jurista.

Todavia espera-se um entendimento favorável à proteção do bem de família que compete ao Estado garantir aos cidadãos uma vida digna, viabilizando o acesso à residência que, minimamente, atendam às necessidades do ser humano.

## **6 CONCLUSÃO**

Exposta a pesquisa e constituída considerações sobre aspectos civis e constitucionais da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, é possível chegar a algumas conclusões.

O tema, não obstante já ter sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal de forma a pacificar o entendimento, obtém controvérsias, uma vez que é um tema que oferta muitas divergências doutrinárias e jurisprudências conforme os votos divergentes no julgamento do recurso extraordinário 1.307.334 de repercussão geral com tema de n. 1127 mencionado na pesquisa.

A oposição existiu e persiste em diversos debates travados entre juristas porque o tema envolve direitos constitucionais e civis, simultaneamente, de modo que é necessária a ponderação entre os mesmos.

Não há dúvida de que quando o fiador opta por figurar em um contrato de fiança, este assume responsabilidades e manifesta seu livre-arbítrio, a autonomia de sua vontade. Porém, a autonomia da vontade não deve prevalecer sobre os direitos sociais. Além disso, o contrato de fiança não pode ser mais oneroso que o contrato principal, de modo que, se a regra é a impenhorabilidade do bem de família, não pode o fiador ser mais onerado que o locatário apenas pela posição contratual assumida ao prestar a fiança. Essa onerosidade que se torna presente no contrato reflete, também, na esfera constitucional, a violação do princípio da isonomia, uma vez que distingue o tratamento dado ao fiador e locatário, que tem obrigação oriunda do mesmo contrato de locação e acabam tendo tratamentos díspares, uma vez que o locatário tem, através da impenhorabilidade conferida ao seu bem de família, a dignidade humana protegida e seu direito constitucional à moradia resguardado, mesmo sendo o devedor principal, enquanto o fiador, acaba por perder tais garantias.

A finalidade da Lei 8009/90 é a proteção do bem de família, o que evidencia uma vitória social e harmoniza-se com o princípio da dignidade humana, além do direito social à moradia. Portanto, essa proteção revela-se um instrumento que pretende privar a prevalência dos interesses particulares dos credores, em favor da preservação da dignidade do indivíduo e da sua família.

Diante dessas ponderações, conclui-se que, não se pode conciliar a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício com a Constituição Federal e a lei civil brasileira, de modo que o único caminho é declarar a inconstitucionalidade do referido julgado (RE 1.307.334) e a exceção (Art. 3º inciso VII da lei nº 8.009/1990) que instituiu a penhorabilidade do bem de família do fiador locatício e assim manter íntegro o princípio isonômico constitucional, bem como outros direitos e premissas legais de forma a garantir o bem estar digno das famílias na sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 26**, de 14 de fevereiro de 2000. Disponível em: >[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm)<. Acesso: 05 de set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. . Institui o Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm)>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Premissa 17 da Edição 44**. Brasília, 28 de outubro de 2015. Disponível em: >[https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2044%20-%20Bem%20de%20Fam%C3%ADlia.pdf)<. Acesso em: 15 de set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.307.334/SP**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 08 de março de 2022. Disponível em: ><https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6087183&numeroProcesso=1307334&classeProcesso=RE&numeroTema=1127>>. Acesso em: 10 out. 2022.



- DANTAS, Paulo Roberto Figueiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Foco, 2021.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 23. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 4: contratos**. 2. ed. unificada. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- KANT, Immanuel. *Fondements de la métaphysique des Moeurs*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1992.
- SANTOS, Cristian Patric de Souza. **Direito Constitucional**. 3. ed. Brasília: CP IURIS, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang; **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 13. ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp nº 1822033 PR 2019/0178566-3**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/8/2022. Jusbrasil, 2022. Disponível em: ><https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/877166253><. Acesso em: 15 out. 2022.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral**. v. 1. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

## **A PRISÃO DOMICILIAR COMO MEIO SUBSTITUTIVO DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**MATHEUS DEMOSTHENES MARINHO BENACON LINS:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

**RESUMO:** O presente estudo teve como objetivo averiguar a eficácia da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva no curso persecução penal, de modo a demonstrar que a prisão domiciliar não se mostra eficaz, principalmente em se tratando de delitos de colarinho branco, como a corrupção, por exemplo. Nesse sentido, a pesquisa se classifica como dedutiva, descritiva e bibliográfica. Onde se constatou que a utilização desarrazoada da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva no curso da persecução penal, como comumente se tem visto, principalmente, em se tratando dos crimes de colarinho branco, não se mostra eficaz, seja porque não há meios efetivos de monitoramento do investigado, o que pode comprometer a investigação criminal, seja porque incute na sociedade a sensação de privilégios e vantagens a determinados grupos de criminosos. Esses casos que envolvem figuras públicas desencadeiam desconfiança generalizada em se deflagrar impunidade, dada a influência econômica, social e política, o que não pode por si só impedir que lhe seja dispensado o mesmo trato dispensado aos demais, ou que se altere entendimentos que vinham sendo consolidados, não fosse a expectativa que geraria nas demais presas, os argumentos poderiam ter sido acolhidos e a partir de então se apregoe um direito subjetivo à prisão domiciliar. Portanto, não deve o instituto ser utilizado em uma visão ampliada, ficando restrita às hipóteses expressamente previstas na legislação processual penal, e observando, claro, as peculiaridades do caso em concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Artigo científico. Normatização. Elementos. Formatação.

**ABSTRACT:** This study aimed to investigate the effectiveness of home detention to replace the remand in custody in the course of criminal proceedings, in order to demonstrate that home detention is not effective, especially when it comes to white-collar crimes, such as corruption, for example. In this sense, the research is classified as deductive, descriptive and bibliographic. Where it was found that the unreasonable use of home detention to replace the remand in the course of criminal prosecution, as has commonly been seen, especially when it comes to white-collar crimes, does not show effective, either because there is no effective means of monitoring the investigated, which can compromise the criminal investigation, either because it instills in society the sense of privilege and advantages to certain groups of criminals. These cases involving public figures trigger generalized distrust in deflagrating impunity, given the economic, social and political influence, which cannot by itself prevent it from being dispensed the same treatment given to others, or that it changes understandings that were being consolidated, if not the expectation that would generate in other prisoners, the arguments could have been accepted and from then on it is proclaimed a subjective right to home detention. Therefore, the institute should not be used in a broad view, being restricted to the cases expressly provided for in the criminal procedural legislation, and observing, of course, the peculiarities of the particular case.

**KEYWORDS:** Home Detention. Preventive Prison. Substitution. Criminal Prosecution. Ineffectiveness.

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro apresenta, já há alguns anos, vários problemas, desde a superlotação, a falta de estrutura física e de pessoal, a não observância aos direitos do preso, dentre outros, o que compromete sobremaneira a ressocialização do indivíduo, fim precípua da pena privativa de liberdade. Em relação à superlotação, trata-se de problema que assola todo o país, sendo o número de vagas insuficiente, o que se agrava em virtude do grande número de presos provisórios, ou seja, aqueles que se encontram recolhidos no curso de uma investigação ou processo judicial.

Tal situação vem corroborando para a busca de alternativas não apenas quanto aos presos definitivos, mas também em relação aos presos provisórios, ou seja, aqueles recolhidos à prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Não bastasse isso, a privação da liberdade é sanção das mais extremas, pois priva o indivíduo de bem jurídico mais precioso, qual seja, a liberdade. Por isso, a prisão antes da sentença penal condenatória deve ser aplicada com grande cautela, apenas nos casos em que se faz necessária a segregação do convívio social do acusado, sob pena de ferir o princípio da presunção da inocência e configurar antecipado sancionamento.

O legislador, no afã de estabelecer alternativas à prisão, vem instituindo medidas nas últimas décadas, a exemplo das cautelares introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 no Código de Processo Penal, que buscam substituir a prisão. Dentre tais institutos se encontra a prisão domiciliar, que se difere do instituto regulamento na Lei de Execução Penal, seja quanto à sua finalidade, seja quanto aos requisitos para a concessão. Ao presente estudo interessa, portanto, a prisão domiciliar regulamentada no Código de Processo Penal. Dentro desse contexto emerge a problemática de nosso estudo, que repousa no seguinte questionamento: Qual a eficácia da prisão domiciliar substitutiva a prisão preventiva dada a persecução penal?

Assim, tem-se como objetivo geral averiguar a eficácia da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva no que tange a realização das investigações e instrução processual, haja vista a impossibilidade de efetivo monitoramento do investigado. E, como objetivos específicos, busca-se analisar o conceito, fundamentos e objetivos da prisão domiciliar no Código de Processo Penal; compreender os requisitos para a concessão da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva; ressaltar a inadequação da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva no que tange a eficácia a persecução penal.

A escolha do tema se justifica pelo pressuposto de que a prisão domiciliar, regulamentada nos arts. 317 e seguintes do Código de Processo Penal consistem, em suma, no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar com autorização judicial. E o art. 318, por sua vez, trata da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, permitida nas hipóteses dos incisos I a VI, enquanto o art. 318-A regulamenta especificamente a prisão domiciliar em substituição à preventiva para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência.

Por isso, a prisão domiciliar concedida na fase da investigação criminal ou instrução penal, em substituição à prisão preventiva, fomenta debates quanto à própria eficácia da medida, já que pode frustrar a persecução penal. Isso se deve porque, a exemplo dos crimes de colarinho branco, há medidas inúmeras que podem comprometer a investigação criminal, o que é patente, pois embora o réu não possa sair da sua residência, não há restrições, via de regra, ao recebimento de visitas, ou mesmo a contato telefônico ou de outro meio; e, ainda, que estabelecidas tais condições, o Estado não possui efetivos meios para monitorar o investigado ou acusado. Desta se feita, dar-se-á seguimento ao estudo pautando-se no seguinte problema de pesquisa: A prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva, é medida que compromete a eficácia da persecução penal, devendo ser evitada pelos magistrados?

Para atender aos objetivos supra, adota-se, como método de abordagem, o dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo. E, quanto à técnica de pesquisa, esta classifica-se como bibliográfica, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes físicas e virtuais, elementos para a compreensão do tema. Destarte, divide-se o estudo em três seções. Na primeira, analisam-se o conceito, fundamentos e objetivos da prisão domiciliar regulamentada no Código de Processo Penal, distinguindo-a brevemente do instituto tratado na Lei de Execução Penal. Na segunda seção, por sua vez, destacam-se as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva. Por fim, na terceira seção, ressalta-se a inadequação da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, mormente nos crimes de colarinho branco.

## **2 PRISÃO DOMICILIAR: CONCEITO, FUNDAMENTOS E OBJETIVOS**

A primeira questão a ressaltar, neste ponto, é que duas são as modalidades de prisão domiciliar regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira delas é de natureza cautelar, regulamentada nos arts. 317 e seguintes do Código de Processo Penal; e, a segunda, somente é concedida aos presos definitivos, possui cunho humanitário e se encontra regulamentada no art. 117 da Lei de Execução Penal.

De acordo com Avena (2018), a prisão domiciliar consagrada na Lei de Execução Penal tem os seus requisitos elencados no art. 117, quando se admite seja o condenado à pena privativa de liberdade cumprir a pena a que fora condenado em sua residência particular. Assim, pode ser concedida a prisão domiciliar ao condenado maior de 70 (setenta) anos, em virtude da maior fragilidade do apenado, sua menor periculosidade e as naturais dificuldades para suportar a pena; o condenado acometido de doença grave, quando a prisão domiciliar se reveste de cunha humanitário; a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, quando é a prisão domiciliar concedida em benefício da prole, que necessita de maior amparo; e, ainda, à condenada gestante, quando a prisão domiciliar visa proporcionar à mulher condições dignas e adequadas durante a sua gestação.

Avena (2018) destaca, ainda, que o rol do art. 117 é taxativo, ou seja, o legislador enumera, de forma rigorosa, as situações em que se admite o deferimento da prisão domiciliar. Porém, a jurisprudência majoritária tem entendido que, ante a inexistência de “[...] vaga em estabelecimento

penal compatível com o regime semiaberto ou aberto, é legítima a prisão domiciliar do apenado, já que a este não se pode impor o cumprimento da pena em local mais severo [...]” (p. 1592).

No Código de Processo Penal, porém, a prisão domiciliar é regulamentada a partir do art. 317, cujos requisitos/hipóteses de cabimento, dada a importância ao presente estudo, serão abordadas no próximo tópico. No que diz respeito ao fundamento e objetivos da prisão domiciliar consagrada no Código de Processo Penal, Lima (2020) defende tratar-se da adoção de medida menos desumana, “permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência” (p. 1123). Acerca da distinção entre a prisão domiciliar consagrada no Código de Processo Penal e a regulamentada na Lei de Execução Penal, cumpre trazer à baila os ensinamentos de Lima (2015, p. 996), *in verbis*:

*“Essa substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar prevista nos arts. 317 e 318 do CPP não se confunde com a medida prevista no art. 117 da Lei de Execução Penal. Este dispositivo cuida da possibilidade do recolhimento do beneficiário do regime aberto em residência a particular quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante. Além das hipóteses previstas no art. 117 da LEP, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado (v.g. semi-aberto), configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado.”*

Avena (2018) destaca, ainda, que a prisão domiciliar a que se referem os arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal também não se confunde com o instituto regulamentado no art. 319, inciso V, do mesmo diploma legal, que consiste no recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga. Tal medida complementa o autor, não pode ser compreendida como prisão domiciliar, pois possui natureza cautelar, é autônomo, o que não ocorre em se tratando da prisão domiciliar.

Complementa Pacelli (2020) que, de fato, a prisão domiciliar não encontra amparo como modalidade autônoma de prisão cautelar na legislação brasileira, mormente no Código de Processo Penal. Portanto, sempre será fundamentada como medida adotada em substituição à prisão preventiva, esta sim autônoma e opera-se sempre após a decretação da preventiva.

Ainda segundo Lima (2015), não se pode ignorar que a prisão domiciliar, regulamentada nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal, foi pelo legislador inserido em tópico diverso das medidas cautelares diversas da prisão que, por sua vez, são disciplinadas nos arts. 319 e 320 do mesmo diploma (p. 996). E, justificando o posicionamento do legislador, ainda acrescenta:

*[...] isso significa que a prisão domiciliar é considerada pelo legislador como uma forma de prisão preventiva domiciliar e não como medida cautelar alternativa à prisão. Portanto, a prisão domiciliar não foi criada, em*



*princípio, com a finalidade de impedir a decretação da prisão preventiva, mas justamente de substituí-la, por questões humanitárias e excepcionais, previstas no art. 318 do CPP (LIMA, 2015, p. 996).*

Outra questão importante, e que diferencia a prisão domiciliar do instituto consagrado no inciso V, do art. 319, é que a domiciliar substituiu a preventiva em tempo integral, não podendo o investigado ou acusado deixar sua residência sem autorização judicial, como já dito alhures. Porém, a medida de recolhimento domiciliar, por expressa disposição legal, somente ocorre no período noturno ou dias de folga (BRASIL, 1941). É, pois, mais branda.

Portanto, como aponta Pacelli (2020), a domiciliar em comento “não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas preventivas do art. 319” (p. 710-711), ou seja, é medida substitutiva, desde que presentes as hipóteses arroladas na legislação processual vigente. Não bastasse isso, Avena (2018) lembra que a prisão domiciliar substituiu a preventiva e destina-se a determinados beneficiários, expressamente nos casos previstos em lei, considerando as condições pessoais. Este é, pois, seu fundamento. Já a medida de recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga, enquanto medida cautelar, busca tão somente dificultar que o agente pratique novas infrações penais, impondo restrições.

Nucci (2016), por sua vez, destaca que o “[...] juiz somente deve autorizar a transferência ou o recolhimento do agente, quando decretada a prisão preventiva, para sua residência nesses casos extremos (p. 612). Nenhuma outra hipótese pode ser admitida”. Por isso bem observa Lima (2020) que a finalidade da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva sempre será a mesma da medida original, ou seja, mantém o mesmo caráter da prisão preventiva e, por conseguinte, seus objetivos, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal nas hipóteses em que o investigado/acusado possa comprometer a elucidação dos fatos.

Complementa o autor que tal questão é pacífica na doutrina, tanto que se admite, em face da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, a utilização do habeas corpus, a detração da pena, a limitação temporal por prazo razoável, dentre outros institutos que podem ser manejados pela defesa em favor do preso preventivo (LIMA, 2020). Portanto, percebe-se que a prisão domiciliar, “que determina o recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa” (PACELLI, 2020, p. 710), é medida substitutiva à prisão preventiva, nunca alternativa, devendo estar presentes, para a sua concessão, as hipóteses taxativamente elencadas no art. 318 do Código de Processo Penal, como se passa analisar no próximo parágrafo,

O art. 318 do Código de Processo Penal traz as hipóteses em que será possível a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, em seus incisos I a VI, que assim dispõe:

*[...]:*

*I – maior de 80 (oitenta) anos;*



*II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;*

*III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos ou com deficiência;*

*IV – gestante;*

*V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;*

*VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, 1941).*

Os requisitos para a concessão da prisão domiciliar, elencados no art. 318 do Código de Processo Penal, segundo Nucci (2016), “podem ser sintetizados nos seguintes termos: a) maior de 80 anos; b) pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave; c) agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; d) gestante a partir do sétimo mês ou sendo a gravidez de alto risco” (p. 612).

Não se pode ignorar que mais recentemente o art. 318 teve os incisos V e VI incluídos pela Lei nº 13.257/2016, para possibilitar a prisão domiciliar também à mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos e ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho com a mesma idade (BRASIL, 2016).

Ainda no ano de 2018, foi inserido no Código de Processo Penal o art. 318-A, o qual dispõe que para a substituição da prisão preventiva em domiciliar, em se tratando da mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, é necessário que a investigada ou acusada não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa (inciso I) ou não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente (inciso II) (BRASIL, 2018).

Nesse contexto, verificando o magistrado Lima (2020) comenta que se trata de pessoa maior de 80 (oitenta) anos, e não 70 (setenta) anos, como consagra a Lei de Execução Penal em seu art. 117, com saúde debilitada ou frágil, demonstrada está a “[...] inconveniência e a desnecessidade de sua manutenção no cárcere, é possível a substituição pela prisão domiciliar” (p. 1124). Também se o acusado se encontrar extremamente debilitado por motivo de doença grave, pode ser concedida a substituição da prisão preventiva por domiciliar, hipótese sobre a qual disserta Lima (2020, p. 1125):

*[...] não basta que o acusado esteja extremamente debilitado por motivo de doença para grave para que possa fazer jus, automaticamente, à prisão domiciliar. Há necessidade de se demonstrar, ademais, que o tratamento médico do qual o acusado necessita não pode ser ministrado de maneira adequada no estabelecimento prisional, o que estaria a recomendar que seu tratamento fosse prestado na sua própria residência.*

A terceira hipótese de substituição da preventiva por domiciliar se encontra consagrada no inciso III, do art. 318 do Código de Processo Penal, que autoriza ao magistrado conceder a domiciliar quando o acusado preso seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de

06 (seis) anos de idade ou com deficiência. Sobre o requisito em comento, Lima (2020, p. 1126) disserta:

*[...] ao contrário da LEP, que permite à mulher condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental cumprir a pena em prisão domiciliar, o CPP não exige que se trate de mulher, já que se refere ao agente que seja imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência. Apesar de não ser tão comum, há situações em que a única pessoa responsável pelo menor ou deficiente é o pai ou outro homem da família, como, por exemplo, na hipótese em que o genitor tem a guarda exclusiva dos filhos. Nesses casos, em virtude da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da CF, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto 99.710/1990, há de se admitir a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.*

Ainda segundo o autor,

*“O que objetiva o legislador é não causar prejuízos à criança menor de 06 (seis) anos de idade ou portadora de deficiência em virtude da prisão preventiva de pessoa que lhe é imprescindível aos seus cuidados. Logo, se houver familiares outros, em liberdade, que possam assumir a responsabilidade pela criança, não há o que se falar em concessão da domiciliar (LIMA, 2020, p. 1126).”*

O inciso IV, do art. 318 do Código de Processo Penal, por sua vez, traz a possibilidade de concessão de domiciliar a gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou aquela que está em alto risco. Há também distinção entre o previsto no Código de Processo Penal e a concessão da domiciliar a gestante em cumprimento de pena, como se extrai dos ensinamentos de Lima (2020, p. 1127):

*[...] Na LEP, o art. 117, IV, permite o cumprimento da pena em regime domiciliar quando se trata de condenada gestante. No CPP, o art. 318, IV, refere-se à gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Novamente, há de se entender que a substituição da preventiva pela prisão domiciliar só deverá ocorrer na hipótese em que o estabelecimento prisional não puder conceder tratamento adequado à gestante. A despeito do silêncio do legislador acerca do termo ad quem dessa prisão domiciliar, conclui-se que o direito à substituição cessa com o nascimento ou, ao menos, findo o puerpério, que se estende, em média, por cerca de três meses após o parto. Findo esse lapso temporal, a manutenção da prisão domiciliar somente será possível se presente uma das hipóteses do art. 318, III, do CPP, leia-se, caso a pessoa seja*

*imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade.*

No que tange o inciso V, introduzido pelo Estatuto da Primeira Infância, e que possibilita a prisão domiciliar à mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, leciona Avena (2018) que, inicialmente, o legislador nada falou da imarcescibilidade aos cuidados, tal como consta no inciso III, do mesmo dispositivo de lei, o que poderia levar à interpretação de que faz jus à prisão domiciliar em substituição à preventiva a mulher que tem filho de até 12 (doze) anos incompletos, independentemente de qualquer condicionamento. Tal interpretação, porém, no entender do mesmo autor, é equivocada. E acrescenta:

*[...] é evidente que não pode ser este raciocínio. Tampouco cremos tenha sido este o intuito do legislador nessa mal redigida disposição. Fosse assim, poderia usufruir do benefício a pessoa que, conquanto mãe de infante com menos de doze anos, com ele não convive há vários anos, o que seria o mais completo dos absurdos. Logo, é preciso, mais uma vez, analisar o caso concreto, apenas sendo a benesse deferida quanto presente situação de excepcionalidade tal que permita a presunção de que, longe da mãe, a criança está em situação de risco (AVENA, 2018, p. 1185).*

O inciso VI, do art. 318, também introduzido pelo Estatuto da Primeira Infância, possibilita a prisão domiciliar ao homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Avena (2018, p. 1186) ressalta,

*De igual forma, que o raciocínio realizado para análise da prisão domiciliar a que faz jus a mulher, em semelhante situação, deve ser aplicado, pois não basta que o homem seja o responsável, do ponto de vista jurídico, pelo filho menor de 12 (doze) anos. Tal responsabilidade, segundo o autor, deve ser demonstrada factualmente, sem ignorar a necessidade de que o magistrado se atente para a natureza do crime ou mesmo o modus operandi.*

Ainda segundo Avena (2018), para a concessão da prisão domiciliar nas hipóteses dos incisos V e VI do art. 318 não clama a simples adequação do preso preventivo a uma ou outra hipótese, pois o art. 328, parágrafo único, do mesmo diploma legal, dispõe ser necessária, para a substituição da prisão preventiva, a prova idônea dos requisitos legais (p. 1186).

É nesse cenário que Ortega (2016) conclui que assim como não basta que a presa ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar, em caráter obrigatório, sendo necessário analisar se a concessão de tal medida não acarreta perigo à ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou implique risco à aplicação da lei penal, também não basta a presença dos pressupostos elencados nos incisos V e VI do art. 318 do Código Penal para que a genitora ou genitor sejam colocados em prisão domiciliar. É nesse sentido, aliás, o teor do parágrafo único do art. 318 do CPP: "Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo".

*Diversamente do que se dá no âmbito do processo penal condenatório, em que o ônus da defesa é imperfeito, ou seja, basta criar uma dúvida razoável para que o magistrado possa absolver o acusado (v.g., CPP, art. 386, V, in fine), na hipótese de substituição da preventiva pela domiciliar, trata-se de ônus perfeito, ou seja, o in dubio pro reo não favorece o agente, daí por que, ausente a comprovação cabal pelo interessado da ocorrência de qualquer das hipóteses listadas no art. 318, deve ser indeferido o pedido (LIMA, 2020, p. 1187).*

Resta evidente, portanto, que não presentes as hipóteses elencadas no art. 318 do Código de Processo Penal, não pode o julgador substituir a prisão preventiva em prisão domiciliar, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, já que o rol é taxativo.

### **3 INEFICÁCIA DA PRISÃO DOMICILIAR NA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO**

A prisão domiciliar, que possui cunho humanitário, também se demonstra, como leciona Pacelli (2020) a incapacidade do Estado de efetivamente gerir o sistema prisional, seja quanto aos condenados definitivos, seja quanto aos provisórios. Por isso, deverá sempre ser uma exceção, não podendo ser utilizada de forma desarrazoada, principalmente em se tratando de medida substitutiva à prisão preventiva, pois como visto alhures, a prisão domiciliar não perde a sua finalidade quando adotada cautelarmente, ou seja, passa a se revestir das funções que detém a prisão preventiva, dentre elas assegurar que o investigado/acusado não comprometerá a persecução penal, por exemplo.

Comunga desse entendimento Nucci (2016, p. 612), ao chamar a atenção para o fato de que a prisão domiciliar não pode ser vulgarizada. Por isso, somente pode ser concedida quando efetivamente se encontrarem presentes os requisitos legais, sob pena de ocorrer algo semelhante ao que se denominou prisão albergue domiciliar:

*[...] não se deve vulgarizar a prisão domiciliar como já se fez com a prisão albergue domiciliar. Esta somente seria possível às pessoas enumeradas no art. 117 da Lei de Execução Penal (situações similares ao art. 318 do CPP), mas foi estendida a todos os condenados ao regime aberto, onde não houvesse Casa do Albergado. Exterminou-se o regime aberto em determinados lugares, por falta de fiscalização.*

Embora as considerações do autor supracitado digam respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal quanto aos presos definitivos, e a inexistência de estabelecimento prisional adequado, percebe-se que o autor não ignora o fato de que a prisão domiciliar regulamentada no art. 117 da Lei de Execução Penal possui similaridades com a prevista no art. 318 do Código de Processo Penal. Por conseguinte, conclui-se que para Nucci (2016) a prisão domiciliar não pode ser vulgarizada em nenhuma situação.

Outra consideração tecida por Nucci (2016) é a necessidade de se atentar ao fato de que a prisão domiciliar regulamentada no Código de Processo Penal, por sua natureza cautelar, é voltada ao preso presumidamente inocente. Mesmo assim, não pode o benefício ser estendido a qualquer investigado ou acusado, devendo somente ser concedida quando presentes os requisitos legais autorizadores. E conclui o autor que em determinadas situações o melhor a fazer é a revogação da prisão preventiva, pois é “[...] mais adequado ter um réu solto do que um ficticiamente preso em casa” (p. 612).

As ponderações de Nucci (2016) se justificam exatamente pela dificuldade do Estado em efetivamente fiscalizar, monitorar os presos domiciliares. A ficção, portanto, de que o indivíduo se encontra preso, acaba por gerar inseguranças, até mesmo porque, repita-se, embora recolhido em seu domicílio, o investigado/acusado não pode comprometer a persecução penal. Porém, questiona-se: o Estado possui meios efetivos para fiscalizar eventuais ingerências no curso da investigação criminal? Consegue obstar o recebimento de visitas de pessoas que, direta ou indiretamente, possam interessar à investigação? São indagações que, decerto, levam a questionar a efetividade da prisão domiciliar.

A questão ganha ainda mais relevo em se tratando dos crimes de colarinho branco. A expressão em comento, como leciona Albergaria (1988), foi criada por Sutherland para designar os crimes decorrentes dos indivíduos de alta classe, sujeitos estes que detêm como atributos o caráter de relacionar crime com o mundo dos negócios. Portanto, crimes do colarinho branco vêm do termo *White Collar Crime*, nascido na década de 1930, tendo como criador Edwin Sutherland, com o intuito de desmistificar a ideia de que a criminalidade provém de grande parte dos indivíduos de classes sociais menos favorecidas.

Os estudos de Sutherland focaram-se nas peculiaridades do criminoso de colarinho branco, chegando à conclusão que tais crimes envolvem pessoas de elevado poder socioeconômico e de determinada credibilidade ocorrendo normalmente na violação da confiança. Contudo é mister ressaltar, conforme cita Massud (2005), o estudo de delitos aversos a economia já recebe atenção desde a metade do século XIX neste período nasce a expressão “crime do mundo dos negócios” e envolve, em apertada síntese, os crimes da alta sociedade.

É necessário salientar que criminosos do colarinho branco cometem também a chamada criminalidade comum, pois afirmando que crimes de ordem comum não são cometidos por membros da alta sociedade estaríamos perpetuando a ideia de tais crimes tem características de obscuridade e marginalidade, logo se os indivíduos que estão encarcerados são tidos como maus pertencendo à classe social baixa, então, os demais indivíduos que não são de classe baixa tem como atributo a bondade, com esta conclusão chegaríamos a um sistema penal simplificado, pois suas ações estariam focadas em apenas nessa parcela da sociedade.

Dentre os crimes de colarinho branco se encontra a prática da corrupção, que vem ganhando relevo no Brasil nas últimas décadas, na seara pública e privada, evidenciada em investigações amplamente divulgadas nos meios de comunicação, como o Mensalão e a Lava Jato, operações que culminaram na condenação de várias pessoas públicas, políticos, empresários, servidores públicos, dentre outros.



*Denúncia: inépcia: atipicidade da conduta descrita (...): suposta prática de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país — delito previsto no art. 22 da Lei 7.492/1986 (Lei do Colarinho Branco) — em decorrência de cessão ou transferência de “passe” de atleta profissional para entidade desportiva estrangeira. Não se irroga ao paciente — simples procurador do atleta a ser cedido — a participação em nenhuma “operação de câmbio”, nem o valor negocial do “passe” de um jogador de futebol pode ser reduzido ao conceito de mercadoria e caracterizar ativo financeiro objeto de operação de câmbio. No tocante à figura delineada na parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1988, é manifesto que não cabe subsumir à previsão típica de promover a “saída de moeda ou divisa para o exterior” a conduta de quem, pelo contrário, nada fez sair do País, mas, nele, tivesse deixado de internar moeda estrangeira ou o tivesse feito de modo irregular. De outro lado, no caput do art. 22, a incriminação só alcança quem “efetuar operação de câmbio não autorizada”: nela não se compreende a ação de quem, pelo contrário, haja eventualmente, introduzido no País moeda estrangeira recebida no exterior, sem efetuar a operação de câmbio devida para convertê-la em moeda nacional. Da hipótese restante — a de que a parcela dos honorários do procurador do atleta não declarada à Receita Federal se houvesse mantido em depósito no exterior — objeto de incriminação na parte final do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986 —, só se poderia cogitar se a denúncia se fundasse em elementos concretos de sua existência, à falta dos quais adstringiu-se a aventar suspeita difusa, da qual não oferece, nem pretende oferecer, dados mínimos de concretude.*

Nesse contexto Freitas e Dellagerisi (2016) destacam que a corrupção assola o Brasil desde a colonização, ou seja, é mister reconhecer que a convivência com pessoas fora do padrão social imposto pelo sistema é uma constante no país e se desenvolveu ao longo dos séculos, embora tenha ganhando evidência nos últimos anos, em virtude da busca de moralização da Administração Pública. Dentro do conceito amplo, desenvolvimento por Sutherland, de crimes de colarinho brando, é que se enquadra a corrupção, prática contrária ao exercício da cidadania e que compromete o desenvolvimento econômico e social do país.

Não bastasse isso, há discussões quanto a efetiva punição daqueles que praticam atos de corrupção no país, questão que embora venha sendo desmistificada nos últimos anos, principalmente pela condenação de várias pessoas públicas, ainda fomenta debates. No acórdão do Supremo Tribunal Federal, que teve como relator o ministro Joaquim Barbosa, conta:

*O extenso material probatório, sobretudo quando apreciado de forma contextualizada, demonstrou a existência de uma associação estável e organizada, cujos membros agiam com divisão de tarefas, visando à prática de delitos, como crimes contra a administração pública e o sistema financeiro nacional, além de lavagem de dinheiro. Essa associação estável —*



*que atuou do final de 2002 e início de 2003 a junho de 2005, quando os fatos vieram à tona – era dividida em núcleos específicos, cada um colaborando com o todo criminoso, os quais foram denominados pela acusação de (1) núcleo político; (2) núcleo operacional, publicitário ou Marcos Valério; e (3) núcleo financeiro ou banco Rural. Tendo em vista a divisão de tarefas existente no grupo, cada agente era especialmente incumbido não de todas, mas de determinadas ações e omissões, as quais, no conjunto, eram essenciais para a satisfação dos objetivos ilícitos da associação criminosa.*

Em que pese tais considerações, o que se percebe é que o Poder Judiciário brasileiro vem concedendo a prisão domiciliar aos autores de crimes de colarinho branco, dentre eles a prática de corrupção. Apenas a título de exemplo, notícia divulgada pelo site R&, em dezembro de 2017, informa que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, concedeu prisão domiciliar para investigados na operação Lava Jato. Trata-se dos investigados Gustavo Estellita Cavalcanti Pessoa e Miguel Iskin, que tiveram a prisão preventiva, determinada pela 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, em desdobramentos da operação Lava Jato, substituída pela prisão domiciliar (R7, 2017).

Ainda segundo a referida notícia, o Ministério Público Federal criticou a decisão do Supremo Tribunal Federal ao argumento de que Miguel Iskin era crucial na investigação, já que “braço da organização criminosa que atuava na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro” no governo de Sérgio Cabral, dono de uma das empresas que forneciam equipamentos médicos e próteses ao Estado. E, Gustavo Estellita, sócio de Iskin na citada empresa, também poderia comprometer as investigações (R7, 2017).

De acordo com Migalhas (2020) mais recentemente, e com justificativa dos problemas decorrentes da pandemia do Covid-19, foi concedida prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, pelo Superior Tribunal de Justiça, da Dario Messer, preso na operação Lava Jato em 2019, acusado de evasão de divisas e lavagem de dinheiro, além de ser denunciado por outros delitos, praticados no Estado do Rio de Janeiro também no governo de Sérgio Cabral, que culminou em indiciamentos nas operações Eficiência e Câmbio Desligo.

Os exemplos acima buscam tão somente demonstrar que o Judiciário vem concedendo a substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar para investigados e acusados em crimes de corrupção, em operações que ganharam grande evidência nos meios de comunicação e demonstraram como a corrupção sistêmica atinge o país nas searas pública e privada na atualidade.

Tais críticas não são recentes. Quando Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, se encontrava em prisão domiciliar, o Ministério Público Federal do Rio de Janeiro destacou a impropriedade da medida se comparada ao grande número de mulheres presas no sistema penitenciário brasileiro e que não gozavam de igual benefício, ou seja, não podiam deixar a prisão para cuidar dos filhos menores. E ressaltou, ainda, que a acusada, em decorrência da sua condição social, podia se valer de babás, professores e orientadores, bem como parentes para proporcionar amparo aos filhos menores, o que, somado aos riscos que Adriana

representava para a investigação criminal, justificava a cassação da prisão provisória (AGÊNCIA BRASIL, 2017).

Para Poltronieri (2017), há de se considerar, também, que tanto a prisão preventiva quanto a prisão temporária, que podem ser decretadas no curso da investigação criminal, possui requisitos bem singulares e não podem ser utilizadas, discricionariamente, pelo julgador. Por isso, a sua substituição por domiciliar deve sempre ser vista com bastante cautela.

Em meio a esse cenário é que tramitam no Congresso Nacional proposições legislativas objetivando vedar a prisão domiciliar em casos de corrupção. Por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 299, de 2018, de autoria do Senador Rudson Leite, busca alterar o art. 318 do Código de Processo Penal para dar nova redação ao § 2º, vedando a substituição da preventiva por prisão domiciliar quando o indiciado ou acusado estiver respondendo por peculato, corrupção passiva ou ativa, lavagem de dinheiro, crimes contra o sistema financeiro ou contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (BRASIL, 2018). Ou seja, abrange vários delitos compreendidos como de colarinho branco.

Da análise da justificativa percebe-se que a preocupação do autor do Projeto de Lei é exatamente obstar a concessão da prisão domiciliar para os crimes de colarinho branco, que envolvem pessoas instruídas, de boa situação financeira, geralmente executivos e políticos e que não se enquadram no estereótipo de criminosos, já que os crimes são praticados sem violência. Contudo, as consequências são danosas para a sociedade, principalmente quando envolvem apropriação de recursos públicos, fraudes, sonegação de impostos, dentre outros (BRASIL, 2018). Por conseguinte, conclui o autor do Projeto de Lei que tais delitos causam prejuízos muito maiores que os crimes considerados comuns, mormente quando envolve subtração de recursos públicos, pois toda a sociedade é vitimada.

Assim, defende o autor do Projeto de Lei que “os agentes responsáveis por tais crimes, por serem pessoas com nível superior e bem instruídas, não podem ser agraciadas pela prisão domiciliar”, seja porque o recolhimento na residência não impediria a nova prática de crimes, em decorrência da natureza e do *modus operandi*, seja por que prisão domiciliar, ainda que como medida cautelar, não é reprimenda eficaz, mas sim um prêmio ao criminoso (BRASIL, 2018).

Notícia divulgada no site Consultor Jurídica (2012), muito antes da apresentação do supracitado Projeto de Lei, já alertava para o fato de que os crimes de colarinho branco retiram dos cidadãos direito básicos, como saúde, educação. Logo, um criminoso de colarinho branco não deve receber tratamento mais benéfico, por exemplo, que um traficante, pois este geralmente não será beneficiado com a prisão domiciliar, pois é rotulado como mais perigo, embora ambos sejam igualmente criminosos.

De fato, quando se concede a substituição da prisão preventiva em domiciliar àquele que praticou crime de colarinho branco, acaba por se transmitir a sociedade a errônea ideia de que o crime ainda compensa, pois de fato não há como assegurar que recolhido em sua residência as práticas delitivas irão cessar, que não serão comprometidos meios de prova, que testemunhas não

serão corrompidas ou ameaçadas. A instrução criminal, em curso, pode ser comprometida de forma a culminar numa não condenação, o que precisa ser considerado pelos magistrados quando se trata de crimes como a corrupção, por exemplo.

Exatamente seguindo esta linha de raciocínio é que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Souza (2016) comenta que, ainda no ano de 2016, cassou a prisão domiciliar de José Antunes Sobrinho, sócio da empresa Engevix e réu na operação Lava Jato. Anote-se que a prisão domiciliar havia sido concedida em dezembro de 2015, em decisão monocrática, no curso da persecução penal. Porém, submetida à análise do órgão colegiado, em março de 2016, a domiciliar foi cassada, voltando o acusado à prisão para cumprimento da preventiva decretada anteriormente, pela 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro. A 1ª Turma Especializada votou pela cassação da domiciliar ao argumento de que os crimes imputados ao investigado eram muito graves e que a prisão preventiva, nesse caso, objetivava resguardar a ordem pública, já que versam sobre a prática de corrupção ativa, lavagem de dinheiro, embaraço à investigação de organização criminosa, evasão de divisas, dentre outros delitos relacionados à construção da usina Angra III, no Estado do Rio de Janeiro.

De fato, a questão é preocupante, pois como já dito anteriormente, não se vislumbram meios efetivos para que o Estado monitore aqueles que se encontram em prisão domiciliar; e, o *modus operandi* dos crimes de colarinho branco evidenciam a possibilidade da prática delitiva mesmo com os investigados/acusados recolhidos em suas residências.

Portanto, justifica-se a preocupação com a ineficácia da persecução penal quando da substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar, principalmente nas hipóteses em que os investigados/acusados estão supostamente envolvidos na prática de delitos como corrupção, lavagem de dinheiro.

Destarte, presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, e uma vez decretada, em se tratando de crimes de colarinho branco, não deve ser convertida a prisão cautelar em domiciliar, seja pela gravidade dos delitos, seja pela imperiosa necessidade de se resguardar a persecução penal, seja pela impossibilidade de o Estado efetivamente monitorar os presos domiciliares.

#### **4 CONCLUSÃO**

Buscou-se compreender, ao longo do presente estudo, a problemática da ineficácia a persecução penal da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, principalmente nos crimes de colarinho branco, dentre os quais se destacam, por exemplo, a corrupção e os delitos correlatos. Viu-se que a prisão domiciliar se encontra regulamentada tanto na Lei de Execução Penal quanto no Código de Processo Penal. Aquela, porém, somente alcança os presos provisórios e, por isso, não interessa ao presente estudo. Neste sentido, constatou-se que o art. 318 do Código de Processo Penal elenca, taxativamente, as hipóteses de substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar.

Portanto, a prisão domiciliar, nesses casos, manterá a mesma finalidade da prisão preventiva, ou seja, é cautelar que objetiva assegurar a ordem pública, da ordem econômica, para

a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nas hipóteses em que o investigado/acusado possa comprometer a elucidação dos fatos.

Também se viu que a prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, apesar da natureza cautelar, não se confunde com a medida cautelar prevista no art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal. Esta é medida autônoma, aplicada alternativamente à prisão preventiva, e que prevê o recolhimento noturno e nos dias de folga do investigado/acusado. Portanto, é preciso compreender, repita-se, que a prisão domiciliar prevista no art. 318 do Código de Processo Penal é medida cautelar é medida substitutiva à prisão preventiva e, por isso, mantém sua finalidade, objetiva e fundamento, somente podendo ser deferida quando presentes os requisitos legais. É, pois, medida excepcional.

Em que pese tal constatação, o que se percebe é a utilização da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva de forma mais ampla, alcançando investigados/acusados pela prática de delitos de colarinho branco. Tal fato foi constatado por informações relativas à prisão domiciliar de envolvidos em práticas de corrupção, em operações como a Lava Jato. Diante de tal cenário é que se percebe a impropriedade e vulgarização da prisão domiciliar, pois quando utilizada em tais situações evidencia sérios problemas. A um porque o Estado não consegue efetivamente monitorar o preso provisório, obstando o recebimento de visitas, a realização de telefonemas, a comunicação via e-mail, inclusive com outros acusados ou pessoas de interesse a persecução penal.

A dois porque o *modus operandi* dos crimes de colarinho branco não inviabilizam a sua prática com o simples recolhimento à residência. A três porque a gravidade dos delitos e os sérios danos à sociedade clamam uma atuação mais enérgica do Estado, até mesmo para não transmitir aos administrados a sensação de impunidade, de concessão de benefícios.

Destarte, em que pese a escassez da literatura específica, conclui-se que a prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, mormente nos crimes de colarinho branco, comprometem a eficácia da persecução penal, devendo ser evitada pelos julgadores, o que justifica a tramitação de proposição legislativa que busca vedar a concessão da domiciliar em crimes como corrupção, lavagem de dinheiro e outros, como forma de resguardar os interesses coletivos e buscar, de forma mais eficaz, a punição dos agentes infratores.

## 5 REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**: Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05.jul.2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940:** Institui o Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011:** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016:** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984:** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado, nº 299, de 2018:** Altera o art. 318 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) e o art. 117 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DARIO Messer tem prisão preventiva convertida em domiciliar em razão da pandemia. **Migalhas**, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FREITAS, Franchesco Maraschin de; DELLAGERISI, Bruno Ortigara. A criminologia e o crime do "colarinho branco": por que do (não) enfrentamento? XIII Seminário Nacional: Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Brasileira, **Unisc**, 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

GILMAR Mendes Coloca investigados da Lava Jato em prisão domiciliar. **R7**, 2017. Disponível em: <<https://noticias.r7.com>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MASSUD, Leonardo. O crime do colarinho branco, numa perspectiva criminológica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 94, n. 833, mar. 2005.

MPF reafirma parecer para que a prisão domiciliar de Adriana Ancelmo seja cassada. **Agência Brasil**, 2017. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2016.





## O DIREITO CONSTITUCIONAL DO INDÍGENA A SUAS TERRAS NATIVAS

**MARINA DE MATOS MACIEL:**

Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi - UnirG.

JOSSANNER NERY NOGUEIRA LUNA<sup>43</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, (CF/88), assegurou aos povos indígenas, habitantes originários do País, direitos fundamentais a sua existência. E, não somente na CF/88, mas desde a independência do Brasil, a exemplos das Cartas Políticas de 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, sendo uma sequência história institucionalizando os referidos direitos fundamentais. Em 1988 foi constitucionalizado direitos e garantias como condições necessárias a vida digna das comunidades indígenas, sendo eles: o direito a preservação da própria cultura; o direito a educação na própria língua; o direito a posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes; à proteção direta do Ministério Público na defesa desses direitos e interesses. Diante dos direitos fundamentais citados nesse Projeto iremos nos aprofundar a pesquisa ao direito a posse das suas terras e suas demarcações. Buscando mostrar como a problemática causa profundos contrates de políticas públicas que não chega aos indígenas. O preconceito da sociedade por acharem que eles não merecem essas terras e a demora para terminar a demarcação de uma terra que já é deles por direito.

**Palavras-chave:** Constituição\_1. Direitos\_2. Garantias\_3. Indígenas\_4. Terras\_5.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution of October 5, 1988 (CF/88) assured indigenous peoples, native inhabitants of the country, of fundamental rights to their existence. And, not only in CF/88, but since the independence of Brazil, as examples of the Political Letters of 1934, 1937, 1946, 1967 and the Constitutional Amendment nº 1 of 1969, being a historical sequence institutionalizing the referred fundamental rights. In 1988, rights and guarantees were constitutionalized as necessary conditions for the dignified life of indigenous communities, namely: the right to preserve their own culture; the right to education in one's own language; the right to own their lands and to enjoy the riches of the soil, rivers and lakes therein; the direct protection of the Public Ministry in the defense of these rights and interests. In view of the fundamental rights mentioned in this Project, we will delve deeper into the research on the right to possession of their lands and their demarcations. Seeking to show how the problem causes deep conflicts of public policies that do not reach the indigenous people. The prejudice of society for thinking that they do not deserve these lands and the delay in finishing the demarcation of a land that is already theirs by right.

**Keywords:** Constitution\_1. Rights\_2. Warranties\_3. Indigenous\_4. Lands\_5.

---

43 . Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Descrevendo a violência obstétrica. 3. O Direito Penal na violência obstétrica. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa diante do acirramento do debate relacionados às populações indígenas, e seus direitos fundamentais, que foram constitucionalizados oficialmente na Constituição Federal de 1988, (CF/88). Diante desses direitos iremos nos aprofundar, a pesquisa, ao direito a posse das suas terras nativas originárias e suas demarcações. Logo, mostrando como essa problemática vem causando contrastes de políticas públicas aos indígenas, como eles são alienados pelo poder maior e pelo interesse em suas terras, a qual são suas por direito originário. Sendo vítimas do preconceito da sociedade, por presumirem que não são dignos de receberem devidas terras, a demora para terminar a demarcação, levando a criação de projetos de leis que desejam tirar o direito originário dos índios, invalidando sua ancestralidade e o que eles acreditam.

A demarcação das terras nativas é essencial para a efetivação dos direitos fundamentais, como a educação contextualizada e programas de saúde indígenas. Portanto a conquista desse direito leva a efetivação dos outros direitos, que eles merecem e a legislação prevê, então essas terras precisam ser homologadas para sim conseguirem ter acesso à toda seguridade que a constituição e o estatuto do índio diz.

A problemática em questão que a falta de homologação trás é bem maior do que se imagina, os povos indígenas passam por violências e perda dos seus povos a cada invasão, a grande parte ocorrida por garimpeiros. A falta de proteção e o descaso a esse assunto é silenciado, até quando os povos originários vão ser tratados como um nada para o Estado maior, até quando vão ser diminuídos apenas pelo fato de está em suas terras.

## 2. COMPREENDENDO O MOTIVO QUE LEVA A VIOLAÇÃO DE TODOS OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS INDIGENAS, ATRAVÉS DA DEMARCAÇÃO E O DIREITO A SUAS TERRAS NATIVAS.

O presente artigo tem como referencial teórico, a Constituição Federal, o Estatuto do Índio, artigos e leis infraconstitucionais, foram eles que contribuíram de forma abrangente para o desenvolvimento desta pesquisa.

Deste modo para discorrer sobre o tema central de estudo desta pesquisa é preciso identificar o que é o direito constitucional do índio a suas terras nativas. Sendo assim, seguiremos apresentando os conceitos e características desses povos originários.

Conceitualmente, não tem como falar de índios no Brasil, sem abordar a temática da diversidade dos povos. De acordo com as Nações Unidas de 1986 : " As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a

transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e a sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos”.

Encontra-se no artigo 3º, incisos I e II do Estatuto do Índio “ Reza esses incisos que o índio ou silvícola é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional ” , e que devemos entender por comunidade indígena ou grupo tribal o “ conjunto de famílias ou comunidades indígenas, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo estarem neles integrados”. Perfazendo uma interpretação conjunta com o art. 4º do mesmo texto legal, onde classifica os índios em isolados, em vias de integração e integrados, numa perspectiva integracionista, em que se acredita existir possíveis estágios de evolução cultural na trajetória de vida dos povos indígenas.

Por esta lente, enxerga-se o índio como um ser inferior, desprovido de condições de vida independente, necessitando ser integrado a uma cultura nacional que se autodenomina superior (BARRETO, 2008,34).

Os povos indígenas constituem etnias com características culturais, tradicionais, de organização social e dogmas de vida completamente distintas da sociedade ocidental envolvente. Segundo (FACCIONI 2013, p. 379).

Podemos dizer que o ordenamento jurídico nacional sempre considerou essas diferenças como situações transitórias, que poderiam desaparecer conforme os povos indígenas fossem sendo integrados à comunidade nacional, criando então a ilusão que um dia eles desapareceriam, se sua cultura sumisse, fazendo desaguar o preconceito a cultura indígena, configurando uma falsa noção de que são incapazes e sempre devem estar sub a tutela plena do poder público.

Outro conceito fundamental que precisa de compreensão para entender o presente trabalho é o de terra indígena, pois essas terras não representam para os índios unicamente recursos econômicos, mas sim recursos de sobrevivência. A terra indígena é aquela que se encontra em posse tradicional dos índios, sendo definida pelo artigo 231, §1º, da CF/88:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”

Ademais, nos termos da legislação vigente (CF/88, Lei 6001/1973 - Estatuto do Índio, Decreto 1.775/1996), as terras indígenas podem ser classificadas nas seguintes modalidades:

I) terras indígenas tradicionalmente ocupadas: são as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas;

II) reservas indígenas: são terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas;

III) terras dominiais: são as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil;

IV) interditadas: são áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área.

## **2.1 Demarcação de suas terras nativas.**

A Constituição Federal de 1988, nossa atual carta magna, que trouxe uma abordagem clara e concisa sobre os direitos dos indígenas, trata de uma maneira bem detalhada, previu pela primeira vez um conceito jurídico acerca da terra indígena, reconhecendo a esses povos os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam. A Constituição Federal de 1988 dedicou aos índios um capítulo próprio, o que não excluem os direitos individuais e coletivos previstos em todo seu corpo, inerentes a todas as pessoas: Capítulo VIII, denominado "DOS ÍNDIOS", insertos no Título VIII - Da ordem social, que possuem como objetivo "o bem-estar e justiça sociais" (art. 193 da CF/88).

O artigo 231 reconhece ao indígena, além do seu direito sobre a terra tradicionalmente por ele ocupada, "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições".

Para reforçar tal obrigação imposta pela união, o artigo 215, §1º, da CF também prevê que cabe a União a obrigação de proteger as manifestações das culturas indígenas. Completando o caput do artigo 231 com o disposto no artigo 210, §2º, que vem assegurar às comunidades indígenas o acesso ao ensino fundamental utilizando suas próprias línguas e processos próprios de aprendizagem.

Vale ressaltar dois pressupostos constitucionais, quais sejam: os direitos originários, que legitimam o direito à terra e à ocupação tradicional, que por sua vez demonstra obtenção do direito à terra.

Lázaro Moreira da Silva diz: "o termo originário designa um direito anterior ao próprio Estado brasileiro, uma posse congênita, legítima por si mesma, ao contrário da posse adquirida que precisa preencher os requisitos civilistas para o reconhecimento."

A demarcação das terras indígenas tem previsão constitucional e, por isso, é um direito subjetivo tanto dos povos indígenas como da sociedade civil em geral. A regulamentação se dá

por normas infraconstitucionais e a sua importância recai sobre o fato de que este é um direito que viabiliza a concretização do direito fundamental à terra indígena.

O direito à terra tradicional é originário e, por isso, independe de processo demarcatório. Ocorre que na prática, sem a demarcação, o direito à terra fica desprotegido, vulnerável a outros títulos que legitimam falsamente as invasões e as interferências nas áreas indígenas sob o argumento de que, uma vez não está demarcada a terra, não há como saber se ela é ou não indígena. Podemos afirmar que a demarcação de terras indígenas é a mais importante maneira de assegurar a posse indígena no território tradicional e, por essa razão, é um tema muito importante a ser discutido.

Por ser tão importante ao direito fundamental e por ser o que assegura todos os direitos, se cristaliza nos prazos já estabelecidos no nosso ordenamento jurídico para que todas as terras indígenas fossem demarcadas. Em 1973, com o advento do Estatuto do Índio (Lei 6.001) e, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Em ambos os casos, a norma estabeleceu o prazo de cinco anos para que o Estado providenciasse a demarcação das referidas terras, o que, evidentemente, não foi cumprido.

Dessa maneira, enquanto as terras tradicionais não são demarcadas, elas são consideradas, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelos demais poderes, supostas terras indígenas, o que dificulta sobremaneira a autonomia indígena sobre seus territórios e o exercício de seus direitos constitucionais.

### **3. CONSEQUÊNCIAS PELO NÃO CUMPRIMENTO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL.**

A morosidade, a lentidão para a demarcação das terras dos povos originários está provocando a extinção dos povos indígenas, pois eles sofrem diariamente violências físicas e ameaças. Os problemas que se resultam desse descaso está entre eles as constantes invasões, extração ilegal de recursos naturais, o principal entre eles a madeira, o desmatamento e a poluição de rios. Provocando o isolamento e confinamento dos índios.

De acordo com o coordenador regional do Cimi-MT( Conselho Indigenista Missionário de Mato Grosso), Sebastião Carlos Moreira : realizado neste mês de novembro o encontro anual dos conselhos, chegou à conclusão de que nos últimos quatro anos o governo federal praticamente não avançou em nenhum dos processos de regularização fundiária. " Estamos vivendo uma estagnação nunca vista antes".

O crescimento do agronegócio, é uma ameaça, pelo incentivo da monocultura predatória ao meio ambiente e pela utilização de agrotóxicos.

Temos terras indígenas que continuam com seus processos totalmente parados, e casos que sequer foram criados grupos técnicos de identificação. Onde não se tem fiscalização, facilita as invasões e o perigo que esses povos enfrentam no dia a dia.

Os números de terras indígenas invadidas por fazendeiros, garimpeiros e madeireiros, são assustadores. No país nos últimos três anos, 122 indígenas foram assassinados, um indígena morto a cada nove dias, resultados de conflitos de terras.

A Fundação Nacional do Índio ( Funai), afirma que os processos de regularização correm de maneira lenta, pois dependem de órgãos federais, como o Instituto Nacional de Reforma Agrária e Colonização (Incra) e Ministério da Justiça. Existem hoje 611 terras indígenas no país, sendo que 398 regularizadas, cerca de 123 estão em fase de estudo e 33 contam com delimitação, outras 30 foram declaradas e 27 homologadas.

Neste ano foi de conhecimento nacional o que aconteceu com a comunidade indígena Yanomami, a criança que foi estuprada e morta por garimpeiros, esse é o tipo de violência que os garimpeiros vem causando a anos a esse povo. Neste ano de 2022 eles comemoram 30 anos de homologação com a maior devastação da história, destruição ambiental, doenças e violações de direitos que são causadas pelo avanço do garimpo ilegal.

Os povos Yanomami são a maior comunidade indígena no país, considerados indígenas isolados, sem contato ou influência externa. Mas por serem isolados, não impedem o avanço acelerado do garimpo, em um ano a devastação ambiental cresceu 46%, um percentual histórico desde a demarcação. A situação desses povos é tão seria que foi considerada de extrema gravidade e urgência, com riscos e danos irreparáveis aos seus direitos no Brasil, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ( CIDH), foi solicitada uma intervenção com medidas provisórias para proteger os direitos à vida do povo Yanomami.

Foram 15 anos de luta para conseguir a demarcação das terras dos Yanomami, com organização internacional. Os garimpeiros sempre existiram lá, mas teve uma crescente alta nos últimos anos que chega a assombrar, causando o desmatamento, provocando poluição dos rios e impactando diretamente na saúde dos Yanomami que vivem nas comunidades, sem contar com os conflitos amados. Os garimpeiros nunca saíram e as autoridades não estão preocupadas em retirá-los, será até quando eles iram viver essa tensão. Em quatro anos de 2018 até o final de 2021, a área destruída pelo garimpo ilegal quase dobrou de tamanho, ultrapassando 3,2 mil hectares, afeta diretamente 56% da comunidade Yanomami.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Essa pesquisa se propôs, como objetivo geral, elaborar um conjunto de elementos informativos, permitindo a disseminação e a socialização dos conhecimentos obtidos com a justificativa da importância que o tema possui para a sociedade indigenista, sendo considerado um tema incomum cheio de preconceitos pela sociedade, gerados por interesses políticos e por não conhecerem a história. Onde levaram os indígenas a sofrerem obscuros preconceitos pela sociedade, violências sexuais, violências físicas e violação de seus direitos fundamentais, que poderiam ser evitados apenas se fossem cumprido o que foi escrito há anos atrás.



Podemos afirmar que estudar e se aprofundar ao problema gerado pela falta de demarcação das terras nativas, poderia diminuir os olhares maldosos e críticos a imagem do índio, levando a sociedade a se aprofundar a uma compreensão mais empática, onde levaria ao pensamento que eles apenas estão querendo o que já lhes pertencem originalmente, evidenciando seus direitos previstos na constituição.

A pesquisa presente tem o intuito de fazer com que as pessoas possam ter um olhar mais aberto, empático e de forma mais clara, do porque a demarcação das terras nativas é tão importante, o problema que a demora da homologação das terras causam, e o porquê esse é o ponto inicial de todas as problemáticas sofridas pelos indígenas.

O desrespeito a cultura indígena, ocorre desde a chegada dos colonizadores, sendo continuada por décadas, onde apenas ganham atualizações. O agronegócio, a extração mineral e o desenvolvimento de atividades econômicas não respeitam os direitos dos povos originários, conquistados na Constituição de 1988, onde esses direitos foram reconhecidos, mas não respeitados. As terras indígenas, mesmo homologadas são invadidas, onde os índios sofrem agressões, perseguições, ameaças, abusos de autoridade e até a morte, por estarem em um lugar pertencentes à eles. Em muitos lugares não são protegidos pela autoridade local. O objetivo é ampliar a consciência das pessoas, não deixando esses povos lutarem essa batalha sozinhos.

Portanto quero mostrar que negando a terra, também negam o direito à identidade, à cultura, aos locais onde estão os ancestrais sagrados e a natureza dos seus antepassados. Negando a terra, negam o direito a saúde básica, ao apoio e a seguridade a vida que todos nós temos, negando a terra negam o direito ao cultivo, a plantar, a criar seus próprios alimentos. A terra dos nativos não é somente o pedaço ali onde moram, mas precisam do seu espaço por direito, para assim conseguirem manter sua cultura, recebendo apoio, instalando escolas, postos de saúde, para assim as políticas públicas funcionarem como tem que funcionar.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Evelyn; TOMPOROSKI, Alexandre Assis O Processo histórico-político-constitucional dos direitos indígenas. Disponível em : <file:///C:/Users/marin/Downloads/106950.pdf>. Acesso em 18 de março de 2022;

BRASIL. Constituição (2002). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988;

\_\_\_\_\_. LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973. ESTATUTO DO ÍNDIO;

NETO, Laudelino Pereira . Índio e povo indígena: do conceito à autodeterminação. Disponível em: <https://lpneto.jusbrasil.com.br/artigos/155133578/indio-e-povo-indigena-do-conceito-a-autodeterminacao> Acesso em 19 de março de 2022.

PEREIRA, Meire Rose Santos. Direitos dos povos indígenas/ Tomo Direitos Humanos, Edição 1, Março de 2022 Disponível em : <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/540/edicao-1/direito-dos-povos-indigenas> Acesso em 05 de março 2022.

ROSENO, Renato. Reportagem/ Notícia : Dia do Índio: falta de demarcação de terras causa violência e violação de direitos indígenas Disponível em: <https://www.renatoroseno.com.br/noticias/dia-do-indio-falta-de-demarcacao-de-terras-causa-violencia-e-violacao-de-direitos-indigenas> Acesso em 10 de março 2022.

## A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

**KAYLLON CARNEIRO DE CASTRO:**  
Graduando em Direito pela Faculdade  
Serra do Carmo.

LÍVIA HELENA TONELLA<sup>44</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** A finalidade do presente artigo é de examinar a atuação da mídia na sociedade brasileira contemporânea, no que tange em específico a que desempenha sobre o Tribunal do Júri e o efeito desta à presunção de inocência, preceito segundo qual nenhuma pessoa será considerada culpada até o trânsito em Julgado de sentença penal condenatória, deste modo, foi empregue no presente trabalho a pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental. Além disso com base no referencial teórico usado nesta pesquisa, verificou-se que, apesar da função principal da imprensa consista o de comunicar a população, percebe-se que exista um sensacionalismo colossal para transmitir os fatos, principalmente no que se refere a condutas ilícitas tipificadas com mais altos indices de reprovabilidade. Por fim conclui-se que, é de suma importância se ter uma imprensa liberta de repressões estatais, no qual, esta deverá fazer seu trabalho de forma íntegra e neutra, veiculando as notícias sem expor de maneira abrupta seu ponto de vistar. Dando a devida importância do mesmo modo ao art. 28 da Lei 13.869 de 2019, o qual comina pena as autoridades que ofenda a honra, dignidade e a vida íntima dos querelados por meio de disseminações de informações sem ligação com a prova que se pretenda produzir. Entretanto a despeito de ser um importante passo, não se nota significativas mudanças referente ao sensacionalismo exacerbado dos meios de comunicações, podendo ocorrer a necessidade de que a sanção cominada na legislação (detenção de 1 a 04 anos), seja categoricamente reexaminada com fim de aumentar sua pena, bem como que seja estudados e criados outros mecanismos para que essa norma seja cumprida, ou em contrapartida as arbitrariedades realizadas contra os suspeitos, continuará havendo e estes prosseguirão a ter sua defesa prejudicada, causando assim injustiças a torto e direita.

**Palavras – chave:** Mídia. Tribunal do Júri. Influência. Impacto.

### INTRODUÇÃO

Criada pelo germânico Johannes Gutemberg no Século XV, é possível afirmar que a imprensa foi uma das mais eficientes revoluções da civilização, cumprindo hodiernamente um papel de alto valor na manutenção das estruturas democráticas de um país. Lamentavelmente, no período atingido entre 1964 a 1985, a República Federativa do Brasil vivenciou o período mais crítico da sua história, a ditadura militar, que reprimiu a censura à imprensa.

---

<sup>44</sup>Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil (2021). Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil. E-mail: prof.liviahelena@fasec.edu.br

Graças a Constituição Federal de 1988, popularmente chamada de Constituição Cidadã, marcou historicamente o processo de redemocratização da nação brasileira, além disso trouxe numerosas liberdades e garantias fundamentais. Tratando-se de uma delas a liberdade de imprensa, expressa no art. 220 da CF/88, o qual prevê explicitamente que nenhuma norma ostentará dispositivo que acanhe à plena liberdade de informação jornalística seja qual for o meio de comunicação social.

Embora previsto na Magna Carta de 1988, a liberdade de imprensa tem sido constantemente desvirtuada, com mídias sensacionalistas, na qual possui um certo viés editorial na mídia em massa em que as notícias são mais exageradas para aumentar os números de audiência de leitores. A partir desse ponto, o presente trabalho objetiva de expor o efeito que a imprensa sensacionalista desempenha sobre a sociedade brasileira, no tocante ao Tribunal do Júri, e enfatizar acerca do Princípio da Presunção de inocência e a Liberdade de Imprensa, bem como outras ponderações que se fazem oportunas.

Devido os grandes índices de delitos no Brasil, não são excepcionais os programas do feitiço “policial” na rede aberta de televisão, que, além de transformarem a transgressão penal em um autêntico espetáculo e condenar os suspeitos antecipadamente, alastram o pânico, e a insegurança na sociedade, assim como a repulsa. Com a chegada das redes sociais, este cenário piorou de forma drástica, proliferando o temor e o anseio de vingança com uma presteza ainda maior.

Refere-se de um assunto atual e de ampla relevância, no qual o júri popular possui como natureza a imparcialidade, e a clareza das circunstâncias do caso julgado, que apenas deveriam ser apresentados no momento da audiência de julgamento. Caso os fatos sejam noticiados anteriormente, como é na praxe midiática, pode corromper tais aspectos ao serem afetadas por informações distorcidas advindas dos meios de comunicação. Nessa premissa, casos de grande repercussão por meio da mídia nacional, e que em alguns deles existiu tanta intimidação da sociedade e da imprensa que fora confeccionada novas leis.

O presente Trabalho científico primará pelo uso dos métodos bibliográficos e exegético jurídico, trabalhados por meio da pesquisa documental, explanando o problema mediante a análise das doutrinas já publicadas em forma de livros, códigos, jurisprudências, revistas e sites, que envolva o termo em questão.

O Estudo de pesquisa desenvolveu-se em três capítulos. Primeiramente, com base em doutrinadores que escreveram sobre o tema, na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, será analisado o Tribunal do Júri, abordando a origem e evolução da referida instituição, internacionalmente e nacional, bem como sua função, organização, princípios e os crimes de sua competência.

No capítulo seguinte, serão abordados temas se suma importância para o entendimento do assunto, tais como: a mídia; a liberdade de expressão; de imprensa; de informação; e o direito a privacidade. Logo em diante versar-se-á sobre o princípio da presunção de inocência e a liberdade de imprensa, bem como o modo pelo qual ocorre a colisão entre essas duas garantias constitucionais. Por fim, almejando o tema principal desta pesquisa, o último capítulo explanará

sobre os modos pelos quais a mídia expressa o prejulgamento dos réus, através de seus noticiários ou jornais de grande audiência de caráter parciais e sensacionalistas, disseminando a ideia de medo na população e, além disso, transfundindo o ideal de fazer justiça com as próprias mãos.

## **1. TRIBUNAL DO JURI**

### **1.1 Evolução Histórica do Tribunal do Júri**

O surgimento do tribunal do Juri se deu na Inglaterra por volta de 1215, tempo este em que o Concílio de Latrão, aboliram as Ordálias, conhecidas tal como “juízo de Deus”, em que o acusado era sujeito a uma provação realizada por meio de elementos da natureza, e a intervenção divina provaria sua inocência ou não. Desta feita, o Tribunal do Povo nasce, no qual deixou suas marcas na história do direito inglês e o seu povo, tanto pelo misticismo quanto pelos resultados alcançados por estas práticas, que, à época, era bem diferente dos outros países do “velhos Mundo”, especialmente na Alemanha, França, e Itália, onde o instituto do júri não obteve o êxito almejado, sendo sucedido por outros órgãos.

Devido a demanda de julgar os fatos ilícitos cometidos por bruxarias ou por índole místico, neste momento contava com a participação de 12 homens do povo daquela sociedade que teriam a “consciência pura” e se consideravam donos da verdade divina para examinar o crime e aplicar a respectiva punição. A partir de sua criação, o caráter religioso imposto ao Júri, a estimar pelo número de jurados, que eram 12, ao que indica era para fazer referência aos apóstolos de Jesus, tornando-se um papel que então época era reservado exclusivamente a Deus. Das crenças então existentes, nasceu a instituição dos “Júri”, que se estabeleceu entre todas as instituições de nosso ordenamento jurídico, como a instituição democrática de aplicação dogmática.

Em relação ao Brasil, é importante notar que, assim como o direito constitucional que se baseia nos ideais da Revolução Francesa, a instituição dos júris também se espelhou no direito francês. Além disso, com a proteção dos juízes do antigo regime, que são de origem aristocrática, a França adotou o modelo de tribunal popular da Inglaterra, assim que a instituição criminal foi percebida no ano seguinte à revolução.

No entanto, o Júri como instituição jurídica surgiu da iniciativa do Senado da Câmara do Rio de Janeiro, que apresentou ao Príncipe Regente D. Pedro I a proposta de criação de um “Tribunal do Júri”. Foi criado por ele em 18 de junho de 1822, pouco antes da declaração de independência e por decreto imperial, os chamados “Juizes de Fato”, compostos por 24 juízes, todos homens considerados bons, honestos, inteligentes e patriotas.

Ao contrário do que se poderia imaginar, formou-se no Brasil um júri não para julgar crimes graves contra a vida, mas para julgar crimes na imprensa, cabendo sua decisão ao indulto régio, ficando a nomeação desses juízes sob responsabilidade do Corregedor e dos Comissários de Justiça.

De acordo com a Eliza Thaís Schaeffer

Os réus poderiam destes vinte e quatro recusar dezesseis; os oito restantes seriam suficientes para compor o conselho de julgamento, acomodando-se sempre às formas mais liberais e admitindo-se o réu à justa defesa (apud Mossin, 2009, p.172).

O primeiro julgamento com júri no Brasil ocorreu em 29 de julho de 1822, quando João Soares Lisboa, editor do Boletim do Rio de Janeiro, foi acusado de "lesão corporal gravíssima" por pedir uma convenção constitucional. Contra a vontade do Império, ele foi absolvido por um júri popular..

Em 25 de março de 1824, o Júri de Crise Constitucional brasileiro recebeu status constitucional e passou a fazer parte do Poder Judiciário, que pela primeira vez tinha o poder de julgar processos civis e criminais nos termos do artigo 151 da Constituição do Império, entre eles, juízes e jurados participarão de processos civis e criminais de acordo com as disposições do código.

A Constituição de 1824 foi simbólica em termos de documentos, além de trazer a independência exclusiva da separação de poderes e a autonomia de distribuição do judiciário. Com base nesse pressuposto, o imperador D. Pedro I concedeu independência judicial ao judiciário, mencionando que os jurados eventualmente criados não passavam de juízes de fato. Assim começou o sistema do júri popular no Brasil, passando por diversas mudanças ao longo dos anos, até que em 5 de outubro de 1988, atingiu seu modelo atual, a chamada Constituição Cidadã, em seu artigo 5º Inc.XXXVIII. Determina que:

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:

[...].

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra

a vida;

[...].

Como podem ver, durante o registo do júri no artigo 5.º do CF/88, ficou claro que a Assembleia Constituinte pretendeu instituir a referida instituição como cidadão autônomo. Além disso, a atual Constituição restaurou os julgamentos soberanos e limitou a competência da Corte para deliberar crimes contra a vida.

Portanto, vemos que há uma preocupação de que a justiça seja dirigida pela própria sociedade, não apenas segundo as normas jurídicas, mas também segundo sua própria consciência.

## **1.2 PRINCÍPIOS DO TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Preliminarmente, a palavra princípio tem origem do latim principium, que significa "origem", "causa próxima", ou "início". No entanto, para esse trabalho e de acordo com Nucci (2012) a palavra princípio nos dá a ideia da origem de algo em determinado momento ou, como a causa primária ou o elemento predominante na constituição de um todo orgânico. Na nossa Magna Carta de 1988, traz no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, na qual em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, há o reconhecimento da instituição do júri e seus princípios, sendo considerado uma Cláusula Pétrea, conforme disposto na Tabela 1.

O Tribunal do Júri é considerado um órgão jurisdicional de primeiro grau da Justiça Comum Estadual ou Federal, sendo considerado uma das instituições mais justas e democráticas do nosso ordenamento jurídico. Todavia, ao analisar a obra "Justiça como Equidade" de 1972 do autor John Rawls, ele apresenta dois princípios da justiça, sendo o 1º) cada pessoa tem o mesmo direito de liberdades iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; 2º) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade, dando oportunidades a todos, em segundo lugar, beneficiar ao máximo os menos favorecidos da sociedade. Nessa senta, para que se tenhamos uma sociedade mais justa e democrática é necessário seguir os Princípios propostos por John Rawls, os Princípios da Igualdade e da Diferença. O Princípio da igualdade está estabelecido no artigo 5º, c da CF/88. Já o Princípio da Diferença diz respeito ao que já foi dito por Aristóteles na Grécia Antiga, a dar um favorecimento aos menos favorecidos, uma vez que, deve-se tratar os iguais na medida de suas igualdades e os desiguais na medida de sua desigualdade.

No entanto, muito tem sido discutido e criticado a falta de aplicabilidade de tais princípios, especialmente por não serem considerados princípios absolutos. Como exemplo temos o princípio da soberania dos veredictos, em que permite que o Conselho de Sentença seja anulada pelo Tribunal Federal ou Estadual, quando for identificado que os votos dos jurados foram contrários às provas dos autos, sendo o réu submetido a novo julgamento (TÁVORA; ARAÚJO, 2016).

Mais ainda, temos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado um Princípio supremo. Haja vista que, o Tribunal do Juri é considerada a única instituição que permite qualquer



cidadão tomar parte nos assuntos de um dos Poderes da República, no caso o Judiciário. No entanto, conforme tem sido discutido nesse trabalho, a influência da mídia na parcialidade desses jurados, e com isso temos a violação de tal princípio.

Tabela 1: Princípios Constitucionais explícitos que abarca o Tribunal do Juri

Princípio	Conceito	Previsão Constitucional
Plenitude de Defesa	O princípio da plenitude de defesa é aquele atribuído ao acusado de crime doloso contra a vida, no Plenário do Júri. a principal característica de uma defesa adequada é que o acusado realmente tenha uma defesa suficiente.	Art 5º, XXXVIII da CF/88
Sigilo das votações	A garantia constitucional do sigilo do voto significa que nenhum jurado pode revelar a essência de seu voto. Este princípio garante a livre expressão das ideias dos jurados, que exercem conscientemente suas funções na obtenção de seus veredictos, livres de qualquer influência externa.	Art. 5º, XXXVIII, b, CF/88
Soberania dos Veredictos	Proferida a decisão final pelo Tribunal do Júri, não há possibilidade de ser alterada pelo tribunal togado, quanto ao mérito. mesmas condições, venha exercê-lo, e, conseqüentemente, a torná-los ilegíveis nos termos da LC número 64/90 artigo I d. Este efeito produzindo a sentença passada em julgado, ainda que silencie a respeito.	Art. 5.º, XXXVIII, c, da C F/88
Competência para julgar crimes contra a vida	Os jurados têm poderes mínimos. Julgar os crimes dolosos contra a vida	Art 5º "d" da CF/88 XXXIII
Presunção de inocência	É uma garantia processual de que o réu não será submetido indevidamente às penas prescritas pelo ordenamento	Art. 5º, inciso LVII da CF/88

jurídico, garantindo assim um julgamento mais justo.

Após a devida consideração dos princípios que regem o júri e das duas garantias processuais mais relevantes para o trabalho proposto, é fácil perceber que a relevância para a defesa do réu é, de fato, arrebatadora. E justamente para isso, como mencionado acima, a Constituição Federal vigente elegeu os tribunais acima como garantias autônomas sem a possibilidade de extingui-los da CF.

## **2. A MÍDIA NA ATUAL ORDEM SOCIAL BRASILEIRA**

Por fim, como todas as grandes invenções, o advento da mídia trouxe coisas boas e ruins para o mundo, principalmente quando se trata da Internet (especialmente das redes sociais). Mas apesar de todo conhecimento ser adquirido com muito mais rapidez e facilidade, na medida em que a sociedade participa dos acontecimentos, acompanha-os de forma cuidadosa, espalha as chamadas fake news com a mesma facilidade e rapidez, destila o ódio.

Quanto aos crimes dolosos contra a vida destinados à sociedade imediata, é verídico que a maior parte da responsabilidade é atribuída a artigos sensacionalistas, que se espalham sobretudo na televisão e nas redes sociais e ocasionam tumultos na população pelos detalhes, valor julgamentos e exageros com que são apresentados.

Nessa intenção, parece que no Brasil, o desenvolvimento de crimes dá audiência, converte os apresentadores midiáticos em, delegados, promotores e juízes em celebridades e, notadamente, a mídia, ao propagar os grandes crimes, não apenas informa, mas segundo aos seus olhos, julga e sentencia e, a partir desse momento, o que era apenas digital torna-se físico, a população percebe a dor eo sofrimento das partes envolvidas, tornando-se juízes e júris antes mesmo do processo e dando-lhes o veredicto final.

Além disso, nessa acepção, o autor Fernando Mirault (2020, p. 3), mostra que no processo de comercialização de eventos e notícias, os meios de comunicação entram em posturas de influência, derrubando governos, incitando guerras e alimentando a sociedade com os mais diversos dados em tempo real no mundo em seus veículos, sem mensurar seus efeitos na sociedade.

Assim podemos ver um grande poder influências e até conversão de uma ordem social. Um único retrato de uma criança síria assassinada em uma praia na Turquia foi decisivo para desencadear um debate sobre a crueldade da crise migratória, inclusive apontando alguns meios de comunicação que o acontecimento pode ser um ponto de virada na política europeia em relação aos imigrantes. Da mesma forma, muitos outros incidentes de mídia ocasionaram controvérsias e mudanças que impulsionaram de forma positiva em todo o mundo.

No entanto, o contrário também acontece. Enquanto ocorrências como a do menino sírio conscientizam a sociedade sobre um problema global e trazem mudanças positivas, com pessoas

se unificando e tendo simpatia por seus semelhantes, o mesmo não pode ser dito para as criminalidades expostas pela massa midiática. Afinal, estes são conhecidos por sua crueldade. Sendo que quanto mais for cruel e desumano, mais visibilidade esse acontecimento irá possuir.

Os cidadãos então, passam a solicitar ações do judiciário para combater a criminalidade. Fica claro, com isso, que os meios de comunicação influenciam não só a sociedade mas também o processo de investigação e até mesmo o julgamento perante o Tribunal do Júri, demonstrando assim que tem o poder de incriminar, julgar e sentenciar qualquer indivíduo, levando em conta a situação econômica, os interesses sociais e políticos, designando princípios e desequilibrando a Justiça (MIRAULT, 2020).

## **2.1. LIBERDADE DE IMPRENSA VS HIPÓTESE DE INOCÊNCIA**

Considerando os principais pontos sobre os meios de comunicação na atualidade da sociedade brasileira, é necessário discutir a liberdade de imprensa em comparação ao Princípio da Presunção de Inocência. No entanto, antes de imergir neste assunto, deixe-me explicar como esse meio surgiu.

A história mostra que as mídias se originaram no período das pedras (Paleolítico e Neolítico), onde eram postas para criar incisões e figuras rupestres (expressões artísticas pré-históricas, gravuras rupestres e figuras como paredes e etc.), sendo que até onde sabemos, talvez as origens do alfabeto tenham iniciado a explicar a diferença entre as estéticas artísticas e as de natureza comunicativa (MIRAULT, 2020).

No século 15, em 1430, a imprensa foi formulada pelo alemão Johannes Gutenberg, e se tornou uma das maiores revoluções da modernidade. No Brasil, por sua vez, iniciou-se em 1808 com a chegada da família real portuguesa, mas vale citar que naquela época apenas o prognóstico de sua liberdade no art. 220 da atual Constituição, que dispõe deliberadamente que:

No que se refere aos crimes premeditados contra a vida, para a sociedade em questão, parte considerável da culpa recai principalmente sobre matérias sensacionalistas veiculadas na televisão e nas redes sociais, e a revolta pública evoca detalhes e juízos de valor, é um fato, e os exageros com que são apresentados.

Nesse sentido, no Brasil, a exploração do crime cria audiência, faz com que as celebridades dos meios de comunicação sejam apresentadores, representantes, promotores e juízes, e o mais importante, ao relatar crimes graves, a mídia é a fonte da informação. Julgam, a partir daí, o que era apenas digital tornou-se físico, o público sentiu a dor e o sofrimento dos envolvidos, e o final antes do julgamento. Seguindo em concordância com:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística

Neste artigo, destaca-se o parágrafo 1º, que estabelece que nenhuma lei subordinará qualquer mecanismo que impeça a plena independência de informação da imprensa em todos os meios de comunicação. A importância desse órgão para uma sociedade democrática não pode ser negada, principalmente para um país que enfrentou ditadura e censura militar, pressupondo assim um maior simbolismo de liberdade e democracia após esse período.

Ruy Barbosa destacou que a mídia é “vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam [...]. Sem vista mal se vive” (BARBOSA, 2018, p. 12).

No entanto, embora demasiado importante, é preciso firmar com o sensacionalismo que a mídia faz para os crimes mais violentos e de alto perfil. Como manifestado antes, o drama do crime se transforma em um show de terror, elevado ao máximo, com verdadeira caça às bruxas para encontrar o suposto culpado. Claro, o suspeito será automaticamente colocado como culpado antes mesmo do início do julgamento mesmo com a presunção de inocência, em que ninguém é julgado culpado antes do veredicto final em um caso criminal.

Portanto, há um conflito óbvio entre os princípios, ou seja, liberdade de imprensa versus presunção de inocência. O que realizar nesta ocorrência? Afinal, por um lado, há a garantia do suspeito de que não será previsto culpado até que subsista trânsito em julgado da condenação criminal, mas, por outro, é possível aperceber-se que esse princípio não é guardado pela mídia que contam com a liberdade de imprensa para fazer histórias sensacionalistas e fomentar o ódio cego em uma população enfurecida para encontrar um culpado.

Mirault fala que:

a mídia alcança o poder mediante a construção da opinião pública, apresentando sua própria verdade. Não existe um contradiscurso, uma forma ativa de inconformidade com as informações divulgadas, e por este fato, torna-se impossível qualquer medida de combate às verdades apresentadas pela mídia (MIRAULT, 2020, p. 62).

Além disso, o dito autor segue argumentando que o comportamento da sociedade é influenciado pela mídia e seu modo de pensar é incorporado sem questionamentos, e que essa informação é considerada verdade absoluta (MIRAULT, 2020). Essa posição é cabalmente danosa à

população pois vai muito além da mera informação, impossibilita que indivíduos imersos em uma grande magnitude de informações questionem a autenticidade do que é transmitido.

Também deve-se ter em mente que artigos escandalizadores interessam à população e geram audiência. Neste sentido, foi criado o programa "polícia", que visa não só a informar sobre os crimes cometidos, mas também divertir o público. Afinal, quem assiste a um programa de TV em um dia tranquilo sem grandes eventos? Para preservar o público a mídia precisa de grandes eventos, e nada chama mais atenção do que um crime chocante que aconteceu no país.

A partir daí tudo se formou, criou-se uma "indústria do horror que se nutre da cultura do medo e mantém o pânico: programas de "combate ao crime que trazem incessantemente crimes terríveis, repletos de conversões se possível, contados teatralmente com grande detalhe e exagero, em uma maneira que parece ser muito mais costumeiro do que realmente é. Isso, é claro, causou excitação na população assustando que isso pudesse acontecer com eles ou seus entes queridos, e ao mesmo tempo despertou o anseio de represália.

O fato de uma parte da imprensa declarar que apenas relata o fato e não fabrica não a faz menos neutra. Além disso, há quem acredite que essa neutralidade da mídia não passa de um mito ou no máximo um ideal. Diante desse cenário, como podemos esperar a aplicação do princípio da Presunção de Inocência?

### **3. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS JULGAMENTOS**

Conforme referido anteriormente, o Tribunal do Júri é constituído por membros da própria sociedade que assumem a função de juiz para decidir sobre a condenação ou absolvição do arguido. Essa posição ganha tanto mais peso quanto sua capacidade de julgar crimes dolosos contra a vida, o que, teoricamente, demanda-se uma maior obrigação para que não seja cometida uma injustiça.

O que chama a atenção, porém, é que por trás da função que exercem ainda estão pessoas propensas a enganos em sua maioria sem conhecimento jurídico. Devido a este preconceito e opiniões podem ser levadas ao tribunal, mesmo que a justiça seja esperada. E a mídia, por sua vez, desempenha um papel fundamental nesta ocorrência.

No ponto de vista de uma ideia da extensão e poder da mídia em afetar as pessoas, tomamos como exemplo para esse controle os crimes, principalmente assassinatos de alto impacto. É fácil aperceber-se que assim que ocorre um crime violento ou chocante no Brasil, a mídia sem delonga começa a cobrir o assunto e novas informações chegam a cada dia. Antes que o possível suspeito seja oficialmente acusado, surgem "provas" a todo momento, testemunhos de conhecidos, análise de leituras corporais, pesquisas em redes sociais. O suspeito que foi condenado por um país inteiro perante o júri, só tem uma coisa a fazer: tem que ir à mídia para se proteger.

Muitas vezes, além de não ser bem sucedido em se proteger, se culpa ainda mais. Como todos o estudam cuidadosamente, não é incomum cair em contradição ou negá-lo de qualquer fonte. Conseqüentemente, não é surpresa que toda essa cobertura da mídia tenha levado as pessoas a acreditarem, sem dúvida, que estão enfrentando o verdadeiro culpado.

Lamentavelmente, isso também pode ter jurados que são expostos a dados antes do início do julgamento.

E que essa posição não se restringe aos jurados, como bem afirma Mirault:

Um julgamento com cobertura midiática pode estar viciado desde o início, haja vista que hoje a mídia nefastamente penetra em qualquer lugar, atingindo as pessoas de forma muito forte. Desta forma, desde a ocorrência da ação criminosa e a consequente repercussão pela mídia, o processo investigativo fica viciado, pois a mídia, já no início, influencia policiais e peritos de forma a realizarem seu trabalho com um conceito pré-formado. Não obstante isto, a cobertura do crime pela mídia coloca frente a frente o delegado de polícia e a opinião pública, de forma a contribuir para que toda a investigação seja prejudicada por pressão da imprensa e da sociedade, apressando o inquérito, trazendo danos irreparáveis à persecução criminal e posteriormente ao julgamento (MIRAULT, 2020, p. 74).

Assim, é fácil compreender o poder da mídia de influenciar não apenas o júri, mas também de todas as partes envolvidas, pactuando todo o processo investigativo até o momento do julgamento. O motivo é claro: em busca de espectadores, a mídia, junto com a sociedade pressiona os delegados, advogados, especialistas, policiais e todos que julgarem necessário. Por sua vez, eles se sentem encurralados e acabam se rendendo porque já têm uma ideia e acabam fazendo seu trabalho de uma forma que as pessoas aprovelem.

Como argumenta Mirault (2020) o processo torna-se falho e acaba levando a danos irreparáveis à aplicação da lei. Nesse caso, pode-se perguntar em que situação o réu corre o risco de uma defesa corrompida. Não importa o quanto seu advogado tente, o dano já foi feito, o público e o júri já estão contra ele. Em suma, o princípio máximo do julgamento do júri, o equilíbrio entre denúncia e defesa, é inviabilizado pela interpretação da mídia

### **3.1. RELAÇÃO ENTRE A MÍDIA E A (IM) PARCIALIDADE DOS JURADOS**

O Código de Processo Penal determina que o Conselho de Sentença permaneça incomunicável para evitar qualquer possibilidade de seus membros serem “corrompidos” por dados externos, isso está previsto no art. 458, § 1º, que afirma que o Conselho só pode ser abordado em deliberação. Uma vez sorteados, os jurados não podem se comunicar uns com os outros ou dar suas opiniões sobre o caso, posto isso o resultado se daria em uma possível multa e exclusão do Conselho.



O referido mecanismo é claro na medida em que o juiz alertará os jurados que, após sorteados, não poderão se comunicar com outros, nem opinar sobre o processo sob pena de desclassificação do Conselho e fiança.

A análise desta tese mostra a importância de manter o júri incomunicável. A violação da intransferibilidade é um dos motivos de ab-rogação da pena e um novo, pois qualquer tipo de influência externa é punível (MIRAULT, 2020, p.76).

Apesar da preocupação em garantir que o Júri retenha o sigilo durante o julgamento, cabe destacar que, no momento da nomeação dos jurados, eles já foram expostos à intensa cobertura midiática e já possuem pleno conhecimento do caso. É muito raro hoje em dia que as pessoas não tenham acesso à informação de forma alguma, seja na televisão na internet ou mesmo em conversas com outras pessoas. Dessa forma, essa condição pode afetar as deliberações do júri, que dificilmente terá a imparcialidade essencial para tanto.

Vale ressaltar que o contrário também aconteceu. Muitos réus de primeira viagem sem precedentes são, em certo sentido, "conservados" pela mídia e, portanto, pela sociedade, o que sem dúvida tem relevância sobre os jurados quando eles deliberam em razão da absolvição ou da condenação. Isso de alguma forma acaba com a neutralidade do Júri.

Vale citar aqui as palavras do próprio Ruy Barbosa. Embora tenha cabido na imprensa um "órgão visual nacional" é um meio pelo qual as pessoas respiram, não pôde parar de notar o seguinte:

Tal a condição do país, onde a publicidade se avariou, e, em vez de ser os olhos, por onde se lhe exerce a visão, ou o cristal, que lhe clareia, é a obscuridade, que se perde, a ruim lente, que lhe turva, ou a droga maligna, que lhe perverte, obstando-lhe a notícia da realidade, ou não lhe deixando senão adulterada, invertida, enganosa (BARBOSA, 2018, p. 12).

As proclamações do autor são bastante atuais, principalmente nesta era digital, muitas vezes destruída por notícias falsas. A mídia é, na verdade, o olhar através do qual um povo vê sua própria época e toda a sua sociedade, por isso deve ser o "cristal que ilumina" e não "a escuridão perdida" como nos dias traspassados. Há tanto sensacionalismo na imprensa que incessantemente anuncia crimes horrendos e acarreta aterrorizando um país inteiro, refém de seu próprio pavor, muitas vezes fora de sintonia com a realidade.

Então emerge a pergunta sobre qual será a posição do réu após o julgamento. Como a sociedade o perceberá diante da suposição de absolvição, ou mesmo após o cumprimento da pena? Ele será admitido ou barrado disso? A verdade é que muitas vezes o simples acontecimento de um indivíduo ser suspeito de um crime já é sentenciado por todos que se deixam influenciar por uma mídia mais preocupada em intensificar a publicidade do que em dizer a verdade.

Por sua vez, o próprio júri também se converte em show, e podemos dizer que é por isso que as pessoas gostam tanto. Como explicado acima, um réu tem direito a uma defesa completa se os advogados utilizarem o fator emocional para influenciar os jurados.

Diante disso, parece pouco impossível reter imparcialidade, especialmente porque os jurados não requerem justificar seus votos, tornando-os mais suscetíveis às influências da mídia, advogados, experiência de vida, preconceitos etc. Se fosse necessária uma justificação, talvez o Conselho se visse obrigado a pensar profundamente sobre a motivação por trás do voto e, de fato, a votar com maior consciência da responsabilidade de sentenciar ou inocentar uma pessoa.

No Brasil, temos alguns casos muito emblemáticos, como: (i) o assassinio do louco do parque, (ii) da atriz Daniela Perez, (iii) Suzane Richthofen, (iv) e da atuação do goleiro Bruno, (v) da família Nardoni, entre muitos outros, foram sentenciados pela mídia sem direito de defesa em público.

Mirault falará:

embora os três crimes supracitados tenham sido realizados de maneira brutal e sejam condutas extremamente reprováveis pela sociedade, merecendo punição severa, não há justificativa para o fato de terem sido tratados de maneira diversa e muito mais rigorosa que os acusados de crimes semelhantes não explorados pela mídia, vez que se está contrariando o princípio da igualdade, garantido constitucionalmente (MIRAULT, 2020, p. 86).

As palavras do autor são realmente muito relevantes, especialmente considerando que esses casos têm sido tratados com muito mais severidade do que outros casos similares não cobertos pela mídia, o que os impedirá de se reerguer e mudar-se em seus caminhos. Então pode-se ver que:

Tais consequências atingem de forma pungente não só no âmbito jurídico, afetar a imparcialidade do julgamento é apenas um de seus efeitos. O suspeito pode se tornar culpado pelo julgamento da população, o que pode vir a prejudicar gravemente sua vida pessoal, fazendo com que recaia sobre ele o estigma de "criminoso", quando nem mesmo foi submetido ao devido processo legal (SANTOS, 2018, p. 53).

De fato, na sociedade atual, a informação especialmente a veiculada pela imprensa é tida como certa pela maioria da população sem a menor consideração crítica, as frases como "se está na televisão deve ser verdade" atuam como refletor sobre o pensamento da maioria que não compreende que o objetivo da reportagem é engajar o público e não procurar a verdade.

As notícias são tratadas como uma mercadoria por corporações que visam obter vantagem. Eles não se importam se agigantaram, se a pessoa é culpada ou inocente, muito menos como o júri vai ver se for para o júri. Eles não se importam se o conselho tem a imparcialidade essencial para resolver se absolve ou condena uma pessoa.

#### **4. A RESPONSABILIDADE DA MÍDIA, A LEI 13.869/19 E A TUTELA DA INTIMIDADE DO OFENDIDO FRENTE AO VAZAMENTO DE INFORMAÇÕES**

Diante do exposto, tendo em vista o papel da mídia na vida das pessoas, a ponto de Ruy Barbosa (2018) considerá-la a "visão da nação e enfatizar que se fosse eliminada ou envenenada, se bloqueasse as vias aéreas de um ser vivo, temos que nos perguntar se há solução para essa questão. Sim, porque sem dúvida é um grande problema que a mídia sensacionalize tragédias a ponto de indignar nacionalmente, e isso afeta não somente os jurados, mas também todos os envolvidos no julgamento comprometendo a defesa dos acusados.

Mas deve-se notar que o enorme protagonismo da mídia na sociedade não é o que está sendo discutido neste artigo. A liberdade de imprensa é fundamental para a república, pois as pessoas têm direito à informação e merecem conhecer os acontecimentos mais importantes, assim como a censura à mídia é proibida.

No entanto, deve-se notar que nenhuma liberdade é perfeita, nem mesmo a da imprensa. Isso, como ensina Santos (2018), requer instrumentos adequados para demarcar os limites do desenvolvimento da imprensa. Como afirma o autor, isso não configura censura à imprensa, mas apenas uma ferramenta necessária para impedir que outros direitos do acusado sejam violados (ARYA, 2018, p. 43).

Além disso, para se ter uma ideia da real função do jornalista e suas atribuições nessa profissão, o art. 6º da codificação de Ética do jornalista Brasileiro, dispõe que:

Art. 6º É dever do jornalista: I - opor-se ao arbítrio, ao autoritarismo e à opressão, bem como defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos Humanos; II - divulgar os fatos e as informações de interesse público; III - lutar pela liberdade de pensamento e de expressão; IV - defender o livre exercício da profissão; V - valorizar, honrar e dignificar a profissão; VI - não colocar em risco a integridade das fontes e dos profissionais com quem trabalha; VII - combater e denunciar todas as formas de corrupção, em especial quando exercidas com o objetivo de controlar a informação; VIII - respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem do cidadão; IX - respeitar o direito autoral e intelectual do jornalista em todas as suas formas; X - defender os princípios constitucionais e legais, base do estado democrático de direito; XI - defender os direitos do cidadão, contribuindo para a promoção das garantias individuais e coletivas, em especial as das crianças,

dos adolescentes, das mulheres, dos idosos, dos negros e das minorias; XII - respeitar as entidades representativas e democráticas da categoria; XIII - denunciar as práticas de assédio moral no trabalho às autoridades e, quando for o caso, à comissão de ética competente; XIV - combater a prática de perseguição ou discriminação por motivos sociais, econômicos, políticos, religiosos, de gênero, raciais, de orientação sexual, condição física ou mental, ou de qualquer outra natureza.

Inicia-se um confronto entre acusação e defesa, em que o vencedor é aquele que tem maior oratória e, portanto, convence o Conselho da condenação.

Destacam-se as questões II e V, nomeadamente a divulgação de factos e informações úteis ao público. E acima de tudo é valorizar, respeitar e prezar a profissão. No entanto, em nenhum momento afirma que há obrigação de revelar acontecimentos e dados de ímpeto público de forma sensacionalista, mas, todavia, divulgá-los. Modificar infrações chocantes em impulsionadores de audiência sem se atentar com as consequências para com o acusado claramente não enobrece a profissão.

Sendo assim, segundo Santos a mídia:

É indispensável que desempenhe seu dever de informar pautado na honestidade, responsabilidade e seriedade. Apenas dessa forma contribuirá positivamente para a formação do pensamento, atendendo aos fins da sociedade, dando forma a uma justiça social livre de interesses privados (SANTOS, 2018, p. 59).

É de importância dos meios de comunicação atuar de forma impecável e neutral para noticiar os acontecimentos com a seriedade exigida pela função e é mais do que evidente. Sem exagerar, sem esquadrinhar uma tragédia, apenas cumprindo a sua responsabilidade de distribuir informações ao povo.

Se o jornalismo continuar como está agora, as injustiças prosseguirão, principalmente no que diz respeito aos ataques intencionais à vida que são da competência do Júri. Não se pode esperar que uma sociedade, que é constantemente induzida com inúmeras ideias midiáticas sobre o crime, possa ignorá-lo e julgar com uma indeclinável neutralidade essencial.

Os policiais, peritos, delegados e juizes também são assediados pela imprensa, por isso é demasiadamente árduo agir contra as informações que são publicadas, dificultando assim o devido processo legal, o que podemos dizer das pessoas usuais na própria sociedade. Há uma forte motivação de revogar a forma atual de fazer jornalismo, não para censurar mas como meio de prevenir novas injustiças.

Mas algumas mudanças são necessárias não apenas na imprensa, mas também na influência que a mídia pratica em todos os setores da sociedade e nos processos judiciais que estão sendo comprometidos.

Além disso, é significativo citar a lei 13.869 de 2019, conhecida como a nova “Lei do Abuso de Poder”. Sua origem foi essencial após repetidas violações das garantias fundamentais mínimas pelas autoridades, o que chamou a atenção dos atores políticos para o vácuo normativo do ordenamento jurídico brasileiro quanto à persecução penal dos atos de abuso de autoridade. E é nesse contexto que nasceu a lei 13.869/2019. Entre os artigos elencados na referida lei está o artigo 28, segundo o qual:

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado.

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Bechara et al fala que:

Cumprir destacar que o dispositivo penal em epígrafe tem por objetivo evitar, a todo modo, uma exposição negativa da pessoa investigada ou processada, especialmente em meios midiáticos. Não se desconhece que em determinados crimes, notadamente de grande relevância e repercussão social, haja um interesse jornalístico evidente em se divulgar detalhes do processo, desbordando-se, por vezes, para uma indesejável perspectiva sensacionalista que contamina o resultado justo. Assim, ao mesmo tempo em que se pretendeu assegurar a liberdade de imprensa e de publicação das informações obtidas [...], objetivou-se criminalizar a conduta daqueles que, tendo acesso aos elementos de informação do processo, acaba por divulgá-los indevidamente, expondo injustificadamente a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado (BECHARA; et al, 2020, p. 315).

Os autores quando falam do art. 28 da nova lei de Abuso de autoridade não seria mais clara. Embora o artigo em questão ou os próprios autores não se limitem unicamente ao júri, a análise realizada sintetiza impecavelmente o que se pretende neste trabalho.

Como chegamos, há uma necessidade real de evitar que a pessoa sob investigação ou acusada seja exposta negativamente pela mídia, porque na verdade se tratava de garantir a liberdade de imprensa e castigar aqueles que pesquisaram injustificadamente a pessoa sob investigação ou do acusado de forma que não prejudique sua honra ou sua imagem, nem sua

privacidade ou suas relações íntimas. Isso era desejado e deveria ser feito para que não houvesse censura à imprensa e a defesa do réu não fosse comprometida.

## 5. CONCLUSÃO

Considerando tudo o que foi exposto e comprovado neste trabalho, o lugar que a mídia ocupa na sociedade torna pouco possível a imparcialidade do Júri, a menos que sejam feitas mudanças. Não estamos falando aqui de modificações radicais que não encontram previsões, apenas que sejam realmente respeitadas, antes de tudo: o Código de Ética do Jornalista Brasileiro, especialmente no que se refere à honra dignidade e valorização da profissão o que não acontece graças a tanto exagero midiático, quando se limitam a relatar os fatos de forma completa e imparcial, sem julgamentos de valor.

Logo em seguida pugno que o art. 28 da lei 13.869 de 2019 seja estritamente resguardado e que a pena, de detenção de 1 a 4 anos, seja aumentada se necessário. Afinal, a importância dessa lei é clara, mas ela é eficaz ou até mesmo suficiente? Porque embora seja um grande avanço, percebe-se que não se observa uma grande mudança no exagero midiático com que se denunciam os crimes, principalmente os cometidos contra a vida. Lamentavelmente, quem sofre nessa condição é o acusado, pois encontra desconfiança, dúvida, repulsa e condenação preventiva da sociedade como um todo.

Diante de todo o país estão, entre outros, os membros que formarão o Conselho de Julgamento: juízes, chefes de polícia, peritos, todos sujeitos à influência e/ou pressão da mídia. É de se lamentar que mesmo após a aceitação da nova lei de Abuso de Poder, dados difamatórios de suspeitos sigam circulando. É justamente por isso que é de suma importância que haja mais inspeção e eficiência para que essa posição disponha a ser alterada para que sejam respeitadas as garantias mínimas do acusado.

Evidentemente, o espaço ocupado pela mídia na vida das pessoas permanecerá o mesmo, portanto, que se dedica a informações que não contenham julgamentos de valor e não causem pavor irracional e revolta naqueles que buscam informações. Ou seja, que seja feito no país um jornalismo diferente, que se concentre na veracidade dos fatos, e não no aumento da audiência.

## REFERÊNCIAS

PINHEIRO, Aline. Justiça aceita cartas psicografadas para absolver réus. Consultor jurídico. 2007. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2007-jul-14/justica\\_aceita\\_cartas\\_psicografadas\\_absolver\\_reus](https://www.conjur.com.br/2007-jul-14/justica_aceita_cartas_psicografadas_absolver_reus)> Acesso em: 21 abr. 2021.

BARBOSA, Ruy. A imprensa e o dever da verdade. Montecristo, 2018. BECHARA, Fábio Ramazzini; et al. Abuso de autoridade. São Paulo: Almedina: 2020.

BONFIM, Edilson Mougnot. No tribunal do júri. crimes emblemáticos grandes julgamentos. 6 E Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.



CAMPOS, Walfredo Cunha. Tribunal do júri teoria e prática. 6 Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERNADES, Cláudio. Invenção da Imprensa. História do mundo. Disponível em: <<https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/invencao-imprensa.htm>> Acesso em: 16 mar. 2021.

FORTUNA, Deborah. Afinal, o que muda com a restrição do foro privilegiado votado pelo STF? Correio braziliense. 2018. Disponível em: <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/05/04/interna\\_politica\\_678229/afinal-o-que-muda-com-a-restricao-do-foro-privilegiado-votado-pelo-stf.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2018/05/04/interna_politica_678229/afinal-o-que-muda-com-a-restricao-do-foro-privilegiado-votado-pelo-stf.shtml)> Acesso em: 25 mai. 2021.

MIRAULT, Fernando. **A Influência da mídia no tribunal do júri. "todo julgamento é imparcial"?**

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri: crimes e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 172.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, SP: Manole, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARENTONI, Roberto. Tribunal do júri. **Portal Educação**. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/tribunal-do-juri/25818>> Acesso em: 16 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RANGEL, Paulo. Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6. Ed., Rev., Atual. e Ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Isabela Rodrigues. A criminologia midiática no tribunal do júri e a preservação dos princípios da presunção da inocência e da imparcialidade. 2018 Orientador: Prof.a Me. Danielle da Rocha Cruz. 64 f. TCC (Graduação) – Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/13738/1/IRS28112018.pdf>> Acesso em: 15 mai. 2021.

VALE, Ionilton Pereira. O Tribunal do júri no direito brasileiro e comparado. Porto Alegre: Editora SaFe, 2014.

## OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

**CAROLINE AUSTREGESILO DE ATHAYDE PESSÔA:**  
advogada formada pela UERJ e pós-graduada pela UCAM

**RESUMO:** O presente trabalho objetiva o estudo, não exaustivo, de alguns dos principais princípios regentes do novo Código de Processo Civil (CPC/15). Será apontado um breve histórico dos princípios, até se chegar a uma visão constitucional-contemporânea sobre sua concepção, em que lhes são conferidos *status* de norma jurídica vinculante, bem como caráter de verdadeiros mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema jurídico. Ainda, será destacada a importância de ter se conferido capítulo próprio para a previsão dos princípios processuais quando da edição do CPC/15, bem como será feita a abordagem dos principais princípios em espécie.

Palavras-Chave: Visão contemporânea dos princípios. Os princípios processuais de acordo com o CPC/15. Princípios em espécie. Processo civil colaborativo.

**ABSTRACT:** The present work aims at the non-exhaustive study of some of the main guiding principles of the new Code of Civil Procedure (CPC/15). It will be a brief history of the principles, until it comes to a constitutional-contemporary view of its conception, in which its are conferred status as binding legal norm, as well as the character of true nuclear and fundamental commandments of a legal system. Furthermore, the importance of having given proper chapter for the prediction of procedural principles during the edition of cpc/15 will be highlighted, as well as the approach of the main principles in kind.

Key words: Contemporary view of principles. The procedural principles in accordance with cpc/15. Principles in kind.

**SUMÁRIO:** Sumário: 1- Introdução. 2 - A concepção contemporânea de princípios jurídicos e a constitucionalização do Direito Civil. 3- A inovação trazida pelo CPC/15. 4 - Princípios em espécie. 5 - Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, será apontado um breve histórico dos princípios, até se chegar a uma visão constitucional-contemporânea sobre sua concepção, em que lhes são conferidos *status* de norma jurídica vinculante, bem como caráter de verdadeiros mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema jurídico. Nesse contexto, destaca-se a importância do CPC/15 ao conferir aos princípios processuais capítulo próprio. Ainda, serão abordados os principais princípios em espécie e suas implicações na prática forense.

### 2. A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

De acordo com o entendimento contemporâneo majoritário, os princípios são considerados normas jurídicas que refletem valores aceitos e incorporados em determinada sociedade ao longo do tempo. Nesse sentido, os princípios jurídicos são valores erigidos à categoria de norma jurídica pelo legislador, que servem de fundamento para o ordenamento jurídico e atuam como vetores para a aplicação das demais normas.

Diante do atual contexto interpretativo-constitucional, os princípios jurídicos alcançaram o reconhecimento de elevado grau de juridicidade, de modo que deixaram de desempenhar papel meramente secundário para exercerem papel de protagonismo dentro do ordenamento – sendo a eles atribuído verdadeiro *status* de norma jurídica, por possuírem positividade e vinculatividade.

De tal sorte, os princípios jurídicos são mandamentos nucleares e fundamentais de um sistema jurídico, atuando como verdadeira base de todo o ordenamento e irradiando comandos que influenciam na composição e aplicação de outras normas jurídicas.

Ressalte-se que nem sempre os princípios foram considerados como normas jurídicas. Em verdade, os princípios só alcançaram a hegemonia axiológica-normativa com o advento do pós-positivismo, no final do século XX, após uma nova concepção, perpassadas as Escolas do jusnaturalismo e o juspositivismo.

Na fase jusnaturalista, cujo advento se deu no século XVI, os princípios possuíam papel meramente informativo, valorando como certo ou errado, mas sem qualquer papel normativo. Os princípios jurídicos eram alocados em uma esfera metafísica e abstrata, em que eram vistos como inspiradores de um ideal de justiça, cuja eficácia não passava da dimensão ético-valorativa do Direito.

Já em meados do século XIX, com o advento do Estado Liberal, diversos preceitos jusnaturalistas passaram a ser incorporados ao texto escrito. Foi, então, que com a promulgação de diversos Códigos, o Direito racional foi transposto para estes, de modo que passou a se considerar o recurso a princípios, ou a qualquer outra norma extrínseca ao direito positivo, como ilegítimo.

Observava-se o surgimento do juspositivismo ou Positivismo Jurídico, em que se buscava a criação de uma Ciência jurídica, com objetividade científica, e com a separação entre Direito e Moral.

Diante de tal contexto, os princípios possuíam papel meramente subsidiário, sendo utilizados apenas como forma de suprir lacunas, ante a possibilidade de destruição do dogma da completude do então sistema normativo. Assim, sem que lhes fossem atribuídos força normativa, serviam, meramente, para suprir vácuos normativos que as leis não conseguissem fazê-lo.

Ocorre que o juspositivismo acabou por legitimar, ainda que de modo camuflado, uma série de autoritarismos que conduziram a verdadeiras barbáries em nome da lei. De tal sorte, ao final da

II Guerra Mundial, a concepção de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, não era mais aceita<sup>45</sup>.

Assim, diante de um contexto em que o homem começou a perceber que a lei nem sempre é legítima e correspondente à vontade social, a sua observância fria começou a sofrer severas críticas.

Observava-se, então, a queda do positivismo jurídico e o nascimento do pós-positivismo. Diante do novo cenário, em que pensadores como Ronald Dworkin ganharam força, passou a ser atribuída não apenas importâncias às leis, mas também aos princípios.

Foi, então, que os princípios passaram a ser vistos como espécie de norma, deixando de possuir a função meramente integratória e adquirindo *status* de norma jurídica vinculante.

Assim, a valorização dos princípios, sua incorporação (explícita ou implícita) por textos constitucionais, bem como o reconhecimento de sua normatividade, são, justamente, o reflexo entre a reaproximação do Direito e da Ética <sup>46</sup>.

No âmbito do Processo Civil, da mesma forma, os princípios assumem papel importante na aplicação e interpretação das normas, mormente em se considerando a chamada “Constitucionalização do Direito Civil”.

Tal fenômeno pode ser conceituado como a atribuição de uma roupagem constitucional às normas infraconstitucionais, ou seja, fala-se em uma junção dos fundamentos constitucionais nas próprias relações jurídicas civis.

Verifica-se, então, que com o advento do Código de Processo Civil de 2015 houve uma verdadeira exaltação às normas principiológicas exaradas na Constituição Federal – fenômeno este que já havia ocorrido quando da edição do Código Civil de 2002.

Pode-se concluir que os princípios gerais do processo civil assegurados pela Carta Republicana são de necessária observação quanto à aplicação e interpretação das normas processuais.

Nesse diapasão, lê-se no art. 1º do Código de Processo Civil: *“O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”*

---

<sup>45</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003. p. 107. (conforme citado por Leonardo Tovar, em *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*, disponível em < <https://jus.com.br/artigos/55291/introducao-ao-direito-de-execucao-penal-e-seus-principios/1>>).

<sup>46</sup> Op. cit. p. 108 (conforme citado por Leonardo Tovar, em *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*, disponível em < <https://jus.com.br/artigos/55291/introducao-ao-direito-de-execucao-penal-e-seus-principios/1>>).

Assim, o que se conclui é que as normas de Processo Civil são orientadas pelo Texto Constitucional. Portanto, não é suficiente que uma regra seja elaborada em obediência aos comandos constitucionais, mas a concretização da norma também deve observar o comando da Lei Maior.

### **3. A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO CPC/15**

Com a vigência do novo CPC, ganharam importância por estarem previstos em capítulo próprio: CAPÍTULO I- DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL, no qual se encontram diversos princípios que norteiam a aplicação das regras processuais.

Fica expressa a necessidade de que o novo texto seja ordenado, disciplinado e interpretado em de acordo com o modelo constitucional, ou seja, as disposições do novo CPC devem ser interpretadas à luz da Constituição.

Ressalte-se que, em que pese a previsão legal, os princípios elencados neste capítulo não se esgotam, pois há princípios constitucionais que não se encontram descritos no diploma processual e há outras normas fundamentais esparsas pelo novo CPC. Assim sendo, esse rol de normas fundamentais não é exaustivo.

Assim, quanto à estrutura, cabe frisar que o código passou a contar com uma inédita Parte Geral, dedicada ao regramento de assuntos que terão aplicação a todos os demais livros integrantes da Parte Especial, dedicados ao processo de conhecimento e cumprimento de sentença, ao processo de execução e, aos recursos e demais meios de impugnação de decisões judiciais.

## **4. - PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE**

### **4.1. Princípio dispositivo ou da inércia jurisdicional e do impulso oficial**

“Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

O princípio da inércia jurisdicional prevê que para que ocorra o início da marcha processual é imprescindível, em regra, a provocação do Estado, a fim de que este, substituindo a atuação dos interessados, possa dar o provimento jurisdicional quanto ao direito material que lhe é apresentado.

Desdobramento importante são os limites deste provimento. Isto porque o juiz deve se ater ao que lhe foi pedido, de modo que é vedado conhecer de matéria estranha aos autos (decisão extra, citra e ultra petita).

Em relação às exceções, isto é, à atuação de ofício, o NCPC as restringiu a algumas hipóteses, tais como a arrecadação judicial dos bens vagos (art. 738) e da herança jacente (art. 744). Não há mais previsão de o inventário ser instaurado por determinação judicial (art. 989, CPC/ 73). Ainda, outra importante possibilidade de atuação de ofício do juiz é no procedimento de restauração de autos, com previsão no art. 712.

Por sua vez, o princípio do impulso oficial prevê que, depois de ajuizada a demanda, cabe ao juiz determinar a realização dos atos processuais necessários. Ou seja, cabe ao magistrado zelar pelas garantias, tendo em vista a necessidade de observância do devido processo legal.

Frise-se que, em relação a este último, o mesmo ainda pode ser limitado por acordo entre as partes (princípio do auto regramento da vontade das partes). Tal fato pode ocorrer, a título de ilustração, pela chamada “calendarização dos atos processuais”. Está, pois, intrinsecamente relacionado com uma das maiores novidades trazidas pelo CPC/15, qual seja o chamado “negócio jurídico processual”, com previsão no art. 190, CPC/15.

#### **4.2. Inafastabilidade do Poder Judiciário**

“Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. ”

O art.3º reproduz a garantia constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da CF. Assim, acordo entre as partes não pode vedar o acesso ao Judiciário, sob pena de nulidade.

Todavia, em que pese reafirmar o direito ao amplo e irrestrito acesso ao Judiciário, o dispositivo estimula outras formas de solução de conflitos em seus parágrafos.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, **defensores públicos** e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O CPC/15 inova ao estimular que haja a solução consensual dos conflitos por outros meios, sem que haja a interferência do Estado-Juiz, entendendo, assim, que há hipóteses em que os mecanismos consensuais são mais eficazes para a contenda do que o provimento jurisdicional.

Nesse aspecto, o § 2º traduz o princípio de promoção pelo Estado da solução por auto composição, afirmando que o Estado deve atuar no sentido de promover que as partes resolvam os seus conflitos consensualmente. Por seu turno, o §3º também impõe este dever no **tramite processual em relação a todos os sujeitos processuais**.

#### **4.3. Princípios da economia e eficiência processual / duração razoável do processo/primazia da decisão de mérito**

“Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. ”



O princípio da duração razoável do processo tem por objetivo combater a excessiva demora do curso processual, sem se descuidar da observância dos atos obrigatórios, e reflete a previsão da EC 45/04, que incluiu o inciso LXXVIII no art.5º da CF/88 e acrescentou a alínea "e" ao inciso II do artigo 93 da CF/88.

Importante ressaltar que, não necessariamente, o processo tem de ser célere, mas tem que demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso. O que se pretende com tal comando é impedir dilações processuais indevidas (de acordo com o caso concreto).

Por seu turno, a duração razoável se desdobra na eficiência e efetividade. Assim, no tempo razoável para a realização dos atos necessários o provimento jurisdicional deve cumprir seu fim.

O princípio da eficiência é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal. Ele resulta, ainda, da incidência do art.37, caput, da CF/88.

Já o princípio da efetividade determina que os direitos devem ser reconhecidos e efetivados. Assim, o princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, isto é, a concretização do direito na esfera do jurisdicionado.

Já o princípio da primazia da solução do mérito significa que a solução de mérito (art. 487) é prioritária em relação à solução que não é de mérito (art. 485).

Nesse ponto, tem-se que se faz necessária a leitura conjunta do art. 4º do CPC com o art. 139, IX, do mesmo diploma normativo:

"Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; "

#### **4.4 Princípio da boa-fé**

"Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. "

A boa fé objetiva se torna uma das bases do novo CPC e é um dever de todos que participam do processo. Assim, todos os sujeitos devem atuar de acordo com um padrão ético de conduta.

Portanto, o princípio da boa-fé no CPC/15 é entendido como comportamento base para qualquer participante no contexto do processo, a fim de depositar, desde o primeiro momento, confiança aos demais e revelar, como consequência à sua boa-fé, sua lealdade, razoabilidade, estabilidade, eticidade e segurança para com o processo e seus integrantes.

Nesse aspecto, faz-se mister destacar que o CPC/15, ao tratar da boa-fé, faz referência à boa-fé objetiva, e não subjetiva.

A boa-fé subjetiva consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que pratica determinado ato, sem ter ciência do vício que a inquina. Por seu turno, a boa-fé objetiva tem natureza de princípio jurídico extraído de uma cláusula geral. Trata-se de uma norma de comportamento, de fundo ético, juridicamente exigível e independente de qualquer questionamento em torno da presença de boa ou de má intenção.

Desta feita, o objetivo do CPC/15 ao inserir a boa-fé objetiva foi consignar que, independentemente da boa intenção do agente, não importa tal fato é irrelevante se o mesmo trair a confiança ou frustrar a legítima expectativa de terceiro. O que se verifica, a bem da verdade, é que se a sua atitude não refletir o que é razoavelmente esperado naquele momento, conforme a conjuntura e circunstância aplicáveis, o agente terá atuado com violação ao princípio da boa-fé objetiva.

#### **4.5. Princípio da cooperação**

“Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Pode-se afirmar que tal princípio é formado a partir do conjunto dos seguintes princípios: devido processo legal, boa-fé processual e contraditório.

Tem por fim definir o modo como o processo civil deve estruturar-se, devendo a condução do processo ser guiada por um constante diálogo entre o juiz e as partes. Entretanto, deve haver lealdade (princípio da boa-fé), isto é, deveres objetivos de não atrapalhar. Ou seja, há deveres de não transformar o processo em um ambiente de guerra, hostil.

Nesse ponto, em relação à figura do magistrado, surgem alguns desdobramentos, quais sejam: dever de consulta; dever de prevenção e dever de esclarecimento.

#### **4.6. Princípio da igualdade**

“Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

Em consonância com a clássica lição aristotélica, tratar com igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Contudo, em um ambiente processual, para que isso ocorra não basta o juiz formalmente oferecer oportunidades iguais de defesa e participação para as partes, devendo também oportunizar sua efetiva participação no processo.

O princípio da igualdade está previsto no art. 7º, mas se desdobra em diversas previsões no NCPC e exige a observância de quatro aspectos: Imparcialidade do juiz; Igualdade no acesso à justiça; Igualdade nos momentos em que se reduz as dificuldades do acesso à justiça (por exemplo: a parte poderá sustentar oralmente no STJ via videoconferência, sem ter que ir à Brasília); Dificuldade de comunicação (por exemplo: o novo CPC prevê a utilização da língua brasileira de sinais para pessoas surdas e mudas).

Assim, o que se busca com o CPC/15 é conferir às partes uma igualdade material, e não meramente formal.

#### **4.7. Princípio do contraditório/ vedação a não surpresa**

“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. ”

A Constituição Federal prevê o contraditório no inciso LV o art.5º: *“aos litigantes, em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. ”*

A importância do CPC/15 ter consagrado tal princípio é que o fez de modo a conceber o contraditório no sentido de participação e cooperação efetivas e aptas a contribuir/influenciar para o processo. Assim, passa a garantir às partes o poder de se manifestar sobre qualquer questão que seja relevante.

Nesse diapasão, importante destacar a diferença entre o contraditório formal e o contraditório material, este último almejado pelo CPC/15.

O contraditório formal é a garantia de participação em sua dimensão formal, ou seja, entendimento clássico. É o conteúdo mínimo do princípio e é a garantia de ser ouvido e de participar.

Por seu turno, o contraditório substancial traduz o chamado “poder de influência”. Ou seja, a participação dos sujeitos não é suficiente para que haja a concretização do postulado. É

necessário que, ao dar a palavra às partes, se dê também condições para que possa influenciar a decisão/o modo de pensar do magistrado.

Ademais, importante ressaltar que o próprio Código traz algumas exceções ao contraditório prévio, como se verifica no art. 9º, p. ú (acima transcrito).

No que diz respeito à “vedação a não surpresa” tem-se que é um verdadeiro desdobramento do contraditório substancial, trazendo o dever de consulta, segundo o qual o juiz, em regra, deve ouvir as partes antes de proferir alguma decisão a elas contrária, sob pena de a decisão ser nula.

Já o chamado “princípio da ampla defesa” tem estreita relação com o contraditório no sentido de participação, de cooperação, de colaboração.

Por fim, importante ressaltar que os artigos 7º, parte final (zela pelo efetivo contraditório); 9º, e 10 formam um verdadeiro “núcleo sobre o contraditório”.

#### **4.8. Fins sociais e as exigências do bem comum, proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiências**

“Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. ”

A primeira parte do referido artigo reproduz um artigo da LINDB.

A segunda parte está intrinsecamente relacionada com a “constitucionalização do direito civil”. A Dignidade da pessoa humana passa a ter uma dimensão processual para guiar a interpretação da legislação. Neste sentido, o novo CPC traz uma série de regras tendentes a concretizar a dignidade da pessoa humana.

Já a terceira parte do dispositivo traduz que o magistrado na condução processual não deve se ater apenas à lei, mas a todo conjunto do ordenamento, inclusive a própria Constituição Federal.

#### **4.9. Princípio da Publicidade**

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público. ”

O referido princípio há de ser lido sob dois aspectos: o primeiro trata de uma dimensão interna, em que se busca tutelar as próprias partes contra eventuais juízos arbitrários, dando a publicidade dos atos processuais para elas. Já o segundo, trata da dimensão externa, em que se permitir o controle da opinião pública sobre o exercício da atividade jurisdicional, dando publicidade perante terceiros.

### **5.0. Ordem cronológica**

“Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).”

Tal princípio tem por objetivo materializar o princípio da duração razoável do processo, tendo relação, ainda, com o binômio eficiência e efetividade (a gestão do juiz como administrador do acervo do seu cartório).

Ainda, importante frisar que a lei traz uma observância preferencial, e não obrigatória.

Por fim, o próprio Código ressalta determinadas hipóteses em que não há que se observar essa ordem cronológica preferencial, consoante previsão do § 2º do art. 12., sendo elas:

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada

## 5. CONCLUSÃO

Os princípios jurídicos ganham especial relevância no ordenamento jurídico, a partir da visão pós-postivista. No âmbito da execução penal, igualmente, os princípios norteiam a aplicação das normas e sua violação pode implicar em patente inconstitucionalidade das normas legais. O Novo Código de Processo Civil, mormente face ao fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, conferiu especial relevância aos princípios processuais, atribuindo-lhes capítulo próprio, e tendo como norte os próprios princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TOVAR, Leonardo Zehuri. *O papel dos princípios no ordenamento jurídico*. Publicado em junho de 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico> >. Acesso em: 03/11/2022

TEIXEIRA, Davi Melo, *Constitucionalização do direito civil*. Publicado em fevereiro de 2020. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/79652/constitucionalizacao-do-direito-civil> > Acesso em: 03/11/2022

AIRES, Luana Sávia A., *Dos princípios constitucionais no direito processual civil*. Publicado em 05/01/2022. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/95767/dos-principios-constitucionais-no-direito-processual-civil> > Acesso em: 03/11/2022

*Inovações do Código de Processo Civil de 2015: princípios constitucionais*. Disponível em: < <https://1library.org/article/inova%C3%A7%C3%B5es-do-c%C3%B3digo-de-processo-civil-princ%C3%ADpios-constitucionais.q2go6gey> > Acesso em: 03/11/2022

Código de Processo Civil/ 2015. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) > Acesso em: 03/11/2022

CHIARONI, Natália. *O princípio da boa-fé objetiva no novo Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em : < <https://chiaroninatalia.jusbrasil.com.br/artigos/244257350/o-principio-da-boa-fe-objetiva-no-novo-codigo-de-processo-civil-de-2015> > Acesso em: 03/11/2022



## CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**VITOR VELOSO BARROS E SANTOS:**

Mestrando em Direito Internacional.  
Advogado da União.

**Resumo:** O presente texto busca trazer luz à temática do Direito Internacional na Constituição Federal brasileira de 1988, buscando averiguar seus principais contornos e a presença de elementos característicos desta disciplina. Através do estudo do livro do Professor João Ernesto Christófolo, de título Princípios Constitucionais de Relações Internacionais - Significado, Alcance e Aplicação, se dará mais enfoque na temática dos princípios, para então seguir para os demais pontos de relação entre o direito internacional e as normas constitucionais.

**Palavras-chaves:** Constituição Federal. 1988. Princípios. Relações Internacionais. Direito Internacional. Elementos.

**Abstract:** The present paper seeks to bring light to the theme of International Law in the Brazilian Federal Constitution of 1988, looking to investigate its main outlines and the presence of characteristic elements of this discipline. Through the study of the book by Professor João Ernesto Christófolo, entitled Constitutional Principles of International Relations - Meaning, Scope and Application, more focus will be given to the theme of principles, to then move on to the other points of relationship between international law and constitutional norms.

**Key words:** Constitution. 1988. Principles. International Relations. International Law. Elements.

### I - Introdução

O presente estudo busca analisar os principais contornos do Direito Internacional presentes na Constituição Federal brasileira de 1988, partindo de um enfrentamento preliminar sobre o constitucionalismo contemporâneo e adensamento do direito internacional, passando, posteriormente, a uma digressão dos pontos de internacionalidade em destaque no texto constitucional.

Analisa-se o livro do Professor João Ernesto Christófolo, de título Princípios Constitucionais de Relações Internacionais - Significado, Alcance e Aplicação, publicada pela Editora Del Rey, em que discorre sobre o artigo 4º da Constituição Federal, onde se enumeram os princípios que regem o Estado brasileiro em suas relações internacionais, seus desdobramentos e interações com o direito interno, decorrentes de uma crescente interesse da sociedade pelos assuntos da agenda internacional.

Sem o objetivo de esgotar a matéria buscou-se por meio de textos e artigos científicos que expressassem o tema proposto, nesta pesquisa foi possível encontrar uma gama de estudos que analisam a questão dos processos de internalização constitucional do direito internacional, bem como sobre interessante aspecto invariavelmente inverso, que é a constitucionalização do direito internacional.

## II - Desenvolvimento

Assim, para se analisar as origens dessa maior abertura à internacionalização do texto constitucional, é preciso compreender melhor a evolução do próprio direito constitucional nas últimas décadas. Neste ponto, Barroso<sup>47</sup> propõe três marcos que considera fundamentais para uma melhor análise do tema, de onde se extraem as ideias e as mudanças de paradigma que embasaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, produzindo uma nova percepção da Constituição, bem como do seu papel na interpretação jurídica em geral.

Assim, aponta Barroso, os marcos: histórico, teórico e filosófico.

De forma sintética, para o Ministro do STF, têm-se um marco histórico derivado dos processos de reconstitucionalização da Europa no pós-segunda guerra mundial, que redefiniram a posição da Constituição e a influência no direito constitucional sobre as instituições, bem como uma maior aproximação com as ideias **democráticas**. No Brasil, o processo de reconstitucionalização do país se deu em paralelo ao processo de redemocratização do país, decorrente, segundo o autor, da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

Noutro ponto, o autor<sup>48</sup> elenca como principal marco filosófico que marcou essa nova era do constitucionalismo moderno como sendo o pós-positivismo, como resultado da confluência de outras duas correntes de pensamento do direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Entretanto, apontando a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, desenvolve-se as ideias pós-positivistas, para onde a interpretação e aplicação do direito devem ser inspiradas por uma teoria de justiça. Continua o autor:

“No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se **a atribuição de normatividade aos princípios** e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; **a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.**” (grifos nossos)

Por seu turno, quanto ao plano teórico, apontou três grandes transformações no direito constitucional contemporâneo: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a

---

47 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 240: 1-42. Abr./Jun. 2005. P. 2-5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 04 de set de 2022.

48 Idem.

expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Neste sentido, André de Carvalhos Ramos<sup>49</sup> ao definir “o pluralismo de ordens jurídicas como a coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social”, propõe o fenômeno como fruto da expansão quantitativa e qualitativa do Direito Internacional e decorrente destas mudanças profundas no “constitucionalismo contemporâneo, em plena época do chamado neoconstitucionalismo e de abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional.”

Para contextualizar esta expansão do Direito Internacional o autor<sup>50</sup> utiliza do que chama de *juridificação das relações internacionais*, que consiste na formatação jurídica das relações internacionais assumindo o papel de regulador das tensões internacionais, onde Direito Internacional sofreu uma forte expansão quantitativa e, ainda, uma expansão qualitativa, definidos nos seguintes termos:

Por expansão quantitativa eu denomino o aparentemente inesgotável manancial de produção de normas internacionais sobre os mais diversos campos da conduta social. **Esse furor normativo criou obrigações invasivas, aptas a reger a conduta das sociedades internas (e não somente a conduta dos estados no campo diplomático, interestatal), como é o caso das obrigações de Direitos Humanos, de comércio internacional, de regime de benefícios tributários etc.** Já a expansão qualitativa consiste no fortalecimento de procedimentos internacionais de interpretação e cumprimento das normas, superando, em vários sub-ramos do Direito Internacional, a tradicional descentralização e fragilidade na execução das normas internacionais.

Sobre o tema foi possível também identificar na pesquisa realizada por Ricardo Victalino de Oliveira<sup>51</sup>, em tese de Doutorado desenvolvida na Universidade de São Paulo, uma análise dos diversos aspectos do direito constitucional contemporâneo, dentre os quais destacam-se as ideias pluralistas de Häberle, o desenvolvimento do direito internacional a partir da segunda metade do século XX e sua interação e inserção no direito interno brasileiro. Vejamos:

“A verdade é que, consoante atesta PETER HÄBERLE, “o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito

---

49 RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 106/107 p. 497 – 524, 2011/2012.

50 idem

51 OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. A abertura do estado constitucional brasileiro ao direito internacional. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2014.tde-21012015-083107. Acesso em: 2022-09-04. P.12

Internacional. Também não é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional. Os cruzamentos e as ações recíproca são por demais intensivas para que se dê a esta forma externa de complementariedade uma ideia exata<sup>18</sup>. Há, portanto, um claro e progressivo entrelaçamento entre as ordens jurídicas dirigido não pela preocupação de definir a hierarquia de um tipo de norma sobre o outro, mas pela verificação de uma salutar identidade de matérias objeto de normatização.”

Para este autor, a crescente complexidade das relações internacionais reflete diretamente no processo de internacionalização das Constituições, onde as mudanças na configuração da sociedade internacional são absorvidas pelos ordenamentos nacionais. Afirma, ainda, que a diretriz que desponta neste novo constitucionalismo é complementação e auxílio do Direito Internacional nos sistemas normativos dos Estados, o objetivo de “proteger idênticos fins e valores jurídicos, não obstante sua fonte de criação seja doméstica ou não”<sup>52</sup>.

Nesta abertura ao Direito Internacional no processo de redemocratização brasileiro é possível encontrar diversos aspectos de internacionalidade no texto constitucional.

### **III – Princípios Constitucionais segundo João Ernesto Christófolo**

Sobre o livro *Princípios Constitucionais de Relações Internacionais - Significado, Alcance e Aplicação*, de **João Ernesto Christófolo**<sup>53</sup>, sua pesquisa aponta a ausência de análises mais especializadas sobre o tema como uma das justificativas para o desenvolvimento desta obra, onde aponta a existência de poucas que sistematizaram de alguma forma o tema. Justifica, também, a sua singularidade, diferentemente das normas gerais constitucionais, a premissa de que os princípios elencados no 4º da Constituição Federal<sup>54</sup> possuem dupla natureza jurídica: quanto à forma, são princípios de direito constitucional; quanto à matéria regulada, são de direito internacional público. Assim, procede com uma análise sobreposta de dois corolários metodológicos, uma sobre ótica do direito constitucional, com tipologia e características normativas próprias, e outra de acordo com a materialidade do plano do direito internacional em sua relação específica com o Brasil.

Tomando como base tais concepções, o autor divide sua obra em duas partes<sup>55</sup>.

---

52 Idem. p 13.

53 CHRISTÓFOLO, João Ernesto. *Princípios constitucionais de relações internacionais: significado, alcance e aplicação*. Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

54 Sem excluir outros princípios e normas de DI constantes da CF, entretanto, o objeto de estudo central do autor é o art.4º.

55 CHRISTÓFOLO, João Ernesto. *Princípios constitucionais de relações internacionais: significado, alcance e aplicação*. Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

Na primeira procede com uma busca pela definição e a uma proposta hermenêutica para estes princípios constitucionais de Relações Internacionais, subdividida em quatro capítulos. O Capítulo I, propõe uma conceituação própria a essa categoria de princípios, de acordo com uma análise do conceito de “princípio” sob a ótica das Ciências Jurídicas, no direito constitucional e no direito internacional público. O seu Capítulo II trata da metodologia aplicada à obtenção das normas densificadoras de cada princípio, analisando o processo deliberativo da Assembleia Constituinte; o desenvolvimento de cada norma no direito internacional; e a prática diplomática brasileira. Por seu turno, o Capítulo III estuda-se o direito comparado e as constituições escritas de outros países e sua relação com os princípios de direito internacional. E, no Capítulo IV, busca estudar a evolução dos princípios de relações internacionais no âmbito constitucional brasileiro.

Na segunda parte de sua obra, o autor analisa individualmente a materialidade de dos princípios constitucionais de relações internacionais constante do art. 4º da CF.

Numa análise mais profunda do Capítulo II, o autor procede a uma análise da derivação dos princípios fundamentais do direito internacional, extraídos, simultaneamente, de fontes convencionais e consuetudinárias. Traz como exemplos de fontes convencionais as cartas constitutivas das Nações Unidas e da OEA, principais organizações internacionais das quais o Brasil; no campo consuetudinário, elenca as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas que promovem a densificação desses princípios, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios do Direito Internacional, de 1970. O autor faz uma avaliação destes diversos diplomas e destrincha as principais características de onde se extrai os fundamentos do processo de internalização dos princípios no corpo constitucional brasileiro. Destaca como uma das peças de maior interesse a Declaração sobre os Princípios de Direito Internacional relativos às Relações Amistosas e de Cooperação entre Estados de acordo com a Carta das Nações Unidas, documento elaborado sob consenso e amplamente ratificado pelos Estados de forma a consubstanciar norma efetivamente consuetudinária.

O professor Christófolo<sup>56</sup> destaca, também, o desafio hermenêutico de interpretação destes princípios constitucionais, ante a necessidade de se harmonizar elementos e métodos típicos de uma interpretação constitucional (dinâmica), com aqueles os próprios do direito internacional (estática). Aponta que parte da resposta para esse paradoxo pode ser extraído das proposições de Joseph Raz, na chamada “interpretação pragmática”, em que se possibilita uma análise da vontade do legislador buscando os contornos hermenêuticos mais precisos da norma sob exame, sem realizar, entretanto, pela via interpretativa, atavismo hermenêutico orientado pela busca de uma objetividade histórica inalterável. Segundo o autor, Raz “reconhece nas intenções originais do legislador um vetor teleológico subjacente à legislação, sem negligenciar a evolução interpretativa de uma norma para a correta aplicação do direito positivo”, de modo a permitir uma melhor interpretação dos princípios fundamentais de direito internacional, respeitando suas concepções estáticas, mas aberta a uma evolução do próprio DI ao longo do tempo.

---

<sup>56</sup> CHRISTÓFOLO, João Ernesto. Princípios constitucionais de relações internacionais: significado, alcance e aplicação. Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

Neste mesmo sentido, defende a análise evolutiva das práticas diplomáticas, como fonte interpretativa da evolução das normas internacionais, apontando especialmente para os trabalhos preparatórios na elaboração dos tratados e convenções internacionais, de onde é possível observar a intenção dos Estados para com estes diplomas, seu significado e extensão. Entretanto, aponta que este resultado hermenêutico não poderia contrariar, teleologicamente, aos vetores normativos originais, nem tampouco extrapolar seus limites, mas que as características de generalidade e abstração dos princípios possibilitam ao intérprete margem suficiente para admitir a evolução da norma ao longo do tempo, com destaque para a contemporaneidade e de evolução normativa.

A Prática Diplomática brasileira, segundo o autor, exerce importante papel no âmbito da interpretação dos princípios de direito internacional constantes da Carta Magna na medida em que a "prática diplomática funciona como as lentes através das quais o ordenamento jurídico doméstico percebe o desenvolvimento progressivo das normas do direito das gentes, aí incluídos os conteúdos materiais correspondentes.", ou seja, a visão do corpo diplomático brasileiro constitui elemento de análise do conteúdo normativo dos princípios constitucionais de direito internacional, demandando uma análise pelo intérprete.

Por fim, o autor<sup>57</sup> destaca a importância da interpretação dada pela Assembleia Nacional Constituinte no contexto dos trabalhos preparatórios e na elaboração do texto constitucional sobre os princípios de relações internacionais, em especial naqueles casos em que não há uma correspondência direta a um princípio fundamental do direito internacional. Aponta que seu estudo possui semelhanças com os *travaux préparatoires* que ocorre na elaboração dos diplomas internacionais. Afirma que a confluência destas fontes hermenêuticas é uma forma de o "intérprete não incorrer em originalismo atávico, imutável e contrário à melhor doutrina do constitucionalismo brasileiro".

#### **IV – Direito Internacional para além dos princípios**

Destaca-se que a previsão do artigo 4º houve importante inovação frente às constituições anteriores com a presença dos **princípios que regem a República Federativa do Brasil no âmbito das suas relações internacionais**. São ao todo dez incisos e um parágrafo único que elencam as tradições e os valores da diplomacia brasileira e suas diretrizes que rege suas relações com outros Estados, dentre os quais destacam-se à prevalência dos direitos humanos, igualdade entre os estados e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

A forte influência dos diplomas internacionais relativos aos direitos humanos, especialmente daqueles celebrados no âmbito das Nações Unidas, também pode ser encontrada no artigo 5º, §§ 2º e 3º, aprimorada com a posterior emenda constitucional n. 45, **em processo inverso de constitucionalização do direito internacional**, conforme leciona Tatyana Friedrich<sup>58</sup>.

57 CHRISTÓFOLO, João Ernesto. Princípios constitucionais de relações internacionais: significado, alcance e aplicação. Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

58 FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional? Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 8, n. 8, jul/dez.2008.



Estes dispositivos tratam da posição dos direitos humanos no direito constitucional brasileiro e criaram aquilo que os doutrinadores chamam de bloco de constitucionalidade<sup>59</sup>, com a expansão do texto constitucional para além dos termos estritos da carta magna.

Outro importante marco no Constitucionalismo brasileiro foi a incorporação no seu texto da submissão da República Federativa do Brasil ao **Tribunal Penal Internacional** disposta no § 4º, também do art. 5º.

O tratamento dado à **nacionalidade, direito humano fundamental previsto no art. 15 da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>60</sup> e, também, elemento de conexão para o direito internacional privado<sup>61</sup>**, é previsto nos artigos 12 e seus incisos, dispondo sobre as formas de aquisição (originária e derivada), a igualdade de tratamento entre natos e naturalizados, bem como as exceções de cargos são privativos aos brasileiros natos.

Quanto as competências para celebração dos tratados, temos as previsões dos art. representada pela União Federal e pelo Presidente da República, nos termos do art. 21, I, e 84, VII, também da CF, que tratam da capacidade para manter relações internacionais com Estados estrangeiros e organizações internacionais, respectivamente da União Federal e do Presidente da República. Já o tratamento das competências jurisdicionais do Poder judiciário brasileiro, em matéria de direito internacional, está previsto nos arts. 102 (STF), 105 (STJ) e 109 (Justiça Federal), tratando sobre diversos temas, *i.e.*, a competência para julgar conflitos envolvendo estados estrangeiros, extradição e a homologação de decisões estrangeiras, entre outros. Interessante previsão encontra-se no art. 109, § 5º, cuidando do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nos casos de grave violação de direitos humanos.

Por fim, cabe lembrar também do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que apresenta algumas características de internacionalidade, como o artigo 7º que explicita a intenção do Estado brasileiro em propugnar pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos.

## V - Conclusão

Diante das considerações apresentadas, é possível observar que a Constituição brasileira possui uma variada gama de normas com características de internacionalidade, sejam seus

---

59 "A expansão do conceito de constituição pela teoria do "bloco de constitucionalidade" pode ocorrer em vários sentidos. Pode ser, por exemplo, uma expansão principiológica, em que alguns valores decorrentes dos princípios fundamentais do direito são elevados à categoria de normas constitucionais por expressa determinação constitucional<sup>20</sup>ou por construção jurisprudencial<sup>21</sup>. Pode ainda decorrer de uma elevação da normatividade jurídica de algumas leis que passam a ser tratadas como normas materialmente constitucionais, apesar de serem formalmente infraconstitucionais<sup>22</sup>. **Mas a principal fórmula de expansão é precisamente a que ocorre por uma assimilação do direito internacional como parte do direito constitucional.**" In: Marmelstein, G. (2017). CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES INCONVENCIONAIS. Revista Jurídica Da FA7, 14(1), 35-57. <https://doi.org/10.24067/rju7.14.1:259>.

60 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

61 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito internacional privado: parte geral e processo internacional. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.115-163.

princípios conformadores das relações internacionais próprias do Estado, seja com diferentes dispositivos e previsões que tratam dos diferentes temas aos quais o legislador entendeu por bem inserir no texto constitucional.

Tais características demonstram a vontade soberana do Estado brasileiro em estar na vanguarda da comunidade internacional ao prevê que de diferentes temas de direito e de relações internacionais estejam inseridas nas normas de envergadura constitucional, reforçando os próprios princípios das relações internacionais que traz logo entre suas primeiras disposições.

É certo que outros temas poderiam ser inseridos em seu texto ou ainda alguns mais bem trabalhados, mas é inegável o espírito voltado também para o mundo que a constituição brasileira possui, espelhando as características acolhedoras de seu povo e, ao mesmo tempo, de integração e de comunidade.

## **BIBLIOGRAFIA**

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 240: 1-42. Abr./Jun. 2005. P. 2-5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em 04 de set de 2022.

CHRISTÓFOLO, João Ernesto. Princípios constitucionais de relações internacionais: significado, alcance e aplicação. Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 2019.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.115-163.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional? *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 8, n. 8, jul/dez.2008.

MARMELSTEIN, G. (2017). CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES INCONVENCIONAIS. *Revista Jurídica Da FA7*, 14(1), 35-57. <https://doi.org/10.24067/rju7.14.1:259>.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. *A abertura do estado constitucional brasileiro ao direito internacional*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/T.2.2014.tde-21012015-083107. Acesso em: 2022-09-04. P.12.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *R. Fac. Dir. Univ. São Paulo* v. 106/107 p. 497 – 524, 2011/2012.

## O REGIME JURÍDICO DA INCLUSÃO DE PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS NAS ESCOLAS

**DOURIVAL CARVALHO DA SILVA:**  
Bacharelado em Direito, Universidade  
de Gurupi – Unirg.

FERNANDO QUEIROZ POLETTTO

(orientador)

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo compreender os desafios da inclusão de pessoas com necessidades especiais no âmbito escolar. O estudo realizado será do tipo bibliográfico, no qual será feito um levantamento da legislação e na literatura sobre o tema proposto. As fontes de pesquisa utilizadas serão os sites do Ministério da Educação, Sites que depositam conteúdos do ordenamento jurídico e trabalhos acadêmicos que estudam essa temática, site do Senado Federal, Câmara, Planalto e da Unicef e demais que possuem dispositivos capazes de contribuir com o tema do estudo, publicados entre os anos de 1982 e 2018. Com base nos conceitos que reconhece, inicialmente mostramos que a inclusão consiste em dois processos explícitos: personalização e inclusão. Em seguida, examinamos a legislação, finalidade e estratégias de realização, mostrando que as perspectivas empregadas nos permitem interpretar a lei de forma mais ampla, eliminando erros positivistas causados por redação imprecisa. Por fim, fizemos algumas considerações sobre as condições nas escolas e empresas para implementar a legislação para inclusão/individualização.

**Palavras-chave:** Inclusão; Escolas; Direitos.

**Sumário:** Introdução 1. Educação Inclusiva 1.1 Breve Contextualização Histórica da Educação Inclusiva no Brasil 1.2 Constituição Federal da República Federativa do Brasil - CF de 1988 1.4 Decretos e Leis Conclusão.

### Introdução

A Constituição Federal de 1988 é inefável em garantir a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país direitos fundamentais, que são; a educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social. Princípio esse que assegura a todos os cidadãos, sem qualquer distinção de cor, raça, religião e sexo.

Fato esse que, a educação tem tido avanços significativos no que tange a educação e inclusão de pessoas com necessidades especiais. A inclusão tem esse objetivo, a inserção de qualquer indivíduo dentro do contexto educacional, pois traz consigo essa visão que a integração deve ocorrer na escola.

As pessoas com necessidades especiais se dividem em dois grupos. O primeiro é o das pessoas com deficiência, isto é, das pessoas com deficiência física, mental, visual, auditiva e múltipla que, em decorrência disso, são padecedoras de limitação ou incapacidade para o desempenho de atividades. O segundo é o das pessoas com mobilidade reduzida, que, ao contrário das integrantes daquele grupo, não se ressentem de deficiência, mas têm dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, o que lhes causa redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

Contudo, é hoje reconhecido que a inclusão só poderá acontecer se estiverem reunidas as condições físicas e humanas essenciais, se existir empenho e disponibilidade por parte dos agentes educativos, se forem criadas oportunidades para a criança com NEE interagir com os seus pares sem problemas, partilhando os mesmos espaços e receber estímulos que facilitem o seu processo de ensino/aprendizagem (CARDOSO, 2018).

Desta forma, compete à escola inclusiva criar as condições e proporcionar os meios adequados, para que todas as crianças se possam desenvolver o mais harmoniosamente possível, independentemente das suas necessidades específicas (SANCHES & TEODORO, 2017).

Porém, apesar dos avanços obtidos ao longo dos anos, ainda não é vista como satisfatória ou que de fato venha quebrar todas as barreiras existentes. Pois na prática, os desafios são inevitáveis, fazendo-se necessário suporte que vai desde a oferta de equipamentos, como de mão de obra dentro da sala de aula devido a quantidade de alunos versus quantidade de professores e a falta de qualificação dos profissionais envolvidos. Nesse contexto, surge a figura do cuidador, que se faz necessário para viabilizar a permanência destes alunos que por vezes precisam de auxílio para alimentação, higiene e até mesmo para sua locomoção e etc (RODIGUES, 2016).

Portanto esse trabalho tem por finalidade sustentar as discussões teóricas do trabalho usando como base estudos práticas já efetivadas em escolas que recebem esses alunos, bem como o apoio no ordenamento jurídico que dispõe sobre esse assunto.

## **1. Educação Inclusiva**

O direito ao trabalho e à educação das pessoas com deficiência é garantido pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2001). Para conferir cumprimento às disposições constitucionais referentes à integração da pessoa com deficiência, vigora, desde 1989, a lei nº 7.853 (BRASIL, 2008).

Nos últimos anos, em muito tem se falado sobre educação inclusiva. Porém, mesmo com a criação de leis e o aumento da visibilidade das pessoas com necessidades especiais, a inclusão ainda está longe do que poderia ser considerado ideal. O que se verifica muito é que há um avanço na legislação que trata desse tema, mas efetivamente, ainda existem muitas barreiras para que se alcance essa inclusão.

A inclusão social tem se consagrado no mundo ocidental, especialmente a partir da década de 1980, como lema impulsionador de importantes movimentos sociais e ações políticas. Na Europa e nos Estados Unidos da América, já nos anos 1970, a inclusão social das pessoas com deficiência figurava entre os direitos sociais básicos expressos em importantes documentos legais e normativos. Gradativamente as sociedades democráticas vêm divulgando, discutindo e defendendo a inclusão como direito de todos em relação aos diversos espaços sociais. (MAZZOTA; D'ANTINO, 2011, p. 378)

Com isso, ao longo dos anos, diversos movimentos sociais vêm travando debates acerca da inserção das pessoas com necessidades especiais, buscando meios de integrar esses indivíduos no meio social.

Além da inclusão social, se faz necessário ainda que o ambiente escolar receba essas pessoas e garanta que as mesmas tenham condições de interagir e se desenvolverem junto aos demais alunos, garantindo a todos uma educação regular igualitária.

A inclusão social aborda questões como respeito às diferenças e à participação igualitária dos cidadãos. No caso de crianças com necessidades especiais, a inclusão abarca sua participação na sociedade em geral e, particularmente, em instituições de educação regular (inclusão escolar). (RORIZ; AMORIM; ROSSETTI-FERREIRA, 2005, p. 194)

Porém, para que essa socialização aconteça, as diferenças e particularidades desses indivíduos deverão ser levadas em conta, pois a sua forma de pensar e de aprendizagem são diferentes dos demais alunos sem nenhuma necessidade especial. Ainda no panorama legal, um dos documentos importantes que garantem a igualdade entre as pessoas é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas. No artigo 02 dessa declaração fica explícito que:

“Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”  
(ONU, 1948)

De acordo com esse documento, todas as pessoas devem ter assegurados seus direitos civis, independentemente de qualquer especificidade. Assegurando dessa forma, que todos são iguais perante a lei.

Outro importante documento que cabe ser citado é a Declaração de Salamanca (1994). O referido registro proclama, dentre outros, os seguintes preceitos:

Toda criança tem direito fundamental à educação, e deve ser dada a oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem;

Toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas;

Sistemas educacionais deveriam ser designados e programas educacionais deveriam ser implementados no sentido de se levar em conta a vasta diversidade de tais características e necessidades;

Aqueles com necessidades educacionais especiais devem ter acesso à escola regular, que deveria acomodá-los dentro de uma Pedagogia centrada na criança, capaz de satisfazer a tais necessidades;

Escolas regulares que possuam tal orientação inclusiva constituem os meios mais eficazes de combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos; além disso, tais escolas provêm uma educação efetiva à maioria das crianças e aprimoram a eficiência e, em última instância, o custo da eficácia de todo o sistema educacional.

Essa declaração reconhece que todas as crianças, em suas diferenças e limitações, têm direito a uma educação que lhes possibilite pleno desenvolvimento, dentro das suas condições. Assim como afirma que o ambiente escolar exerce um papel fundamental nesse contexto, devendo assegurar que essas crianças sejam acolhidas, sem qualquer discriminação.

Nesse cenário, é possível verificar que essas pessoas apenas possuem formas diferentes de aprendizagem e que tem total capacidade de se desenvolverem e serem inseridas no meio social e educacional, em muito contribuindo para a sociedade.

Nos tópicos seguintes iremos fazer um levantamento histórico da educação de pessoas com necessidades especiais, nos aspectos legais, culturais e sociais, com o objetivo de elucidar a pesquisa e dessa forma alcançar os objetivos pretendidos.

### **1.1 Breve Contextualização Histórica da Educação Inclusiva no Brasil**

Segundo Mazzotta, (apud Pacheco; Alves, 2007, p. 244) “no Brasil a preocupação com a educação dos deficientes iniciou-se no século XIX, devido influência das experiências concretizadas na Europa e EUA.” Esses mesmos autores afirmam ainda que só ao final do século XX que foi feita a inserção das pessoas com necessidades especiais na política educacional no Brasil.

“Nesse século, são criadas, no mundo inteiro, instituições especializadas no atendimento das deficiências e implantados programas de reabilitação. Organizações intergovernamentais, como a ONU (Organização das Nações Unidas), OMS (Organização Mundial da Saúde), UNESCO (Organização das



Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e OIT (Organização Internacional do Trabalho), passam a apoiar a equiparação de oportunidades para as pessoas com deficiência e a criar um intercâmbio de conhecimentos sobre a deficiência.” (FREITAS; MARQUES, 2007, p. 71)

Fernandes, Schlesener e Mosquera (2011, p. 138) afirmam que “o século XX foi marcado por muitas mudanças de paradigmas”. Ele trouxe consigo avanços importantes para os indivíduos com deficiência, sobretudo em relação às ajudas técnicas: cadeiras de rodas, bengalas, sistema de ensino para surdos e cegos, dentre outros que foram se aperfeiçoando.

“Ainda a este respeito, defende-se que a educação inclusiva implica num ensino adaptado às necessidades individuais que sugerem necessidades educacionais especiais e para tanto, os docentes devem ser instrumentalizados para atender com propriedade a cada demanda advinda do ensino a pessoas com necessidades especiais, desenvolvendo recursos, instrumentos e estratégias educacionais que facilitem a vida dessas pessoas” (SANT’ANA, 2005 apud OLIVEIRA et al., 2016).

## **1.2 Constituição Federal da República Federativa do Brasil - CF de 1988**

É sabido que a Constituição Federal do Brasil é a norma magna que versa sobre os parâmetros jurídicos e diretrizes que regem a sociedade. Portanto, deve assegurar a todo cidadão brasileiro os princípios e direitos fundamentais nela explícitos, assim como garantir a legalidade e funcionalidade do ordenamento jurídico. O Art. 3º estabelece objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais podemos destacar, no parágrafo “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Dessa forma, cabe a essa norma garantir que todos sejam respeitados, sem qualquer forma de distinção ou preconceito.

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (CF 88, ART. 205).

Portanto, a educação, como dever do Estado e da família, deverá proporcionar o total desenvolvimento dos cidadãos, em igualdade de condições. Às pessoas com necessidades especiais, esses direitos devem ser garantidos dentro das suas limitações, sejam essas físicas, intelectuais ou de qualquer natureza.

### **6.3 A educação inclusiva à luz da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB**

A Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Ainda, de acordo com essa norma, a educação é composta por todos os processos que proporcionam o desenvolvimento humano, seja no ambiente escolar, do trabalho, social ou

familiar. Nesse sentido, a educação é um processo contínuo, que envolve todos que estão inseridos em determinado contexto.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação versa também sobre a educação de pessoas com necessidades educacionais especiais. No texto do Art. 4 parágrafo III, tem-se a seguinte redação:

“Atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino.” (LEI 9.394/96, ART. 4)

Essa norma visa garantir o atendimento a todas as pessoas que possuem algum tipo de limitação ou superdotação, ofertando estrutura física e profissional que possibilitem o seu cumprimento.

#### **1.4 Decretos e Leis**

O princípio da igualdade, instituído no caput do art. 5º da Constituição Federal, reduz-se à fórmula de que todos são iguais perante a lei. Também chamado de princípio da isonomia, ele tem significado histórico. Surgiu como reação e resposta aos excessos do regime absolutista. Foi introduzido no intuito de evitar o abuso e o arbítrio do poder. Expressa o conteúdo das modernas Declarações de Direitos do final do século XVIII<sup>6</sup> e é o resultado da conquista de direitos iguais, inexistentes na sociedade feudal com estrutura social baseada em privilégios (PIOVESAN, PIOVESAN & SATO, 1998, p. 127).

A maioria das Constituições acolheu o preceito com o mesmo objetivo: vedar as discriminações injustificadas na estrutura jurídica do país. O princípio da igualdade consiste em uma regra de interpretação e uma limitação ao legislador. Segundo Ferreira Filho (1997, p. 274):

“Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. Inserido o princípio na Constituição a lei que o violar será inconstitucional. É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei.”

A conquista da igualdade perante a lei é relevante com relação aos direitos civis que consideram o homem como ente genérico, abstrato. Essa indistinção não vale para os direitos sociais, como ao trabalho e à instrução. Segundo a concepção formal de igualdade, para todos os indivíduos com as mesmas características devem-se prever, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos (CANOTILHO, 2002). Esta é a questão: as pessoas com deficiência possuem diferenças específicas que não permitem igual proteção jurídica. Por isso, o princípio da igualdade

deve ser compreendido recorrendo-se à noção de justiça distributiva que preconiza o tratamento igual aos iguais e desiguais aos desiguais, na medida dessa desigualdade.

Para evitar interpretações equivocadas e transitar da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva, observando e respeitando especificidades e diferenças, são criadas leis especiais infraconstitucionais. Segundo lição de Bobbio (1992), a nova perspectiva concretizou-se com o processo de multiplicação dos direitos humanos ou de multiplicação por especificação. Nessa vertente, consolida-se gradativamente aparato normativo especial de proteção endereçado às crianças, idosos, pessoas vítimas de tortura, vítimas de discriminação racial, dentre outros.

Portanto, relacionando a legislação inclusiva à teoria do reconhecimento, podese afirmar que os objetivos nela consignados visam tanto a inclusão, quanto a individuação. Em virtude da legislação, garante-se não só o acesso à escola e ao trabalho, mas a permanência de pessoas com deficiência, respeitando-se suas peculiaridades.

A seguir, explicitamos em ordem cronológica alguns Decretos e Leis e suas disposições, que dizem respeito aos direitos das pessoas com deficiência:

**Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982** - Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providencias. Essa lei visa garantir que todas as pessoas com deficiência física tenham direito a uma pensão mensal e vitalícia.

**Lei nº 7.405, de 12 novembro de 1985** - Torna obrigatória a colocação do símbolo internacional de acesso em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiências e da outras providencias. Estabelece que todos os estabelecimentos acessíveis às pessoas com deficiência devem ter identificação.

**Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989** - Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Essa lei visa garantir que as pessoas com deficiência possam gozar plenamente dos seus direitos individuais e sociais.

**Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994** - Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. É assegurado às pessoas com necessidades especiais, o direito de circular em transporte público coletivo de forma gratuita, desde que com a devida comprovação da necessidade da gratuidade.

**Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999** - Regulamenta a Lei Nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

**Lei nº 10.048, de 08 de novembro de 2000** - Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Normativa criada para garantir que as pessoas com

necessidades especiais tenham atendimento prioritário em órgãos públicos e no transporte coletivo.

**Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001** - Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

**Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004** - Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência, e dá outras providências. Garantir que haja atendimento educacional especializado que possa suprir todas as demandas das pessoas com necessidades especiais.

**Lei nº 11.133, de 14 de julho de 2005** - Institui o Dia Nacional de Luta da Pessoa Portadora de Deficiência. Data criada para dar visibilidade às pessoas com deficiência. A data é comemorada no dia 21 de setembro.

**Decreto Legislativo N° 186 de 09 de julho de 2008** - Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. O propósito dessa Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e igualitário de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade.

**Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009** - Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

**Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011** - Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. Esse decreto foi criado para promover os direitos das pessoas com necessidades especiais, através da criação de programas e políticas públicas voltadas para esses indivíduos.

**Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015** - Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e dá outras providências. Recente e uma importante conquista para as pessoas com necessidades especiais, é apoiada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, essa normativa busca garantir o gozo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com necessidades específicas.

## **Conclusão**

Claro que alguns valores sustentam a prática da inclusão, enquanto outros a tornam uma possibilidade distante. Considerando a inclusão, em geral, por um lado, ela é produto das mudanças sociais no Ocidente, desencadeadas por movimentos sociais como os trabalhadores e o feminismo, e uma precipitação do processo de globalização. Impulsionada pela evolução da racionalidade jurídica em resposta às mudanças sociais contemporâneas, nomeadamente em

resultado do desenvolvimento do princípio da igualdade, concluímos que os valores mais propícios à sua concretização serão aqueles que lhe são particularmente relevantes para o direito. .

Nas escolas, isso significa construir um entendimento nas instituições de ensino de que as crianças com deficiência têm o direito de aprender como todos os outros quando se trata de avaliação. Para isso, não basta apenas colocá-los no mesmo ambiente. Portanto, a legislação garante a finalidade de matrícula e estudo permanente na escola por meio de coerção. Porque as crianças com deficiência têm o direito de frequentar a escola como todos os outros, além de ter o direito de participar da vida escolar como todos os outros.

O próprio reconhecimento jurídico contém um potencial moral que pode ser alavancado por meio de lutas sociais para aumentar a universalidade e a sensibilidade ambiental. A segunda área (respeito) reconhece que a ampliação das relações tende a fazer com que cada vez mais pessoas com deficiência ingressem e permaneçam em escolas e empresas, desde que respeitadas as características de cada pessoa.

Nesse sentido, vale destacar que a deficiência, por reunir diversas diferenças, constitui uma categoria extremamente positiva para a reflexão sobre o respeito às diferenças. Outro grupo de pessoas, os mesmos objetos de reflexão, pode levar os sujeitos sociais, ao se depararem com os discursos cotidianos de respeito à diversidade, principalmente do poder público, a entender erroneamente que existe uma fórmula especial de tratamento diferenciado que se aplica a todos, também para todo um grupo de pessoas.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Inclusão de pessoas com deficiência**. Disponível em:

<<http://www4.planalto.gov.br/ipcd/assuntos/legislacao#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.098%2C%20DE%2019,reduzida%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARDOSO, R. **Inclusão de Alunos com Necessidades Educativas Especiais no Ensino Básico: Perspectivas dos Professores**. Tese de Mestrado em Ciências da Educação na Especialidade Cognição e Motricidade. Instituto Superior de Educação e Ciências. 2018. Disponível em: [https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/10759/1/Tese\\_Rosa\\_Cardoso.pdf](https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/10759/1/Tese_Rosa_Cardoso.pdf)

CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz. A diversidade através da história: a inserção no trabalho de pessoas com deficiência. **Organizações & Sociedade**, v. 14, n. 41, p. 59-78, 2007. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/osoc/a/LmHrTSqDFqWc5XJvxt6m9Lz/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 18 mar. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MAZZOTTA, Marcos José da Silveira; D'ANTINO, Maria Eloísa Famá. Inclusão social de pessoas com deficiências e necessidades especiais: cultura, educação e lazer. **Saúde e Sociedade**, v. 20, p. 377-389, 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/sausoc/2011.v20n2/377-389/>>. 18 mar. 2022.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Declaração de Salamanca**: Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

PACHECO, Kátia Monteiro De Benedetto; ALVES, Vera Lucia Rodrigues. A história da deficiência, da marginalização à inclusão social: uma mudança de paradigma. **Acta fisiátrica**, v. 14, n. 4, p. 242-248, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102875>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

PIOVESAN, F; PIOVESAN, L.; SATO, P. K. "Implementação do Direito à igualdade". In: PIOVESAN, F. **Temas de Direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.127-137

RODRIGUES, D.. **Notas sobre investigação em Educação Inclusiva**. In D. Rodrigues (org.). *Investigação em Educação Inclusiva* (vol. 1, pp.11-16). 2016. Cruz Quebrada: FMH.

RORIZ, Ticiano Melo de Sá; AMORIM, Katia de Souza; ROSSETTI-FERREIRA, Maria Clotilde. Inclusão social/escolar de pessoas com necessidades especiais: múltiplas perspectivas e controversas práticas discursivas. **Psicologia USP**, v. 16, p.167-194, 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pusp/a/RFHZGjWxvKyxJsDyDVP9tTy/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

SANCHES, I., & TEODORO, A.. Procurando indicadores de educação inclusiva: as práticas dos professores de apoio educativo. **Revista Portuguesa de Educação**. 2017. 20(2), 105-149.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 17 mar. 2022.



## **RESPONSABILIDADE PENAL DOS PSICOPATAS NO BRASIL E SUA EFICÁCIA: QUAL A DIFERENÇA PARA OS OUTROS PAÍSES?**

**LETÍCIA MAGALHÃES MARINHO:**

Bacharelada em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG.

MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA<sup>62</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A psicopatia é uma das formas de Transtorno de Personalidade Antissocial, que se determina pela incapacidade do agente portador em ter empatia. Diferentemente do que é comum acreditar, não se trata de uma doença mental e, portanto, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal a penalização da psicopatia é amplamente discutida e até mesmo alvo de legislação comparada, uma vez que a penalização aplicada através da legislação que rege os atos criminosos cometidos pelo agente, é ineficaz ao cumprir sua função social de reeducação/ressocialização. A psicopatia, como uma psicopatologia tem caráter atípico e a ressalva que se tem é acerca da capacidade do sistema prisional brasileiro em ser eficiente na sua penalização. Portanto, este estudo visa qualificar dentro dos aspectos jurídicos a psicopatia, demonstrar a sua incidência, apresentar a legislação vigente como atua para punir de forma efetiva e eficaz os agentes criminosos dotados de personalidade antissocial, bem como demonstrar a legislação comparada com diferentes países, como China, Estados Unidos, Holanda, Noruega, Inglaterra e Austrália em relação ao Brasil, no que tange a penalização e incidência de crimes cometidos por psicopatas.

**Palavras-chave:** Psicopatologia. Psicopatia. Direito Comparado. Responsabilidade Penal.

**ABSTRACT:** Psychopathy is one of the forms of Antisocial Personality Disorder, which is determined by the carrier agent's inability to empathize. Unlike what is commonly believed, it is not a mental illness and, therefore, within the scope of Criminal Law and Criminal Procedure, the penalization of psychopathy is widely discussed and even the target of comparative legislation, since the penalty applied through legislation which governs the criminal acts committed by the agent, is ineffective in fulfilling its social function of re-education/resocialization. Psychopathy, as a psychopathology, has an atypical character and the exception is about the capacity of the Brazilian prison system to be efficient in its penalization. Therefore, this study aims to qualify psychopathy within the legal aspects, demonstrate its incidence, present the current legislation as it acts to effectively and efficiently punish criminal agents endowed with an antisocial personality, as well as demonstrate the legislation compared with different countries, such as China, United States, Holland, Norway, England and Australia in relation to Brazil, regarding the penalization and incidence of crimes committed by psychopaths.

**Keywords:** Psychopathology. Psychopathy. Comparative law. Criminal Responsibility.

---

<sup>62</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Conceito E Caracterização Do Transtorno De Personalidade Antissocial (Psicopatia). 4. Sistema Prisional Brasileiro: Realidade Fática. 5. Crimes Cometidos Por Psicopatas E A Pena Aplicada. 6 A Diferença Do Brasil Para Outros Países Em Relação A Crimes Cometidos Por Psicopatas 7. Considerações Finais. 8. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

As doenças mentais e transtornos de personalidade são fatores importantes para o ordenamento jurídico, pois apontam a capacidade ou incapacidade do indivíduo em responder por seus atos na sociedade, tornando-os imputáveis ou inimputáveis e interferindo diretamente na penalização das suas ações.

A psicopatia, por sua vez, é um transtorno de personalidade antissocial que se caracteriza pela falta de empatia em relação ao outro e desprezo pelas obrigações sociais. Tal distúrbio quando associado à prática criminosa é capaz de produzir efeito direto no ordenamento jurídico no que diz respeito à responsabilidade penal, uma vez que é dever do Estado promover a forma da execução penal a ser aplicada a esses indivíduos ao realizarem um delito, de maneira que as sanções sejam adequadas para pessoas que possuem tal transtorno de personalidade visando a ressocialização/reeducação eficaz, sem que coloque em risco a sociedade.

Para Silva (2014), o transtorno de personalidade antissocial abrange uma em cada 25 pessoas, ou seja, 4% da população, onde 3% são homens e 1% são mulheres, sendo essa condição incurável.

É complementar a afirmação de Hemerly (2016, p. 3), que deduz que a maioria dos psicopatas são criminosos violentos e foram abusados de alguma forma durante a infância ou adolescência, e nesta fase a estrutura psicológica do indivíduo ainda é frágil, de modo que a vivência do abuso pode ser correlacionada com o comportamento.

Neste diapasão, há relevância para o ordenamento jurídico a compreensão e caracterização da psicopatia como um fator determinante para a aplicação da lei penal, que por sua vez, determina a responsabilidade penal destes agentes dotados de Transtorno De Personalidade Antissocial (TPA), uma vez que a legislação precisa se fazer eficiente, tal qual compreender a diferença do tratamento do portador de TPA em relação a outros países, montando assim, uma legislação comparada e quebrando o paradigma de penalização exaurido pela mídia acerca do tratamento penal aplicado aos criminosos psicopatas.

Sendo assim, para a composição dessa pesquisa, realizou uma revisão da literatura, com base na Legislação brasileira, artigos científicos, livros e periódicos. A coleta de dados se deu em bases de dados como Google Acadêmico e Scielo, nos meses de agosto, setembro e outubro de 2022.

## 2. METODOLOGIA

A metodologia empregada na construção desse estudo se baseou nos métodos indutivo e qualitativo. Foi realizada uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

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 meses de outubro e novembro de 2022.

### **3. CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DO TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL (PSICOPATIA)**

Para debater acerca da penalidade dos psicopatas criminosos, se faz necessário compreender os aspectos da psicopatia, tal qual a apresentação do conceito e da caracterização do transtorno de personalidade antissocial.

Os Psicopatas são genética e fisiologicamente incapazes de sentir culpa ou arrependimento por quaisquer de seus atos de crueldade ou egoísmo que cometem, pois não possuem condão de empatia, isto é, não projetam para si sentimentos ou emoções que partem de outros. Neste sentido, Carlos Henrique Gonçalves conceitua como:

“Os psicopatas têm sido descritos como predadores humanos que usam dotes naturais como o encanto, a manipulação, a intimidação e a violência para controlar as outras pessoas e satisfazer as suas necessidades. Pouco atreitos a nutrem sentimentos por outrem ou mesmo a estarem conscientes de quem os rodeia, apossam-se do que querem e fazem-no como bem lhes apetece, violando as normas sociais e as expectativas mais comuns, sem o mais pequeno sinal de culpa ou arrependimento. (GONÇALVES, 1999, p. 15).”

E Christian Costa alega que:

“O psicopata olha para o humano de forma desfigurada, como algo que pode beneficiá-lo ou não, proporcionar-lhe prazer ou não. Essa seria a frieza dele, o não reconhecimento da humanidade no outro e até mesmo o não reconhecimento de sua própria humanidade (COSTA, 2014, p. 14).”

Em contrapartida a sua inabilidade de sentir, possuem inteligência emocional excepcional, dotados de muita persuasão, não está intrinsecamente ligado a inteligência acadêmica, isto é, a formação profissional, mas sim na habilidade de convencimento e sedução que os psicopatas possuem em dominar suas vítimas, não necessariamente na forma de crimes, mas de manipulação. Em relação a essas características Ana Beatriz Barbosa explica em seu livro, *Mentes Criminosas*, “A psiquiatra descreve o psicopata como um indivíduo frio, calculista, mentiroso, cruel, porém charmoso, atraente, de boa fala e boa aparência. (SILVA, 2010, p. 12)”.

É essencial explicar que o Transtorno de Personalidade Antissocial possui diferentes categorias, que são níveis de “desligamento emocional do sentimento de empatia social”, o que significa que, a periculosidade do indivíduo e a sua capacidade de prosseguir no convívio e respeito as normas sociais implícita e explicitamente declaradas.

Os Transtornos de Personalidade Antissocial, possuem características de personalidade muito comuns entre si, porém nem toda personalidade antissocial é dotada de psicopatia, distúrbios de personalidade, tais como transtorno de personalidade esquizoide, dissocial, paranoide, sociopatia, dentre outros, são TPA, porém não são psicopatia.

A psicopatia, por sua vez, conforme Robert Hare (2008), é um desequilíbrio psíquico, ainda que também seja um transtorno antissocial da personalidade, devido à qual, apesar da integridade das funcionalidades psíquicas e mentais, promovendo uma alteração no comportamento social do indivíduo que sofre dessa anormalidade.

O senso comum na psicologia/psiquiátrica acerca das características de um indivíduo dotado de psicopatia é elencado por Siqueira (2021, p. 16) como:

“Loquacidade / Encanto superficial; Egocentrismo / Sensação grandiosa de autoestima; Necessidade de estimulação / Tendência ao tédio; Mentira patológica; Direção / Manipulação; Falta de remorso e de sentimento de culpa; Afetos pouco profundos; Insensibilidade / Falta de empatia; Estilo de vida parasita; Falta de controle comportamental; Conduta sexual promiscua; Problemas precoces de comportamento; Falta de metas realistas no longo prazo; Impulsividade; Irresponsabilidade; Incapacidade de aceitar a responsabilidade pelas próprias ações; Várias relações maritais breves; Delinquência juvenil; Revogação da liberdade condicional e Versatilidade criminal.”

E ainda complementa:

“Essas tais particularidades geram uma parte da escala conhecida pelos profissionais de Psiquiatria e Psicologia Criminal como a Escala de Robert Hare, essa escala foi trabalhada ao longo de uma década por ele e divulgada na obra “*without conscience*” em 1993. Esses atributos possuem uma definida pontuação, assim soma dessa pontuação determina uma fase do estágio da psicopatia do indivíduo.” (HARE, 1993 apud SIQUEIRA, 2021, p. 16)

A psicopatia pode ser entendida em dois níveis, a psicopatia primária onde se tem a conduta mais cruel e de mais árdua recuperação, ou doutrinamento social de seu comportamento em detrimento do distúrbio inato de origem biológica que o caracteriza pela impulsividade, hostilidade e crueldade, onde são capazes de refrear ou mascarar seus impulsos antissociais quase todo o

tempo, não devido o escrúpulo, mas sim porque isso atende ao seu intento naquele instante, sendo mais detalhado na visão de Blackburn (1998, p. 5, apud Siqueira, 2021, p.18):

“Os Psicopatas Primários são caracterizados por traços impulsivos, agressivos, hostis, extrovertidos, são confiantes de si mesmos e apresentam baixos teores de ansiedade. Neste grupo encontram-se, predominantemente, as pessoas narcisistas, histriônicas, e antissociais. Podem identificar-se com personalidades do mundo político. Os Psicopatas Primários têm convicções mais firmes para efetuar crimes violentos que os Psicopatas Secundários. Têm também mais excitação cortical e autonômica, e maior tendência de procura das sensações. (Blackburn, 1998, p. 5 apud Siqueira, 2021, p. 18).”

No que se concerne à psicopatia secundária se dá, além dos fatores biológicos pré-existentes, pela influencia do ambiente externo, seu meio de convívio é um fator essencial para destravar a psicopatologia proveniente do distúrbio. Isto é, a psicopatia secundária tem sua origem a partir da exposição de violência ou desordem emocional dentro do convívio familiar, como violência doméstica, violência sexual, traumas da infância, e etc.

Mesmo possuindo maior capacidade de se relacionar e de possuir culpa ou condescendência, os psicopatas secundários são indivíduos mais inclinados a reagir frente às situações de estresse de forma feroz, aprofundando novamente na linguagem de Blackburn (1998, p. 5) que discorre:

Os Psicopatas Secundários são normalmente hostis, irresponsáveis, impulsivos, agressivos, socialmente ansiosos e isolados, mal humorados e com baixa autoestima. Aqui se encontram antissociais, dependentes e paranoides. Podem identificar-se com líderes excêntricos de seitas, cultos e associações. Os seus crimes tendem a ser não planejados e pensam pouco nas consequências estando direcionados para cometerem crimes menores como roubos. São temperamentais e agressivos, têm problemas em tolerar o aborrecimento procurando novas sensações. O seu estilo de vida pode levar a depressão e até ao suicídio. Estes psicopatas mostram mais a fúria diante da ameaça tanto física como verbal do que os psicopatas primários (Blackburn, 1998, p. 5 apud Siqueira, 2021, p. 18).

Ambos os níveis de psicopatia possuem impacto no pleno desenvolvimento da sociedade, sendo a diferença entre eles o fator biológico e social que o impulsionam a ceder as suas tendências. O psicopata de primeiro grau, inexistente em seu organismo físico e psíquico a capacidade de culpa, enquanto que o psicopata de segundo grau se expõem as situações mais tormentosas do que uma pessoa dita comum, porém é tão inclinado ao desassossego e excitação quanto qualquer outro.

Quando expostos a vulnerabilidade do cometimento de um crime, os psicopatas de primeiro grau apresentam maestria na execução, planejamento e necessidade do sentimento de

supremacia. Enquanto que para os psicopatas de segundo grau realizam crimes menos planejados e pensam pouco, ou nada, nas repercussões e resultados que seus atos proporcionam.

Dito isto, é necessário compreender que tais níveis são determinantes para que seja estabelecido o tratamento e a pena aplicada ao indivíduo que cometeu algum crime.

#### **4, SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: REALIDADE FÁTICA**

A realidade fática do sistema processual penal brasileiro é que em poucas situações possui-se uma análise comportamental e psicológica do sujeito infrator para que o possa determinar como psicopata, sociopata ou dotado de outra desordem de personalidade capaz de continuar produzindo o ato delituoso.

De tal forma, também é uma realidade para o Brasil a dificuldade de estabelecer sistemas prisionais que tratam das desordens psicológicas como um fator a ser considerado para a disponibilização de celas e tratamento psiquiátrico no processo de ressocialização do detento na unidade prisional.

Sofre o indivíduo a punição de seus atos que decorrem de um fato típico, ilícito e culpável através das sanções impostas pelo Estado, o *ius puniendi*. A teoria absoluta também conhecida como retributiva, defende que as penas têm a finalidade de punir, como um castigo, tendo como principais representantes, Kant e Hegel, nesta teoria a pena têm o objetivo de retribuir o mal causado pelo sujeito.

A teoria relativa, no entanto, não tem o caráter retributivo e sim preventivo, aqui a pena tem o objetivo que o sujeito não cometa novamente o crime, esta teoria é dividida em duas, a prevenção geral e prevenção especial, que se diferenciam basicamente por quem vai atingir a medida preventiva, na prevenção geral atinge o coletivo, quanto na prevenção especial onde a pena atinge somente aquele que cometeu o crime.

Porém a teoria que foi adotada pelo Código Penal em seu artigo 59, foi à teoria mista ou unificadora da pena, que defende que é o conjunto das duas teorias acima mencionadas, ela defende que a pena tem o caráter de punir, mas também tem o caráter preventivo.

Há uma grande falha no sistema prisional brasileiro em respeito aos psicopatas, isso por que hospitais de custódia não são eficazes para estes, pois esses hospitais são para tratamento de doenças e como já foi demonstrado, não é o caso da psicopatia.

Além disso, por não ter um tratamento especial para esses indivíduos, eles ficam presos junto aos presos neurotípicos, ainda tem a pena reduzida, por ter uma capacidade de demonstrar bom comportamento para atingir seu objetivo, na maioria dos casos são soltos por bom comportamento.

Em alguns países como Austrália e Canadá, e em alguns estados americanos já existem instrumentos eficazes para identificar os psicopatas e estes são separados dos demais presos, e em



casos específicos, condenados à prisão perpétua. Outro grande problema é que depois da liberdade esses indivíduos não têm mais nenhum tipo de acompanhamento psicológico, além disso, por não ser uma doença e sim um transtorno a psicopatia não tem cura, logo hospital de custódia se torna ineficaz por não ter o efeito que se espera, o de ressocialização e tratamento.

Compreende-se, portanto que, apesar de todos os esforços da comunidade médica e jurídica para encontrar uma solução para a problemática dos psicopatas criminosos no mundo, até o presente momento, a alternativa que se mostra mais viável é o isolamento destes indivíduos por intermédio das medidas de segurança, até o dia no qual a ciência desenvolva alguma espécie de cura ou de tratamento eficaz para combater essa até então pseudo-patologia mental.

## **5. CRIMES COMETIDOS POR PSICOPATAS E A PENA APLICADA**

Quando se refere a disfunções, distúrbios ou doenças mentais e transtornos de personalidade no âmbito penal, logo se questiona acerca da imputabilidade ou inimputabilidade do indivíduo que praticou o ato delitivo.

No que tange a imputabilidade, que é compreendida como um dos elementos mais importantes da culpabilidade e diz respeito a capacidade de atribuir ou não a responsabilidade do indivíduo acerca do delito por ele cometido. Isto é, imputável é aquele cuja responsabilidade vem precedida da possibilidade de atribuir-se pena, enquanto que a inimputabilidade é a incapacidade de cumprir pena pelo ato delitivo cometido.

O jurista Fernando Capez em uma de suas obras conceitua a imputabilidade da seguinte maneira:

“Imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas morais e mentais de saber que está realizando um ato ilícito penal. Mas não é só, Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade.”  
(CAPEZ, 2015, p. 326)

O que se pode aduzir da definição de Capez é que a imputabilidade está na livre consciência da ilicitude do ato, e ainda assim decidir, o agente, cometê-lo ainda que compreenda as consequências decorrentes dessa escolha, que por sua vez haverá sanção penal correspondente.

De outra forma, a inimputabilidade está na incapacidade de compreender a natureza delituosa do ato praticado. Aqui o sujeito não possui discernimento para entender que o fato é ilícito e agir conforme esse entendimento, portanto é causa de excludente de culpabilidade.

Neste sentido Fernando Galvão Rocha discorre que:

“A inimputabilidade implica a satisfação de, ao menos, um de dois requisitos normativos: o intelectual e/ou o volitivo. O requisito intelectual exige o reconhecimento da incapacidade de entendimento do agente sobre

o caráter ilícito de sua conduta. Já o requisito volitivo exige constatar a incapacidade do agente de determinar sua conduta em conformidade com o entendimento que possui da ilicitude do fato.” (ROCHA, 2012, p. 368).

Além do mais, o Código Penal Brasileiro cuidou em tratar taxativamente da inimputabilidade em sua parte geral, através dos artigos 26 e 27, que discorrem:

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

#### Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

Sendo assim, compreende-se como inimputáveis aqueles que nos termos da lei possuírem:

- “- Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.
- Menores de 18 anos (neste caso os infratores respondem de acordo com a Lei nº8.069 de 13/07/1990);
- Embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior.
- Dependência de substância entorpecente.”

Por outro lado, a legislação brasileira não possui um rol taxativo acerca da imputabilidade, sendo assim, todos os demais casos aplicados a imputabilidade do agente.

A imputabilidade e inimputabilidade serão determinantes para a responsabilidade penal dos indivíduos que cometerem todo e qualquer ato que prejudique a integridade dos direitos dos demais componentes da sociedade, isto é, todo ato delituoso. Por sua vez, o indivíduo dotado de Transtorno de Personalidade Antissocial (TPA) também se encaixa no quesito de imputabilidade, com exceção dos requisitos que se enquadrar na inimputabilidade.

Já que o TPA não é uma doença mental, mas um transtorno de personalidade, desconsiderando os demais quesitos não é possível tratar o agente como inimputável.

No que diz respeito a Psicopatia e a conduta criminosas é importante aduzir que nem todo psicopata comete crimes, na medida que cada um possui um grande diferente em relação a psicopatia, conforme explicitado no item 2 deste estudo.

Silva (2008, p.30) determina que para aqueles que cometem crimes e são punidos a estatística aponta que 20% possuem algum nível de psicopatia, isto é, 20% da população carcerária é responsável por mais da metade dos crimes graves em comparação aos demais presos.

As teorias de Freud acerca da natureza humana e a sua capacidade de cometer crimes que envolvam violência e agressão dispõe que tal fato é inerente a natureza humana e determinante através do grau de conflitos internos de cada indivíduo, a psicologia clássica se aproxima da teoria de Freud e determina que o indivíduo é o que é e, por sua vez, não possui domínio completo de suas ações. Quando se fala da Psicopatia, tendo em vista que é um fator genético, fisiológico e ambiental aplica-se bem a teoria de Freud acerca desta impulsividade não dominada. (CASOY, 2008, p. 17)

Neste sentido, considerando que o Psicopata não possui anuência de culpa, mas em seu consciente possui a compreensão da conduta ilícita, escolher fazê-la está diretamente ligada aos fatores de excitação e diversão do ato praticado. Assim, Robert Hare discorre que o indivíduo com psicopatia não possui um código de ética, como outros criminosos comumente possuem que são baseados na lealdade a um grupo ou princípio, com o psicopata tal código inexistente e ele age com cuidado somente com a pessoa que lhe importa, ele mesmo. (HARE, 2013, p. 96)

Dos crimes cometidos por psicopatas pode-se esperar crueldade, requinte e organização, o sentimento de supremacia que o adorna faz com que seja cauteloso para que se sinta intelectualmente superior as demais pessoas, uma vez que são atroz, violentos e inteligentes, sua conduta é a de levar vantagens sobre qualquer tipo de situação, e por gostarem de se sentirem superiores, espera-se crimes hediondos com requinte de crueldade e de grande repercussão.

Neste sentido, para HARE(2013, p.13) deve-se observar nos casos já documentados que a violência praticada por pessoas psicopatas apresentam ações violentas que quantitativamente chega a ser o dobro do número dos outros criminosos, independente se ocorre dentro ou fora do sistema prisional. E completa:

“[...] Este fato existe na medida em que não há nestes indivíduos inibidores de comportamento desse tipo, pois a violência é tida apenas como ferramenta, utilizada de maneira fria e insensível. (HARE, 2013, p. 103)”

Sendo assim, considerando o nível de violência e requinte de crueldade aplicada nos crimes cometidos por psicopatas, e pela incapacidade fisiológica de sentir-se culpados, quando se fala em responsabilidade e aplicação da legislação penal vigente, questiona-se a sua eficácia e o poder de mudança de comportamento.

Uma vez que no Brasil possui um sistema prisional que vislumbra cumprir seu papel de retirar do seio da sociedade o indivíduo que pratica crimes, puni-lo pelo ato cometido e ressocializa-lo para que não volte à desordem, tal premissa não funciona para o psicopata. Deve ser considerado ainda que, a legislação aplicada em crimes cometidos por psicopatas é o Direito Penal Brasileiro que por sua vez, é executada pela Lei de Execução Penal através do Sistema Prisional.

Ocorre que, o sistema prisional também não está apto a receber e tratar indivíduos dotados de TPA, para tanto, O artigo 1º da LEP (Implantação de condições conducentes à integração social dos reclusos) orienta sobre: Art. 1 A execução penal tem por finalidade fazer cumprir as disposições das sentenças ou decisões penais e proporcionar condições para a integração social harmoniosa de criminosos e detidos.

“Porém, a prisão seria por si só, uma fábrica de reincidência e uma verdade “sementeira” da criminalização (TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEO, 2009, p. 30).”

Outra preocupação é a proteção dos demais detentos quanto em sede de sistema prisional é dever do Estado à proteção dos reclusos, uma vez que a Constituição Federal determina:

“É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).”

Neste sentido, a maior ocorrência de crimes cometidos por psicopatas é o de homicídio e para tanto a legislação brasileira atua nos termos do Código Penal, Processo Penal e Lei de Execução Penal, como já reverberado neste estudo.

Não há, portanto, qualquer tratamento diferenciado no sistema prisional no que tange aos demais tipos de crimes cometidos estabelecidos por leis, incorre apenas em crimes cometidos em função de doenças mentais a possibilidade de medida de segurança cumpridos por meio de internação em Hospitais de Custódia, o que não é o caso de detentos que possuem Transtorno de Personalidade Antissocial.

## **6. A DIFERENÇA DO BRASIL PARA OUTROS PAÍSES EM RELAÇÃO A CRIMES COMETIDOS POR PSICOPATAS**

Quando se ouve o termo “Psicopata” ou “Sociopata” logo se lembra de filmes e seriados que tratam de casos ficcionais ou baseados em fatos reais de serial killers que cometeram inúmeros assassinatos, dentre outros crimes.

Tanto no Brasil quanto em outros países, há a ocorrência de crimes cometidos por indivíduos caracterizados como psicopatas, muito embora a caracterização social ou midiática que

parte da tipificação de seus crimes não seja o bastante para identifica-lo como tal, se faz necessária uma avaliação psicológica e psico-comportamental para assim determinar.

A diferença da aplicação penal da legislação brasileira em comparação há outros países está relacionada a constituição das leis de cada país, se há tratamento de reclusão total dos detentos, permissão de visitas, pena de morte. A modalidade penal de cada país é que vai determinar a penalização a ser aplicada a crimes cometidos por psicopatas.

Pois bem, para comparar a aplicação legal da pena a psicopatas é preciso abordar o histórico de crimes por eles cometidos em outros países.

No que concerne a periculosidade do individuo dotado de psicopatia já está esclarecido que é indedutível, tendo em vista que não há um check-list de comportamentos a serem analisados. O psicopata ou o sociopata são atroz e inteligentes a ponto de não se deixarem perceber como tal.

A psiquiatra e escritora Ana Beatriz Barbosa Silva em sua obra *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado* determina que em uma análise a história da humanidade é possível revelar importantes questões quanto a origem da psicopatia, sendo elas a existência do individuo na sociedade e a presença deles em todos os tipos de sociedades, as mais importantes.

Isto é, por ser um fator fisiológico não há que se falar em um surgimento com causa da psicopatia nos indivíduos da sociedade, mas que essa "emoção desligada" no cérebro do psicopata sempre existiu desde os primórdios da civilização. Também quer dizer que apesar do meio em que o individuo dotado de psicopatia é inserido interfira nas suas acepções, na construção da pseudo ética e moral por eles aludidos, não é um fator que interfere nas suas ações ou emoções, pois as suas capacidades de cometer crimes e crimes em série independem do meio que é inserido, seja no contexto de violência, seja no contexto de princípios éticos.

A escritora ainda corrobora:

"Esses fatos reforçam a participação de um importante substrato biológico na origem desse transtorno. No entanto, não invalidam a participação significativa que os fatores culturais podem ter na modulação desse quadro, ora favorecendo, ora inibindo o seu desenvolvimento" (Silva, 2008)"

Isto quer dizer que, ainda que em diferentes países, culturas e legislações capazes de punir o psicopata como alguém que cometeu um crime hediondo, a sanção aplicada não reduz as chances de reincidência.

É tão tal, que países como Estados Unidos da América, Austrália, Holanda, Noruega e China utilizam um instrumento de prevenção, que é um manual chamado "Psychopathy checklist" ou PCL-R, com o intuito de reduzirem os índices de cometimento de crimes.

"A administração do PCL-R provê um método padronizado para quantificar e organizar atitudes e comportamentos observáveis [...] O Rorschach

acrescenta e refina a hipótese sugerida pelo PCL-R [...] Os itens do PCL-R quantificam atitudes observáveis e documentam comportamentos, enquanto os dados do Rorschach os correlacionam. O PCL-R e o Rorschach avaliam diferentes dimensões da personalidade, mas que se complementam.” (GACONO, 1998 apud LOVING, 2002, PP 51-52)

Cabe explicitar que, países como Inglaterra e Estados Unidos lidam com a psicopatia desde seus primeiros traços. Percebe-se, portanto, que esses países já perceberam a importância de tomar uma medida preventiva acerca da psicopatia, detendo estes indivíduos desde as primeiras linhas de psicopatia.

A diferença do Brasil para outros países como os já citados China, Estados Unidos, Holanda, Noruega, Inglaterra e Austrália é que estes países já contam com uma análise comportamental e psicoterápica para identificação e tratamento de transtornos de personalidades e possíveis doenças mentais que podem acarretar problemas na ordem da sociedade. Enquanto que no Brasil, ainda não está plenamente instauradas medidas de acompanhamento e análise de comportamento para identificar tais particularidades no sujeito desde a infância.

Neste sentido a escritoria Priscilla de Oliveira corrobora:

“Desta feita, fica claro que o Brasil, em relação a outros países, se encontra a passos lentos de dirimir com eficiência as questões que envolvam a psicopatia. Com isso, a reincidência de crimes e o número de homicídios tendem a não estagnar, esboçando o hiato jurídico presente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro acerca desta temática.”(OLIVEIRA, 2015)

Esse déficit em conjunto com o sistema penal e de execução moroso pelo qual a legislação brasileira passa para que enfim, possa identificar a psicopatologia ou o transtorno de personalidade podem ser consideradas como causa de aumento de impunidade e reincidência para indivíduos dotados de TPA e outros transtornos mentais.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A aplicação da lei é parte fundamental para que haja equilíbrio e bom convívio na sociedade. O pressuposto de Aristóteles discorre acerca do tratamento igual para os desiguais na medida de suas desigualdades.

A Legislação Penal como o direito punitivo da sociedade brasileira precisa ser capaz de perceber as desigualdades dos atos praticados pelos indivíduos que dela participam. Para tanto, a tipificação do crime só não basta para que ocorra a responsabilização penal de um ato delitivo, mas os detalhes da sua conduta devem ser considerados para tratar o comportamento delitivo.

A psicopatia, ou Transtorno de Personalidade Antissocial é um fato da sociedade e que foge ao controle legal a sua incidência, uma vez que se trata de uma condição fisiológica de difícil caracterização. Quando indivíduos dotados de psicopatia cometem algum ato delituoso, cabe ao



sistema penal brasileiro identificar as razões e motivos que o levaram para tal e assim tratar a sua conduta através de sanções penais que busquem reeduca-lo para o convívio social.

O que não é possível para o psicopata, pois parte do tratamento social aplicado para que haja a ressocialização é a punição e o pensamento de culpa que inibe a reincidência. Enquanto que o psicopata não tem a capacidade de perceber o erro da sua conduta, a reincidência é eminente.

O sistema penal brasileiro precisa se adaptar a essa estatística que só cresce conforme é possível identificar taxativamente por meio de exames psiquiátricos que a conduta delituosa é proveniente de uma pessoa com psicopatia.

Sendo assim, é um problema para o sistema penal que possuímos hoje a dificuldade de acompanhamento e tratamento de um indivíduo com psicopatia, uma vez que a sua pena instituída ao ato ilícito por ele praticado seja estabelecido nos termos da lei, não havendo diferença de tratamento ou tratamento personalizado para essa disfunção.

Portanto, é possível concluir que no decorrer da presente pesquisa que apesar da indubitável necessidade de reclusão do agente psicopata frente aos demais detentos, o sistema prisional brasileiro não comporta essa possibilidade, tão pouco via hospitais de custódia para que os criminosos psicopatas cumpram suas penas através da modalidade de medida de segurança.

O psicopata é um aparte no sistema carcerário, não pertence a ele, não é tratado por ele, tão pouco remoldado para o convívio da sociedade pela sua ausência de sentimento de culpa, remorso ou empatia. A sua condescendência está no pleno conforto do seu convívio que quando conflitado pela pena a ser aplicada, não é passível de persuasão. O que se pode concluir é que ocorre determinada falha para tratar a psicopatia no âmbito penal, mas que a evolução legislativa caminha para que este indivíduo deixe de ser marginal a sociedade. Desta forma, cuida-se apenas, para que o sistema carcerário no âmbito da execução penal realize o melhor tratamento para a reeducação e pleno desenvolvimento da sociedade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rayza Cristina de Souza. **A FIGURA DO PSICOPATA E SUA PUNIBILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**: Efeitos na ressocialização. UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ. Repositório Institucional UNITAU. 2019. Disponível em: < <http://repositorio.unitau.br/jspui/handle/20.500.11874/3566> > Acesso em 30 Agosto 2022.

BATISTA, Talita. **O PSICOPATA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. Jus Brasil. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/59236/psicopatia-no-sistema-prisional-brasileiro/3> > Acesso em: 03 Outubro 2022.

BLACKBURN, R., & Coid, J. W. (1998). **PSICOPATIA E AS DIMENSÕES DO TRANSTORNO DE PERSONALIDADE EM AGRESSORES VIOLENTOS. PERSONALIDADE E DIFERENÇAS INDIVIDUAIS**. Disponível em: < <https://sites.google.com/site/mundodospsicopatas12d/entrevistas-2/1-5-niveis>.> Acesso em: 20 Outubro 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **CÓDIGO PENAL**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >.

**BRASILEIRO: FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO JUDICIAL**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.499.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal - Parte Especial, volume 2, 15ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA NO DIREITO PENAL**

CURVELO, Cássia Angélica Galindo. **A PUNIBILIDADE NO ESTADO BRASILEIRO AOS CRIMES COMETIDOS POR PSICOPATAS**. Universidade Federal Do Maranhão Centro De Ciências Sociais. Repositório Institucional UFMA. 2014. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/123456789/1114> > Acesso em: 23 Setembro 2022.

disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/74020/o-psiopata-e-algumasconsideracoes-juridicas-pertinentes/3> > . Acesso em: 03 Outubro 2022.

Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/55976124/individualizacao-dapena-guilherme-de-souza-nucci-2014/5>. > Acesso em 05 outubro 2022.

GONCALVES, Victor Eduardo Rios Direito penal esquematizado: parte especial /

HARE, Robert D. **SEM CONSCIÊNCIA: O MUNDO PERTURBADOR DOS PSICOPATAS QUE VIVEM ENTRE NÓS**. Porto Alegre: Artmed, 2013. 240 p.

MASSON, Cleber. **CÓDIGO PENAL COMENTADO**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2015.

MASSON, Cleber. **DIREITO PENAL: PARTE GERAL (ARTS. 1º A 120) ~ V. 1** / Cleber Masson. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

NOVO, Benigno Núñez. **A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. Empório do Direito. 2017. Disponível em: < <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-realidade-do-sistema-prisional-brasileiro-1508760311> > Acesso em 28 Outubro 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA** – 6ª edição, 2014.

OLIVEIRA, Priscilla. **DIREITO COMPARADO E A PUNIBILIDADE DO PSICOPATA HOMICIDA**. Jus Brasil. 2025. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psiopata-homicida> > Acesso em 26 Outubro 2022.

RIBEIRO, Paola Vilas Verde. **A (IN) EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DE PENA DIANTE DA PSICOPATIA: UMA ANÁLISE DA CULPABILIDADE DOS PSICOPATAS**. Universidade Católica Do Salvador. Repositório Institucional UCSAL. 2022. Disponível em: < <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/4858> > Acesso 18 Outubro 2022.

ROCHA, Fernando A N Galvão, Direito Penal Curso Completo – Parte Geral, Editora: Del Rey, 2007.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentres Perigosas – O psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **MENTES PERIGOSAS**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008,

SIQUEIRA, Marília Gabriela Silva. **OS NÍVEIS DE PSICOPATIA E O TRATAMENTO DADO AO PSICOPATA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**. PRODUÇÃO ACADÊMICA Repositório Acadêmico da Graduação (RAG) TCC Direito. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/2134> > Acesso em: 31 Outubro de 2022.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **DIREITO PENAL: VOLUME ÚNICO** / Artur de Brito Gueiros Souza, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. São Paulo: Atlas, 2018.

## A REGULAMENTAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

**DANIEL TADEU DUARTE CALVET:**  
Graduando em Direito – UEMA.

**RESUMO:** Este artigo parte do questionamento da função social da propriedade urbana em relação ao seu limite, sua definição ou forma de exploração, seja loteado ou alocado para habitação popular. Recorrendo ao método hipotético-dedutivo foi feita pesquisa baseada em levantamento de dados bibliográficos. Primeiramente, são apresentados os conceitos de propriedade a luz da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002. Em seguida, as leis que fundamentam a regulação da função social da propriedade urbana. E, finalmente, busca identificar, a luz dos princípios constitucionais da dignidade humana e da justiça social, como se processa a função social da propriedade urbana.

**Palavras-chave:** Função Social da Propriedade Urbana. Regulamentação. Habitação Popular.

**ABSTRACT:** This article starts from the questioning of the social function of urban property in relation to its limit, its definition or form of exploitation, whether subdivided or allocated to popular housing. Using the hypothetical-deductive method, research was based on data collection bibliographic. First, the concepts of property are presented in the light of the Constitution of 1988 and the Civil Code of 2002. Then, the laws that underlie the regulation of the function of urban property. And, finally, it seeks to identify, in the light of constitutional principles human dignity and social justice, how the social function of urban property is processed.

**Keywords:** Social Function of Urban Property. Regulation. Popular Housing.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito de propriedade à luz da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002. 3. As leis que fundamentam a regulação da função social da propriedade urbana. 4. O processamento da função social da propriedade urbana à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana e da justiça social. 5. Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

A propriedade como delimitação moderna é uma criação das Revoluções liberais do século XVIII, tida como uma projeção do próprio indivíduo, como direito natural, sendo, portanto, ilimitada, onde o Estado existe para proteger a propriedade. Esta concepção permeia a Constituição Americana de 1787, depois a francesa e o primeiro código civil de napoleão. Há, na verdade, uma ideia de liberdade contratual, sem interferência do Estado, para garantir a liberdade econômica.

Este modelo sustenta-se até o início do século XX, quando surge a participação popular na política com o rompimento do modelo censitário atrelado a renda, onde só podia votar quem tivesse propriedade, a partir de determinada renda.

Inicialmente, há um sufrágio masculino, a nível mundial, que se solidifica com a primeira guerra mundial, quando o Estado é levado a lidar com uma economia de guerra, tendo então que

participar da economia com planejamento e reestruturação do setor produtivo. Historicamente, a partir da República de Weimar, na Alemanha, que elabora uma constituição onde a concepção de propriedade deixa de ser algo absoluto e passar a ser protegida pelo Estado e a cumprir uma função social, ou seja, ela tem que ser utilizada no sentido de ser útil para a coletividade (BERCOVICI, 2003).

No Brasil, primeiramente, surge na constituição de 1934 onde a propriedade poderia ter seu conteúdo definido em lei, de acordo com o interesse coletivo. Depois, surge na Constituição de 1946 e, finalmente, na Constituição de 1988, foco deste trabalho. Lembrando que na Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se os princípios e objetivos fundamentais, visando garantir a base constitucional do Estado Democrático de Direito.

A regulamentação da função social da propriedade urbana está alinhada aos princípios constitucionais no Estado democrático de direito, em especial a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

O estudo do referido tema é de suma importância para o âmbito do direito, à medida em que a função social da propriedade estabelecida pela Constituição de 1988 tem sido combatida por um viés ideológico liberal que dificulta o reconhecimento de sua regulamentação com base nos princípios do Estado Democrático de Direito, principalmente quanto à dignidade da pessoa humana e à justiça social. Carece, portanto, de desmistificação para que esta relação seja compreendida no ordenamento jurídico.

O presente artigo científico será elaborado por meio de pesquisas bibliográficas, constituída com monografias e ensaios doutrinários. Em relação aos seus objetivos, a pesquisa será de análise elaborada mediante os levantamentos bibliográficos. A respeito dos procedimentos técnicos, o método adotado será a pesquisa bibliográfica que busca a solução de problemas a partir de material já finalizado.

## **2 CONCEITO DE PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O direito à propriedade é um dos mais complexos dos direitos reais. Orlando Gomes (2006) divide em três requisitos: sintético, analítico e descritivo. Dessa forma, sinteticamente a propriedade revela-se como submissão da coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. Por outro lado, no sentido analítico para o jurista a propriedade está ligada aos direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coisa. Além disso, pelo ponto descritivo, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo sob qual uma coisa está subordinada a uma pessoa obedecendo os limites da lei.

Outrossim, a propriedade é um direito fundamental garantido no artigo 5º, XXII da Constituição Federal, direito que alguém possui sobre um bem determinado. Segundo Maria Helena Diniz (2007), direito que pessoa jurídica ou física tem, dentro dos limites da lei, de usar, gozar, usufruir, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, e de reivindicá-lo de quem o detenha injustamente.

Por outro lado, apesar de a Constituição de 1988 garantir o direito a propriedade a todos, assim como todos os direitos fundamentais, não é absoluto. Portanto, a Lei Maior estabelece limites, entre eles a função social, concepção reforçada pelo Estatuto da Cidade.

Ademais, o Código Civil elenca no artigo 1228 os poderes elementares do proprietário: direito de usar (*jus utendi*), ou seja, a faculdade do dono de utilizar, ou não, a coisa da maneira que lhe for mais conveniente, sem alterar sua substância, e obedecendo os limites legais; direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*), aquele que se percebe os frutos naturais e civis da coisa, e possibilidade de aproveitamento econômico de seus frutos; direito de dispor da coisa (*jus abutendi*), consiste no poder de transferir, alienar a coisa, e gravá-la de ônus.

### **3 DAS LEIS QUE FUNDAMENTAM A REGULAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA**

A função social é intrínseca da propriedade, não significa restrição de gozo e uso dos bens próprios, trata-se da aptidão produtiva da propriedade, ou seja, revela o destino determinado da coisa, o poder de vinculá-lo a certo objetivo, dever imposto pela Constituição Federal. Desse modo, requer de todo dono de riqueza a obrigação de manuseá-la para crescimento da riqueza social.

Na medida que essa qualificação social não desnatura os elementos da propriedade privada, importa compatibilizar o direito subjetivo e a função, aquele condicionado por esta, mediante imposição de deveres, positivos ou negativos, visando o cumprimento da finalidade definida para os bens objeto do direito de propriedade, segundo sua natureza e de acordo com as diversas situações merecedoras de tutelas especiais. (CHALHUB, 2003, p. 4).

A Carta Magna dispõe que a propriedade deve respeitar os limites da função social, no artigo 5º, XXIII, e também impõe limites a ordem econômica, estabelecendo barreiras à atividade empresarial, artigo 170, II.

De acordo com Oliveira (2011), a Constituição Federal de 1988, conferiu nova formatação ao direito de propriedade, conduziu o exercício do direito de propriedade à sua função social, priorizando a coletividade em detrimento do capital, o que determinou uma reavaliação dos textos infraconstitucionais.

Além disto, o Código Civil de 2002 anuncia que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas, sociais, preservando, em conformidade com a legislação especial, a flora, fauna, belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando a poluição das águas e do ar. (art. 1228, §1º). Desse modo, afasta-se da concepção romana de propriedade, para concilia-la com os objetivos sociais da sociedade contemporânea.



Ressalta-se que, a função social da propriedade urbana é prevista pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), que determina a necessidade do planejamento urbano, estabelecendo garantia fundamental do Estado, já que regula o uso da propriedade urbana em prol do coletivo, da segurança, do bem-estar dos cidadãos, bem como o equilíbrio ambiental.

Nota-se que as leis que fundamentam a regulação social da propriedade produzem efeitos para além da problemática da apropriação da terra, permitindo o debate sobre a propriedade urbana a partir da função social da cidade.

Este aspecto é ratificado pelo art. 182 da CF que prevê política urbana visando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. Dessa forma, seguindo o ordenamento jurídico, o Estatuto da Cidade estabelece as normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Portanto, todas as peças se conectam num mesmo objetivo, montando o arcabouço jurídico que permeia a função social da propriedade urbana.

#### **4 O PROCESSAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA JUSTIÇA SOCIAL**

A ideia de proteção do indivíduo e de sua família contra as necessidades materiais sempre foi associada a propriedade privada como meio de garantir a sua subsistência. Neste sentido estaria limitada a mero instrumento garantidor de subsistência individual e familiar, ou seja, da dignidade da pessoa humana, como um direito fundamental, mas com conotação de direito individual.

Em outras palavras, segundo Bogovici, nestes termos não seria imputada à propriedade função social se considerar apenas a visão privatista do indivíduo. É necessário que o Estado exerça seu papel para impor limites à defesa do uso da propriedade como instrumento de poder.

Sob esse ponto de vista, não é possível defender a propriedade como direito de dignidade humana de um em detrimento de outro, pois já o deixou de ser como atesta Comparato (1997, p. 92):

“quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação”.

Observa-se que o autor reconhece a propriedade como direito da dignidade humana, apesar da ressalva quando associada a instrumento de poder, exatamente quando se desvincula de sua função social e assume o outro lado da moeda que, historicamente, resulta em exclusão de direitos.

No âmbito da propriedade rural, esta situação é evidente e imediatamente é relacionada a necessidade de reforma agrária como solução. No entanto, quando se trata de propriedade urbana a situação da moradia é vista como ponto isolado, não se vê como resultado de ausência de política de distribuição de renda, mas como consequência da falta de emprego. Essa visão simplista distorce até a concepção do art. 6º da Constituição de que moradia é um direito fundamental.

Ora, se a Constituição nos art. 1º e 3º, que trata dos objetivos e princípios fundamentais, determina que a função social seja um conceito vinculado a igualdade material e proteção da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que o pressuposto para a tutela do direito de propriedade é o cumprimento da função social.

Além disso, a propriedade privada e sua função social são categorizadas como princípios de ordem econômica e financeira, conforme art. 170 da CF, que ratifica a necessidade de assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social. Neste sentido, deve-se abordar a política urbana que visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.

Portanto, como direito fundamental, a doutrina admite que a propriedade deixou de ser um direito absoluto. Essa relativização expõe um estado permanente de conflito e a solução desse conflito passa pela restrição de um dos direitos a ser tratada pelo operador do direito, dado que as lacunas na política de desenvolvimento social e econômico do Estado, visando reduzir as desigualdades, bem como a adoção de instrumentos como o Estatuto da Cidade, não tem correspondido ao resultado esperado.

Dessa forma, a colisão de direitos fundamentais da propriedade privada, tendo em vista o direito à moradia, diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social, aliada a omissão do Estado, resultará na judicialização para resolução da situação pelo aplicador do direito que deverá recorrer aos princípios da proporcionalidade a fim de harmonizar os bens jurídicos tutelados.

Acontece que, no que se refere ao direito de propriedade, o princípio da função social exerce, constitucionalmente, o papel de limitador.

Ademais, como posto pela Constituição e confirmada pelo Estatuto da Cidade, o bem estar dos indivíduos das cidades impõe a aplicação de uma política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo poder público para ordenar o desenvolvimento, criando condições adequadas de habitação, trabalho e recreação, de forma sustentável (SANTOS, 2008).

## **5 CONCLUSÃO**

A regulamentação da função social da propriedade urbana, ainda que fundamentada pela Constituição e pelo Estatuto da Cidade, carece de políticas públicas efetivas do Estado para

impor limites à defesa do uso da propriedade como mero instrumento de poder de um em relação a outro que não dispõe das mesmas condições sociais, políticas e econômicas.

Cabe ao Estado reduzir as desigualdades sociais, adotando políticas de distribuição de renda que busquem equilibrar a relação, contribuindo para diminuir a tensão social que tem resultado em violência urbana. Afinal, a função social da propriedade é garantida pela Constituição. Num Estado Democrático de Direito, falta o cumprimento da lei para resolução de conflitos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Federal nº 10257, de julho de 2001. Disponível:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)

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/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)

BERCOVICI, Gilberto. **O Direito de Propriedade e a Constituição de 1988: Algumas Considerações Críticas**. Cadernos de Direito, v. 3, n. 5, p. 67-77, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Revista CEJ, v. 1, n. 3, p. 92-99, 1997.

CHALHUB, Melhim Namen. **Função social da propriedade**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003.

DE OLIVEIRA, Cláudia Alves. **Estudo de Impacto de Vizinhança: Um Aspecto da Função Social da Propriedade Urbana**. Revista de Direito da Cidade, v. 3, n. 2, p. 206-225, 2011.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.v.4: Direito das coisas.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro Forense, 2006.

SANTOS, Kleidson Nascimento dos et al. **A propriedade urbana e sua função social perfil constitucional e efetividade a partir de instrumentos do estatuto da cidade**. 2008.

## **INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL PÓS MORTEM E O IMPACTO NAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS E JURÍDICAS**

**JULIANA DUARTE DA SILVA:**

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro

**RESUMO:** O ordenamento jurídico brasileiro tardou no reconhecimento dos impactos causados pela tecnologia na vida humana, o qual inclui a inseminação artificial post mortem, que tem diversos impactos na sociedade atual, seja no âmbito familiar, patrimonial ou sucessório. Sendo assim, diante da ausência de proteção jurídica adequada, os procedimentos envolvendo material genético humano avançaram de forma que o poder legislativo e o poder judiciário não acompanharam, sendo este tema uma pauta relativamente nova sob o ponto de vista histórico, sociocultural e jurídico. É de suma importância o estudo das formas de proteção jurídica das partes que optam por realizar o procedimento de inseminação artificial, bem como conceituar inseminação artificial post mortem, contextualizando-a historicamente, e analisar a existência de dispositivos legais utilizados no Brasil para a solução de litígios envolvendo o referido tema, e avaliar o disposto no ordenamento jurídico brasileiro e a posição jurisprudencial no que se refere a inseminação artificial post mortem, bem como a efetividade de sua aplicação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inseminação artificial. Post Mortem. Tecnologia. Ordenamento jurídico.

**ABSTRACT:** The Brazilian legal system was late in recognizing the impacts caused by technology on human life, which includes post-mortem artificial insemination, which has several impacts on today's society, whether in the family, heritage or succession. Therefore, in the absence of adequate legal protection, procedures involving human genetic material advanced in a way that the legislature and the judiciary did not follow, and this issue is a relatively new agenda from the historical, sociocultural, and legal point of view. It is extremely important to study the forms of legal protection of the parties that choose to carry out the procedure of artificial insemination, as well as to conceptualize post mortem artificial insemination, contextualizing it historically, and to analyze the existence of legal provisions used in Brazil to solve these problems. litigation involving the aforementioned topic, and to evaluate the provisions of the Brazilian legal system and the jurisprudential position regarding post mortem artificial insemination, as well as the effectiveness of its application.

**KEYWORDS:** Artificial insemination. Post mortem. Technology. Legal order

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL O AVANÇO DA TECNOLOGIA NO RAMO GENÉTICO E SUA POSTERIOR ACEITAÇÃO NA SOCIEDADE. 2.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM. 3 IMPACTOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NA SOCIEDADE ATUAL. 4 POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS REFERENTES A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NO NOVO CPC. 5 CONCLUSÃO.

### **1 INTRODUÇÃO**

A relevância social da abordagem sobre a inseminação artificial post mortem e a posição do ordenamento jurídico brasileiro em relação ao assunto supramencionado decorre da importância de garantir a regulamentação específica sobre esse tema nas mais diversas vertentes, e conseqüentemente a aplicabilidade dos direitos conquistados ao longo das últimas décadas. Contudo, não basta apenas garantir a tutela jurisdicional, mas também a conscientização da população para o conceito de inseminação artificial e as suas conseqüências nas relações humanas e também os reflexos de tal ato no que se refere à esfera patrimonial e nos direitos de sucessão.

Seja um namoro ou matrimônio, ou qualquer que seja a forma de relação envolvida quando se trata de inseminação artificial, é dever do judiciário assegurar que as vontades das partes e os devidos direitos sejam garantidos.

Assim, trata-se de um assunto relativamente novo pois é conseqüência direta dos avanços tecnológicos, no qual urge a necessidade de uma legislação específica, tanto no direito brasileiro quando nos demais, do contrário poderá ocorrer graves prejuízos, tanto para as gerações atuais quanto para as gerações futuras.

A presente pesquisa busca contribuir com a revelação de formas de proteção jurídica para as partes, bem como expor a proteção prevista no ordenamento jurídico brasileiro e o entendimento jurisprudencial sobre o tema supramencionado. Atualmente, no Brasil, é parca a pesquisa científica sobre o referido tema, pois basicamente as pesquisas envolvendo ao assunto geralmente limitam-se apenas ao direito sucessório, ignorando os demais acontecimentos que envolvem muito mais que o direito de sucessão, nas demais áreas do direito civil, e nos princípios que tratam dos Direitos Fundamentais, podendo assim ser considerado relativamente novo quanto à pesquisa, pois apesar de ser um acontecimento que foi normalizado rapidamente pela sociedade, o que é disposto de conteúdo sobre o tema não acompanhou tal evolução, sendo assim quando se trata de legislação ou de doutrina sobre o referido tema, ainda existem poucos conteúdo considerando a vastidão do assunto e suas ramificações, porém já é possível notar um certo avanço no que concerne aos tipos de diversas proteções que podem ser criadas, as quais estão surgindo atualmente, buscando definir as condições do uso de material genético e do modo de resolver os litígios inerentes a este, bem como reparar os danos causados às vítimas e evitar que situações semelhantes se repitam no futuro.

A finalidade da pesquisa, ao confirmada a existência de proteção às vontades das partes tanto na lei, quanto na jurisprudência, e a partir do esclarecimento para que esta seja considerada válida, sem prejuízo algum em sua execução e posteriores resultados, busca contribuir para que ocorram decisões com embasamento jurídico e científico para a conscientização da população sobre o referido assunto e suas particularidades, com a finalidade de prevenir a existência de litígios, que poderiam ser previamente evitados caso já houvesse uma discussão relevante sobre o assunto em questão.

## **2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL: O AVANÇO DA TECNOLOGIA NO RAMO GENÉTICO E SUA POSTERIOR ACEITAÇÃO NA SOCIEDADE**

O avanço da tecnologia, impacta diretamente o estilo de vida de cada indivíduo, e no ramo da genética não foi diferente. A inseminação artificial veio como uma solução para as pessoas que

apresentavam alguma dificuldade em ter filhos: seja por questões genéticas ou sociais, casais heteroafetivos ou homoafetivos, e até mesmo mulheres solteiras, para que assim pudessem realizar o sonho de se tornarem mães, sem necessariamente ter um companheiro.

Após diversos estudos, os procedimentos envolvendo material genético humano lograram êxito, como bem citado por Machado:

Após longos estudos, na tentativa de quebrar esta barreira biológica imposta por mutações genéticas, patologias ou até mesmo por circunstâncias externas, o homem conseguiu, na década de 70, na Inglaterra, conceber a primeira criança obtida pela técnica da fertilização *in vitro*, utilizando gametas dos seus próprios pais. (MACHADO, 2005, p. 31).

As particularidades inerentes a tecnologia e aos procedimentos, que se apresentavam como solução foram atingindo outros objetivos, conceito bem explicado por MADALENO, a saber:

A fertilização *in vitro* faz parte, juntamente com a inseminação artificial, do que se entende hoje por reprodução humana assistida, ou seja, um aglomerado de técnicas díspares que possuem o objetivo maior de combater a esterilidade ou até mesmo de prevenir as patologias genéticas e hereditárias que possam vir a surgir. (MADALENO, 2010, p. 59).

Os impactos e as transformações na sociedade vieram como uma solução para os problemas de infertilidade, conforme explica Ferraz:

Surge assim, a reprodução humana assistida como um meio de garantir que os problemas causados, seja pela infertilidade, seja pela esterilidade, torne possível, ainda que por artifícios médicos, concreto o desejo de determinadas pessoas de se tornarem pai e mãe. (FERRAZ, 2009, p. 41).

Conforme explicado pela ginecologista e obstetra Dra. Juliana Amato, o procedimento de inseminação intrauterina (popularmente conhecido como inseminação artificial) diferente da *fertilização in vitro* é um procedimento de baixa complexidade.

O procedimento de inseminação artificial, por ser mais simples não necessita de anestesia e pode ser realizado em consultório. O uso desse material após a morte de uma das partes interessadas na realização do procedimento, para gerar uma nova vida, é o tema do referido trabalho tendo em vista a sua complexidade, pois atinge várias áreas do direito. Por ser um tema relativamente novo, merece mais atenção tanto por parte da população, quanto por parte do judiciário.

A inseminação artificial pode ser realizada de maneira heteróloga, a saber:

Há uma divisão a ser considerada da inseminação artificial. Será a técnica heteróloga, quando o material genético utilizado para gerar a vida é de um



terceiro, não pertencente à relação, ou seja, utiliza-se de gametas doados, que podem advir de uma doadora feminina, de um doador masculino, ou de ambos. (FERNANDES, 2000, p. 57-58)

Poderá também ocorrer que a inseminação artificial seja realizada de maneira homóloga:

Mas também poderá ser homóloga, havendo, portanto, a utilização dos gametas, masculinos e femininos, para a implantação uterina, oriundos do próprio casal ou companheiros, que o faz de modo artificial por não conseguir naturalmente. (FERNANDES, 2000, p. 57)

O Código Civil de 2002, buscando acompanhar os avanços tecnológicos e o livre planejamento familiar previsto constitucionalmente, reconheceu a possibilidade da inseminação artificial, nas duas modalidades atualmente existentes: seja ela na vertente heteróloga ou homóloga, considerando-os concebidos na constância do casamento.

Quanto a inseminação artificial heteróloga, não há maiores divergências: necessita-se da autorização prévia do marido, pois trata-se de doação de material genético estranho à relação, ou seja, biologicamente não será o material do cônjuge o utilizado, no entanto, segundo Dias (2017, p. 398), “gerará presunção absoluta *juris et de jure*, pois não há a possibilidade de a filiação ser impugnada”.

A inseminação artificial homóloga, ao contrário da supramencionada, utiliza material genético do próprio casal. O Código Civil, neste ponto, aborda duas possibilidades: a do embrião excedentário, resultado da utilização do material genético do próprio casal, no qual não houve a implantação deste no processo de fecundação, ficando, portanto, guardado e a do embrião que já estava concebido, através da mesma técnica, à época da morte do seu genitor. Ambas as hipóteses também presumem, de acordo com o diploma normativo, a ideia de que fora o feto concebido na constância do casamento, havendo, portanto, a filiação para com o cônjuge da sua genitora.

Embora cada uma das hipóteses previstas traga, de certa maneira, alguma discussão em torno de si, é a inseminação artificial homóloga *post mortem* que é objeto de estudo do referido trabalho, tendo como análise o material genético que foi depositado no banco de sêmen por razões pessoais e que não se confunde com as hipóteses acima descritas, uma vez que não foi o embrião ainda concebido.

## **2.1 Inseminação artificial post mortem**

A inseminação artificial post mortem consiste na realização do procedimento da mesma forma, a diferença consiste no impacto do uso do material genético: uma das partes não está mais viva para expressar a sua vontade, logo não há possibilidade de uma eventual desistência do procedimento por parte do doador do material genético. Para a realização do procedimento, a vontade que deverá ser considerada é a que o de cujus exauriu de forma explícita, ainda em vida. Buscando esclarecer o significado desse inciso a I Jornada de Direito Civil nos trouxe o Enunciado 106 com o seguinte conteúdo:

**106** – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Logo, o procedimento de inseminação artificial post mortem, entra em um conflito ético e jurídico, tendo em vista que a decisão e coleta do material genético foi em vida, porém a geração de uma nova vida e os impactos serão resultados póstumos.

### **3 IMPACTOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NA SOCIEDADE ATUAL**

É de suma importância esclarecer que o conceito de família sofreu alteração ao longo dos anos, conforme bem explica Dias:

Em face da reunião de duas pessoas para o acasalamento, ausente qualquer tipo de afeto e demonstração de sentimentos, em regra, possibilitou-se que essa agregação denominada família estabelecesse um viés conservador nas suas relações entre si e perante terceiros, ou seja, gerou situações fáticas que consolidaram a ideia de um instrumento de formalização desta relação, qual seja, o casamento com todos os seus efeitos aceitos até poucos anos atrás. (DIAS, 2017, 33-34).

Considerando que a família é um instituto que é um dos principais pilares da sociedade, a sua regulamentação jurídica, assim como qualquer outro tema, sofreria alterações a partir das mudanças ocorridas na sociedade que necessitassem de regulamentação.

O Código Civil sempre trouxe diversos pontos marcantes que regeram a sociedade brasileira durante anos. No entanto, mesmo abordando a maior quantidade de assuntos possíveis, nem sempre a disposição sobre estes foi específica, havendo em alguns casos apenas uma regulamentação genérica, que não traz solução definitiva aos litígios.

Neste sentido, no que se refere às inovações legislativas decorrentes de evoluções científicas, não ocorreu menção à inseminação artificial homóloga póstuma, a qual conforme abordado anteriormente, se utiliza do material genético do próprio cônjuge, no qual, obtendo êxito na fecundação após a morte do genitor e doador do sêmen, o marido, gera uma nova vida e conseqüentemente um novo herdeiro. Situação está que diante da ausência de regulamentação específica, gera confusão quanto aos efeitos sucessórios perante o concebido.

Como consequência das lacunas legais, há uma negativa de acesso do filho concebido à herança, violando assim um direito constitucionalmente garantido. Importante ressaltar que tanto a Constituição Federal como o Código Civil regulamentam o direito de herança, a qual é destinada a determinadas pessoas que compõem uma linha sucessória, na qual se pode encontrar o descendente, independentemente de sua origem. Como bem explica Barroso:

No entanto, a supremacia constitucional que deveria ser mantida, seja diante de regras ou de princípios, seja em razão da posição que ocupa e da importância que emana, decai perante os demais atos e entendimentos que lhe são contrários, sendo que aquela é que deve regular a produção e os efeitos destas. (BARROSO, 2009, p. 372).

Assim, diante das várias modalidades disponíveis para gerar um feto atualmente, é inegável que a reprodução humana assistida conquistou um lugar importante na sociedade atual e que é uma modalidade em que as suas peculiaridades se desenvolveram de maneira célere ao ponto de os legisladores não acompanharem todas as suas particularidades. Contudo, não restam dúvidas de que a concepção *post mortem*, a qual é resultado do material genético do próprio casal, é a que mais carece de proteção legislativa, uma vez que é nesta situação que o prejuízo sucessório para o concebido pode vir a acontecer.

#### **4 POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS REFERENTES A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM NO NOVO CPC**

Considerando a inerente mudança diária da sociedade, em busca de progresso nas mais diversas áreas, nem sempre a legislação acompanha os novos fatos ou mudanças que acontecem de maneira acelerada. Deste modo a proteção jurídica nem sempre é aplicada com celeridade, no entanto diante da ausência de legislação específica, segue-se uma ordem de hierarquia das normas a serem aplicadas ao caso concreto, a qual foi criada pelo ilustre jurista Hans Kelsen, intitulada como pirâmide normativa, e conhecida como pirâmide de Kelsen.

A pirâmide segue uma hierarquia, no qual tem-se as normas de maior importância e as de menor relevância, na qual a inferior deve submeter-se a superior, com a finalidade de solucionar conflitos aparentes entre estas, pois uma norma pode tratar de mesma matéria, mas em espécies de leis diferentes.

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, este segue o Princípio da Supremacia da Constituição, sendo assim todas as normas que estão inseridas dentro da Constituição Federal detêm supremacia formal sendo assim superiores as leis infraconstitucionais.

A Constituição de um Estado é considerada sua Lei Fundamental, ou seja, é a base hierárquica de todo o sistema jurídico desse Estado e por ser considerada a Lei Maior, todas as outras que sobrevierem deve obediência a esta, assim haverá a análise se esta norma realmente é válida, ou seja, constitucional, cumprindo os preceitos dispostos na Constituição, ou se de alguma forma viola o que está disposto, devendo ser considerada inconstitucional.

Assim, pelo pensamento do jurista citado acima, o ordenamento jurídico brasileiro seguiria a seguinte hierarquia: a Constituição Federal no topo, contendo todas as diretrizes, princípios e fundamentos que devem ser seguidos pelas outras normas e posteriormente as leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, as medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções portarias, e assim sucessivamente.

Por ser a Constituição toda a base do ordenamento jurídico brasileiro toda vez que um fato novo não regulado em lei aparecer, é necessário que os princípios da Constituição sejam observados e respeitados. O fato novo, o qual é o objeto de estudo desta pesquisa, refere-se as técnicas de reprodução assistida, especificamente a inseminação artificial “post mortem”. Esta técnica foi contemplada pelo Direito Brasileiro, ao ser introduzida no atual Código Civil no Artigo 1597, incisos III e IV, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

CC - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002

Institui o Código Civil.

## SUBTÍTULO II

### Das Relações de Parentesco

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

I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Portanto, não restam dúvidas de que diante da omissão da lei sobre a inseminação “post mortem”, os princípios presentes na Constituição Federal deve ser observados e respeitados, já que nenhuma técnica pode afrontar a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, entre outros princípios tão importantes presentes em nossa Carta Magna. O próprio Código Civil disciplina na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que quando houver a omissão da lei, devem ser observados os princípios gerais de direito: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Sendo assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura como princípio fundamental e norteador o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, CFRB/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - A soberania;

II - A cidadania;

III - A dignidade da pessoa humana;

Vale ressaltar que a expressão “dignidade da pessoa humana” foi usada pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, tamanha sendo a importância deste princípio, o qual também está diretamente ligado a um mínimo existencial, ou seja, tudo aquilo que é necessário para uma pessoa viver de forma digna, assim como nos ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Em consonância a este dispositivo, importante destacar também que o planejamento familiar também está previsto na Carta Magna no art. 226, § 7º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Vale ressaltar que este parágrafo é regulado pela Lei nº 9263/96 que, além de outras providências, apresenta o conceito de planejamento familiar, a saber:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais

de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Dada as premissas constitucionais, no atual código Civil de 2002, mais especificamente, no capítulo dos direitos sucessórios, houve a previsão da possibilidade da prática de inseminação artificial, no entanto, não regulamentou em nenhuma lei específica, sendo apenas uma interpretação geral.

Considerando a relevância do tema e o impacto que uma decisão judicial envolvendo o caso terá nas relações pessoais dos indivíduos envolvidos, urge a necessidade de pacificação sobre o tema tendo em vista que o mérito vai muito além de uma relação contratual, pois a finalidade é gerar uma nova vida. Os possíveis impactos do resultado positivo deste procedimento em outras áreas da sociedade é mera consequência, não sendo este o principal empecilho para realização do procedimento.

A principal questão a ser debatida no que se refere a este tema são as condições sob as quais a autorização do uso do material genético aconteceu e como esta vontade foi externada.

Importante ressaltar que embora a decisão de realização do procedimento e seus efeitos se limitem, em regra, a duas partes, esta vontade para ter efeito necessariamente vai envolver uma empresa, pessoa jurídica de direito privado, que constará os detalhes que envolvem a contratação da mesma para realização do serviço, em um contrato.

Os contratos podem ser definidos, por exemplo, como um acordo de vontade, cuja finalidade pode ser a criação, a extinção de direitos, ou até mesmo a sua modificação. Podendo assim, ser classificado como um modelo de negócio jurídico bilateral.

Sendo assim, a manifestação de vontade, pode ser considerada como o primeiro elemento, sendo essencial para a existência do negócio jurídico. A vontade se processa, primeiramente, na mente do indivíduo – momento este que é subjetivo, psicológico, inerente a sua formação. Contudo, no momento em que a vontade é exteriorizada – a qual é conhecida como fase objetiva –, que pode ocorrer por meio de uma declaração, está se torna apta a produzir efeitos, na medida em que se torna pública ou conhecida.

Assim, pode-se dizer que não é a vontade propriamente dita que consiste em um requisito de existência dos negócios jurídicos, mas a maneira como ocorre a sua manifestação pode colocar em jogo a validade do negócio jurídico, podendo este ser considerado inválido ou até mesmo anulado.

Na legislação brasileira, a manifestação de vontade pode ser expressa ou tácita. É expressa quando exteriorizada por escrito, verbalmente, por meio de mímica ou gesto, de forma a ser considerada inequívoca. Esta também é considerada tácita, quando a vontade do agente é inferida de sua conduta, e somente terá validade quando a lei não exigir que seja expressa, conforme dispõe o art. 111 do Código Civil brasileiro:



CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002

Institui o Código Civil.

Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Deste modo, os Tribunais do Estado brasileiro têm adotado, através do entendimento jurisprudencial, que é possível e garantido aos "contratantes" a prática de inseminação artificial, conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça, no Processo Resp. 1.918.421:

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando provimento aos recursos especiais, divergindo do relator, e a manifestação do relator mantendo seu voto anterior, e o voto do Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico de J L Z, falecido, nos termos do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão.

É neste ponto que recentemente houve o supramencionado entendimento jurisprudencial, inovador no sistema jurídico brasileiro, o qual infelizmente indeferiu o uso do material genético para realização da inseminação artificial post mortem, tendo em vista que a manifestação da vontade, qual seja o elemento primordial para a autorização do uso do material genético após a morte do autor, não constava no contrato de maneira explícita.

Portanto, para utilização do material genético para fins de inseminação artificial mesmo com o óbito de uma das partes, faz-se necessária que a autorização seja inequívoca, formal e expressa a vontade das partes envolvidas, não podendo este elemento ficar subentendido.

Conforme bem explica a advogada Priscila Corrêa da Fonseca, sobre o referido julgado, o entendimento da 4ª turma está em conformidade com as disposições legais aplicáveis ao caso, em tema que representa verdadeiro leading case, diante de seu ineditismo.

"É de suma importância que a autorização para a implantação post mortem de embriões criopreservados seja manifestada de forma expressa, específica e indubitável. Essa manifestação é imprescindível, sob pena, inclusive, de abrimos oportunidade para práticas não condizentes com a ética médica e científica, como, por exemplo, a manipulação do genoma humano de forma indiscriminada."

Logo, há o que se falar na existência de proteção jurídica, mas também há o que investigar quanto a sua efetividade, considerando as diversas áreas que tal assunto pode afetar, seja nas relações interpessoais, no âmbito familiar, ou demais áreas ligadas a economia ou ao direito. A ausência de regulamentação específica é uma realidade no momento que precisa ser alterada, pois as partes envolvidas necessitam de segurança jurídica, afinal constituir uma família é um direito constitucionalmente garantido no ordenamento jurídico brasileiro.

## **5 CONCLUSÃO**

Tendo em vista os aspectos observados, no qual os procedimentos envolvendo a tecnologia e a manipulação de material genético humano, qual seja a inseminação artificial e suas vertentes, se desenvolveram e avançaram de uma maneira muito rápida, de tal forma que os legisladores não acompanharam tal evolução. Entende-se que trata-se de um tema relativamente recente, porém já existem estudos suficientes e entendimentos em Tribunais Internacionais que justificam que uma maior proteção no ordenamento jurídico brasileiro faça-se presente o quanto antes, podendo até mesmo ser considerada urgente.

É de suma importância que os assuntos inerentes à vida humana e suas particularidades tenham uma legislação específica, e não somente uma regulamentação genérica. Mesmo com todas as ramificações e variáveis que um assunto possa ter, é dever do Estado legislar sobre tal, de modo a não deixar que seus cidadãos sofram prejuízos, alguns destes podendo até ser irreparáveis.

Contudo, no que diz respeito ao tema na esfera privada, vale ressaltar que no âmbito particular, no que se refere a realização do procedimento e manifestação da vontade para elaboração de contrato para realização do serviço, qual seja o procedimento de inseminação artificial, prevalece o disposto no Código Civil, sendo assim é essencial a presença da manifestação expressa e inequívoca, para que não reste dúvidas quanto a coleta, uso e descarte do material genético em questão.

As cláusulas devem ser claras e não deixarem lacunas quanto as particularidades do procedimento, evitando assim não somente a existência de litígios judiciais, mas também de evitar possíveis decepções para as partes contratantes, ou no caso mais grave: a frustração de iniciar todo um procedimento para gerar uma nova vida, e ao fim não obter sequer a realização, por falhas

documentais ocorridas ao longo desse processo. Em suma, deve prevalecer a vontade originária das partes, desde que essa ocorra de forma clara e objetiva, para que não tenha espaço para dúvidas ou interpretações subjetivas que possam provocar prejuízos.

Ademais, a Constituição Federal e o Código Civil reconheceram e fizeram menção aos institutos que foram temas deste trabalho, mas não abraçaram todas as suas particularidades, o que causa uma certa insegurança jurídica para as partes, tendo em vista a ausência de legislação específica.

Deste modo, o ordenamento jurídico brasileiro tem cada vez mais julgados e precedentes do referido tema. Vale ressaltar que este, por sua vez, não tem um conceito taxativo, tendo em vista que ainda podem surgir novas formas de reprodução humana com o uso da tecnologia, as quais merecem a devida regulamentação e proteção jurídica adequada.

Faz-se necessário que os legisladores, considerando o atual conhecimento ao redor do mundo sobre o tema e seus diversos desdobramentos que já possuem precedentes, inclusive de Tribunais Internacionais, atualizem o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de regulamentar de maneira mais específica possível atualmente o referido assunto, tendo em vista que seus impactos atingem diversas áreas da sociedade atual, que não podem continuar à mercê de lacunas legislativas, principalmente no que diz respeito à constituição de uma nova família.

## **POST-MORTEM ARTIFICIAL INSEMINATION AND THE IMPACT ON INTERPERSONAL AND LEGAL RELATIONS**

### **6 REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ACESSO EM: 05/11/2022

Diferença entre fertilização in vitro e inseminação intra uterina. FIV vs IIU, 2019. 1 vídeo (4:09). Publicado pelo canal: Amato – Instituto de Medicina Avançada. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DJn4YvcUnco>

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). ACESSO EM: 04/06/2022

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

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2009. ACESSO EM: 05/11/2022

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) ACESSO EM: 06/06/2022

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) ACESSO EM: 06/06/2022

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). ACESSO EM: 05/06/2022

<https://jus.com.br/artigos/49786/inseminacao-artificial-post-mortem-e-seus-aspectos-segundo-o-direito-sucessorio-brasileiro>. ACESSO EM: 02/06/2022

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=proc>

<https://www.infoescola.com/direito/hierarquia-das-normas/>. ACESSO EM: 02/06/2022

<https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges>. ACESSO EM: 03/06/2022

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10722900/artigo-111-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>. ACESSO EM: 16/11/2022

<https://davidazulay33.jusbrasil.com.br/artigos/557994572/elementos-do-contrato-vontade-ausencia-de-vontade-e-vicios-da-vontade>. ACESSO EM: 16/11/2022

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**. 1ª ed. Curitiba: Juará, 2005.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

## O AUMENTO DO CYBERBULLYING DURANTE A ÉPOCA PANDÊMICA E SUAS JURÍDICAS CONSEQUÊNCIAS

**KATHLEN VITÓRIA VALÉRIO DE MELO DE SOUZA:**

Graduanda do curso de direito o Centro Universitário Fametro.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar o aumento do cyberbullying e suas diferentes facetas dentro da sociedade virtual, seus mecanismos e os danos que podem ser causados pelo seu mau uso da internet. Para melhor compreensão do tema, analisar-se-ão os conceitos de bullying e cyberbullying, tais crimes na internet. Serão exploradas as naturezas jurídicas e normativas em cada conceito. O trabalho partirá dos pressupostos de Gimenes, Alves e Bill Belsey. A pesquisa desenvolveu-se com base na descoberta de conhecimentos textuais e está estruturada em sete capítulos, iniciando-se pela conceituação de bullying e cyberbullying, o marco civil da internet e a lgpd, seguindo com a lei carolina dieckman e o direito a intimidade, finalizando com combate e prevenção e danos causados na pandemia pelo cyberbullying, em consonância com o atual ordenamento jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bullying. Cyberbullying. LGPD. Pandemia. Direito a intimidade.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze the increase in cyberbullying and its different facets within the virtual society, its mechanisms and the damage that can be caused by its misuse of the internet. For a better understanding of the subject, the concepts of bullying and cyberbullying, such crimes on the internet, will be analyzed. The legal and normative nature of each concept will be explored. The work will start from the assumptions of Gimenes, Alves and Bill Belsey. The research was developed based on the discovery of textual knowledge and is structured in seven chapters, starting with the conceptualization of bullying and cyberbullying, the civil framework of the internet and the lgpd, following with the carolina dieckman law and the right to intimacy, ending with combat and prevention and damage caused in the pandemic by cyberbullying, in line with the current legal system.

**KEYWORDS:** Bullying. Cyberbullying. LGPD. Pandemic. Right to privacy.

### INTRODUÇÃO

No Brasil, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff a lei 13.185/2015, que institui o programa de combate à intimidação sistemática, que considera como bullying “todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, que ocorra sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas”.

Demonstra-se seus conceitos e vertentes, que têm continuidade em razão da educação (ou a falta dela) dada pelos pais de forma precária, ao se omitirem com relação ao comportamento e atitudes dos filhos, bem como por fatores sociais, em que o indivíduo se utiliza de meios ardilosos para uma intimidação realizada de forma sistemática e sem motivação contra a vítima inerte. Tendo como alvo maior aqueles que são “diferentes” dos padrões estabelecidos pela mídia ou mesmo pelo grupo no qual convive.

A base da pesquisa para este trabalho foram as descobertas de conhecimentos textuais, estruturados em sete capítulos, iniciando-se por uma conceituação o tema cyberbullying. A técnica da pesquisa foi a análise de dados, documentos oficiais, artigos, TCCs e livros.

No primeiro capítulo, serão expostos o conceitos do fenômeno do cyberbullying, de acordo com posicionamentos de áreas do conhecimento distintas.

No segundo capítulo, serão abordados os subtemas: marco civil da internet e a LGPD trazendo a informação de forma detalhada para aclarar dúvidas quanto as legislações no campo virtual.

No terceiro capítulo, será focada na lei carolina dieckman, onde há um caso que deu origem a um lei, em defesa de vítimas na internet. Onde no passado, por não haver direcionamento legislativo, gerou confusos questionamentos sobre tal direito.

No quarto capítulo, explana-se sobre o direito a intimidade, direito este fundado sob o amparo da Constituição Federal, que preza pelo íntimo do ser humano em sua singularidade.

Finalizando, leciona-se sobre os danos que o cyberbullying provocou durante a pandemia.

Após analisar de forma sucinta o tema, surgem questionamentos quanto a omissão dos pais, de quem seria a responsabilidade e sobre a violação dos Princípios Constitucionais, as quais serão debatidas do ponto de vista jurídico atual.

O objetivo do presente artigo é justamente expor as formas de combater o Cyberbullying, com a análise jurídica, em que busca uma proteção as vítima de intimidações, e como este pode ser combatido e eliminado, inclusive punindo aqueles que não corrigem tal atitude, demonstrando a fragilidade do tema, bem como do judiciário.

A necessidade da discussão desse tema é por se tratar de uma situação recente, ou seja, até bem pouco tempo atrás, apesar de existir, o bullying não era visto de forma tão grave como é visto hoje. E devido à pandemia do coronavírus, com escolas fechadas, a prática do bullying através das plataformas virtuais (cyberbullying) está em crescimento no país.

Por fim, as fontes utilizadas nesta pesquisa bibliográfica são doutrinas, jurisprudências dos Tribunais, artigos da internet, Constituição Federal de 1988 no tocante aos Princípios, relativo à sanção penal aplicada a quem pratica o cyberbullying.



## 1 CONCEITO DE BULLYING E CYBERBULLYING

O cyberbullying trata em síntese de bully, ou seja, o que maltrata, o que violenta de forma constante por motivos fúteis. Essa agressão se passa pelos meios de comunicação virtual, pelas redes sociais e outras mídias.

O bullying é uma situação que se caracteriza por agressões violentas, verbais ou físicas e virtuais praticadas de maneira intencional, sistemática e de maneira repetitiva, por uma pessoa ou grupo. O fenômeno que afeta crianças e jovens, do mundo inteiro, é entendido como forma de violência (MELMAN, 2003, p. 69)

Sob a perspectiva psicanalítica Tattum e Tattum (1992, p. 31) apresentam o bullying a partir da seguinte definição: "é o desejo consciente e intencional de ferir alguém e colocá-lo sob estresse".

Sob a ótica psicológica Maldonado (2011, p. 93) define bullying como sendo "atos repetitivos de agressões físicas e/ou psicológicas praticados por uma pessoa ou grupo para ameaçar, torturar e desestabilizar um indivíduo ou grupo".

Sob a ótica perspectiva do Direito, Calhau (2010, p. 6) apresenta a seguinte definição de bullying "uma forma de assédio moral, é a conduta de desprezar, denegrir, violentar, agredir, destruir a estrutura psíquica de outra pessoa sem motivação alguma e de forma repetida e sistemática".

CHALITA (2008, p. 82-83) classifica o fenômeno em bullying direto e indireto. A importância de classificar o bullying envolve a visualização da conduta em relação ao agressor, facilitando assim, sua tipificação e estudo. O bullying "direto é a forma mais comum entre os agressores masculinos e o bullying indireto, é a forma mais comum entre mulheres e crianças, tendo como característica o isolamento social da vítima."

O bullying praticado por agressores com pouca empatia, normalmente pertencentes às famílias desestruturadas com relacionamento afetivo escasso ou precário, pode ser classificado em seus tipos principais conforme segue:

**Bullying verbal** é identificado com a ação do agressor em apelidar, gozar e insultar a vítima.

**Bullying físico** é caracterizado pela ação de bater, ferir, beliscar, empurrar a vítima dentre outras ações que atinjam o corpo da vítima.

**Bullying social e emocional** é um tipo de agressão também chamada relacional, que se refere à agressão emocional entre as pessoas nas relações sociais, implicando numa série de comportamentos, que podem incluir boatos e fofocas, manipulação de amizades, insultos verbais.

**Bullying psicológico e moral** consistem na ação do agressor em intimidar, ameaçar, perseguir, aterrorizar, excluir, ignorar ou ainda, em humilhar a vítima.

**Bullying sexual** envolve ações do agressor com intuito de abusar, insinuar, assediar a vítima.

**Bullying virtual** ou também chamado de cyberbullying é o “bullying eletrônico; o termo foi criado pelo pesquisador canadense Bill Belsey para descrever o uso da tecnologia digital (celular, sites de relacionamento, e-mail, blogs) para, de modo insistente e repetitivo, hostilizar, ofender ou ameaçar alguém.”

Silva (2010, p. 22) afirma que:

Os praticantes do cyberbullying ou bullying virtual utilizam, na sua prática, os mais atuais e modernos instrumentos da internet, e de outros avanços tecnológicos, na área da informação e da comunicação (fixa ou móvel), com o covarde intuito de constranger, humilhar e maltratar suas vítimas.

De acordo com a médica psiquiatra Dra. Ana Beatriz Barbosa Silva (2010, p. 126) o “cyberbullying”, também denominado “bullying virtual” é uma nova modalidade de bullying que vem preocupando os especialistas em comportamento humano, pais e professores em todo o mundo.

No cyberbullying, a vítima está sempre ao alcance do agressor, precisando apenas que este esteja on-line para causar uma dor de grandes proporções.

O *cyberbullying* apresenta particularidades que o diferem de agressões presenciais e diretas e o tornam um fenômeno que nos parece ainda mais cruel, pois, diferentemente do assédio presencial, não há necessidade das agressões se repetiram. O assédio se abre a mais pessoas rapidamente devido à velocidade de propagação de informação nos meios virtuais, invadindo os âmbitos de privacidade e segurança (AZEVEDO; MIRANDA; SOUZA, 2012, n.p.).

Os ambientes virtuais são um meio de colher e compartilhar informações com uma enorme rapidez pois alcançam um número maior de pessoas. Com o decorrer dos anos, a Internet foi ficando cada vez mais utilizada, sendo inserida na rotina das pessoas no dia a dia. Dessa forma, foi ampliando as relações humanas e surgindo novos meio de se comunicar. Deste modo, com a exposição constante na Internet, surge seu lado negativo.

Os crimes cibernéticos são todos os tipos de ações ilícitas que ocorrem na Internet por meio de computadores, celulares ou qualquer dispositivo conectado à Internet.

Crime virtual ou crime digital pode ser definido como sendo termos utilizados para se referir a toda a atividade onde um computador ou uma rede de computadores são utilizados como uma ferramenta, uma base de ataque ou como meio de crime. Infelizmente, esta prática tem crescido muito já que esses criminosos virtuais têm a errada impressão que o anonimato é possível na web e que a Internet é um mundo sem lei (BRASIL, 2008, P. 23)

O Cyberbullying é a prática de bullying por meio de ambientes virtuais, como redes sociais e aplicativos de mensagens. O Cyberbullying ocorre quando as humilhações, xingamentos e ofensas saem da esfera da

convivência física e passam para a esfera da convivência virtual, que se tornou comum nos dias de hoje, entre os jovens por conta da popularização do acesso à internet.

Como afirma Gonçalves (2017, p. 78) aquelas ações ilegais exercidas por criminosos por meio de qualquer equipamento eletrônico (computador, celular, notebook, etc.) cuja finalidade seja a de produzir, oferecer distribuir, vender ou difundir dispositivo ou programa de computador com o objetivo de permitir a prática da conduta criminosa em destaque.

O aumento do cyberbullying se deu na pandemia quando as pessoas passaram a utilizar a Internet com maior frequência devido ao isolamento social, assim fazendo com que os infratores se escondam através de perfis falsos para que cometam tais crimes. As leis que asseguram a punição de quem pratica esses crimes ainda são poucas e muitas pessoas não possuem conhecimento sob as mesmas.

<b>CRIMES</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>
AMEAÇA	161	226	298
CALUNIA	90	160	147
DIFAMAÇÃO	278	268	227
DIVULGAÇÃO DE CENA DE SEXO, NUDEZ OU PORNOGRAFIA	-	11	25
FALSA IDENTIDADE	268	799	819
INJURIA	157	215	178
INVASAO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO	251	551	674
PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE	-	25	27

Fonte: Delegacia interativa (atual DERCC/AM),

Na tabela acima, pode-se comparar os números e confirmar as informações relacionadas neste trabalho, sendo apenas uma informação norteadora dos aumentos significativo de crimes virtuais no Estado do

Amazonas, face a tal realidade, a secretaria de segurança pública converteu em agosto de 2020 as demandas da delegacia interativa para uma especializada, a Delegacia Especializada em Repressão aos Crimes Cibernéticos.

Para o autor “à medida que o número de conexões entre computadores cresce, cresce também o da criminalidade neste meio, com criminosos incentivados pelo anonimato oferecido pela rede e pelas dificuldades de investigação no ambiente virtual” (GIMENES, 2013, p. 02).

Para Fante e Pedra, o cyberbullying acontece:

Através de e-mails, torpedos, blogs fotoblogs, Orkut, MSN. De forma anônima, o autor insulta, espalha rumores e boatos cruéis sobre o colega e seus familiares sobre o colega e seus familiares e até mesmo sobre os profissionais da escola. Mensagens instantâneas são disparadas, via internet ou celular, onde o autor se faz passar por outro, adotando nicknames (apelidos) semelhantes, para dizer coisas desagradáveis, ou disseminar intrigas e fofocas. Blogs são criados para azucrinar e o Orkut é utilizado para excluir e expor os colegas de forma vexatória. Fotografias são tiradas, com ou sem o consentimento da vítima, sendo alteradas, através de montagens constrangedoras, incluindo ofensas, piadinhas, comentários sexistas ou racistas. Muitas vezes, essas imagens são divulgadas em sites, colocadas em newsgroups e até em redes de serviços, ou divulgadas através de materiais impressos espalhados no corredores e banheiros ou circulam entre os alunos sem o conhecimento da vítima. Quando estes descobrem, seu nome sua imagem já estão na rede mundial, sendo muito difícil sair ilesas dessa situação. (Fante e Pedra, 2008, p. 66).

A responsabilidade por atos ou omissões praticadas na internet pode surgir em qualquer das formas de utilização dela. Pode ocorrer em redes sociais, na troca de e-mails e arquivos, no uso de lojas virtuais, em blogs e em qualquer outro site ou forma de interação eletrônica (ALVES, 2018, p. 02).

Entre outras diversas modalidades de crimes, podemos mencionar os crimes que ocorrem com maior frequência, dentre eles além do cyberbullying, estão os crime de ameaça (art. 147 do CPB), injúria (art. 140 do CPB), calúnia (art. 138 do CPB), difamação (art. 139 do CPB), invasão de dispositivo informático (art. 154-A), estelionato (art. 171 do CPB), falsa identidade (art. 307 do CPB), divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia (art. 218-C), falsificação de papéis e documentos públicos (art. 293 e 297 do CPB).

## **2 O MARCO CIVIL DA INTERNET E A LGPD**

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), publicado em 23 de abril de 2014, foi a primeira legislação a regulamentar o uso e a responsabilidade dos provedores de internet no Brasil, constituindo, em seu artigo 3º, inciso III, a proteção de dados como um dos princípios fundamentais do uso da internet no Brasil. Objetivando a normatização do uso da internet, abordando temas como direito ao acesso, à liberdade de expressão e à privacidade, a não-discriminação de conteúdos e a resolução de conflitos relacionados à rede, estabelecendo, regras de responsabilidade.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:  
(...)

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (...).

Toma-se como exemplo desses atos normativos, as disposições constitucionais referentes à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dispostas no artigo 5º, X e XII e as leis ordinárias de caráter público, quais sejam, a Lei de Arquivos Públicos, a Lei de Habeas Data e a Lei de Acesso à informação.

Em domínio privativo, haviam os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor no que concernia a proteção de dados limitados através de determinadas ações singulares do proprietário da informação, do Código Civil e a Lei do Cadastro Positivo, todos anteriores ao Marco Civil da Internet.

#### Código de Defesa do Consumidor

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6o Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código”.

#### Código Civil

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Por oportuno, é importante informar que no ano de 2014 houve a publicação da Lei regulamentadora das atividades realizadas na seara virtual, conhecida como Marco Civil da Internet – MCI (Lei nº 12.965/2014), trazendo em seu bojo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

Deste modo, em agosto de 2018, foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, visando a proteção dos dados pessoais no meio digital e físico. A LGPD ascendeu como a norma específica para tutelar os dados pessoais da pessoa natural, dispendo sobre toda e qualquer operação realizada com informações/dados pessoais, englobando as etapas de coleta, processamento, armazenamento, avaliação, transferência e eliminação, nas esferas privada e pública, elevando tal proteção como garantia fundamental.

Ainda que, com foco na normatização do uso da internet que a referida Lei elege, a proteção de dados como um dos princípios fundamentais do uso da internet no Brasil, faltou assim, maior especificidade e proteção aos dados pessoais, logo, às informações pessoais que determinam a identificação, ou possibilidade de identificação, de uma pessoa, como seu nome, data de nascimento, documentos pessoais.



Cumprido ressaltar que o termo: “tratamento de dados pessoais”, disposta na Lei Geral de Proteção de Dados, perfaz qualquer operação realizada com dados pessoais, englobando as etapas de acesso, coleta, retenção, processamento, armazenamento, avaliação, transferência e eliminação.

O objetivo maior da Lei é garantir a defesa dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988, a saber, a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade humana, conforme a clara seu artigo inicial, a seguir transcrito:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Para tal, destaca-se que a disposição normativa limitou sua proteção aos dados pessoais da pessoa natural, não abrangendo o amparo às pessoas jurídicas. Assim, na visão de Cots e Oliveira (2018. p. 54), a legislação em comento possui notável caráter humanista, uma vez que se projetou à proteção das pessoas humanas, seres únicos e completos, totalmente suscetíveis às condições adequadas do ambiente para que possam se desenvolver da melhor maneira possível.

De toda importância se faz mencionar que a Lei deverá ser aplicada contra o tratamento ilegal de dados pessoais praticado tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, quer seja esta de direito público ou privado. Em síntese, a LGPD visa proteger os direitos fundamentais de modo transversal, aplicando-se às relações jurídicas ilimitadas.

Nota-se ainda, a emenda constitucional nº 115/2022, que incluiu a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais, passando a defender de forma autônoma o instituto em estudo. Trata-se, portanto, de inviolabilidade e defesa do tratamento ilícito de dados pessoais da pessoa natural independente de outras violações, garantia à proteção de dados pessoais em âmbito constitucional, como liberdade positiva dos indivíduos deterem o direito de domínio de seus respectivos dados.

Por fim, é inegável chegar à conclusão de que, no caso concreto, havendo a violação de dados pessoais, deverá prevalecer a determinação legal contida na LGPD, de modo que, o MCI deve ser aplicado, quando a questão estiver adstrita à guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, uma vez que a LGPD não comporta tal situação.

### **3 LEI CAROLINA DIECKMANN**

Depois de muitas críticas sobre o atraso da legislação, surgiu a lei 12.737/2012 apelidada de “Lei Carolina Dieckmann”, que veio para suprir a deficiência existente no ordenamento jurídico brasileiro, e que por consequência veio acompanhar o momento tecnológico vivido.

A grande crítica existente, antes da criação da lei 12.737/2012, era a deficiência legislativa acerca da falta de legislação sobre crimes da internet, já que os direitos que são protegidos pela lei, já guardavam respaldo na Constituição Federal, principalmente com o artigo 5º. Como exemplo

podemos citar o inciso X que fala sobre a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem. O inciso XII que fala sobre o sigilo das correspondências, comunicações telegráficas e telefônicas.

Interessante verificar que, o surgimento da lei apelidada “Carolina Dieckmann” muito tem a ver com a Teoria Tridimensional do Direito, criada por Miguel Reale, já que sua criação adveio da adequação do direito a sociedade, exatamente o que a teoria idealizava.

A teoria trazida por Reale parte do pressuposto que o fenômeno jurídico deve ser analisado e compreendido sob uma visão que engloba três aspectos: o fato jurídico, o valor e a norma propriamente dita.

Para Reale (2010, s/p):

“O Direito não é apenas a norma ou a letra da lei, pois é muito mais do que a mera vontade do Estado ou do povo, é o reflexo de um ambiente cultural de determinado lugar e época, em que os três aspectos – fático, axiológico e normativo – se entrelaçam e se influenciam mutuamente numa relação dialética na estrutura histórica”.

Diante do exposto, percebe-se a íntima relação da criação da lei 12.737/2012 com o contexto social vivido. Já que a lei surgiu do caso ocorrido com a atriz Carolina Dieckmann. Em maio de 2011, um hacker (criminoso virtual) invadiu o computador pessoal da atriz, possibilitando que ele tivesse acesso a 36 fotos pessoais de cunho íntimo.

De acordo com a denúncia, o invasor exigiu R\$ 10 mil para não publicar as fotos. Como a atriz recusou a exigência, acabou tendo suas fotos divulgadas na internet. Isso criou uma grande discussão popular sobre a criminalização desse tipo de prática, que ainda foi excessivamente fomentada pela mídia.

A atriz abraçou a causa e cedeu seu nome à lei. Ressalta-se que, antes do surgimento da lei, o ato de invadir um ambiente virtual e subtrair dados pessoais já era crime, mas não havia nenhuma norma que tratava especificamente sobre o assunto. De um fato ocorrido com a atriz brasileira Carolina Dieckmann, que foi a mola propulsora para a criação da lei, tanto foi assim, que a lei foi apelidada com o nome da famosa.

#### **4 DO DIREITO A INTIMIDADE**

O direito a intimidade é configurado como um direito fundamental, ao qual confere ao indivíduo enquanto cidadão, o direito de se resguardar de ações praticadas por terceiros contra a sua pessoa, mais precisamente resguardando sua esfera íntima e privada.

Para definir o que significa intimidade, há que se considerar vários aspectos, tais como o lugar, a época, bem como os valores sociais, políticos e morais. Por não existir um conceito absoluto surge a dificuldade de uma definição precisa do termo.

A intimidade caracteriza-se como um direito personalíssimo, e que portanto é irrenunciável, o que significa que o detentor desse direito não pode abrir mão, devendo resguardá-lo de todas as maneiras.

Esse direito encontra respaldo no art. 5º, inciso X da CF:

Art.5º: X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Diante do artigo, percebe-se que houve uma preocupação do constituinte em proteger uma gama muito maior que só o direito a intimidade. No mesmo sentido, o legislador tutela direitos como a privacidade, a honra e a imagem, que assim como a intimidade possuem um conceito muito amplo e de difícil limitação jurídica.

Há quem confunda o direito de intimidade com o direito de privacidade pela íntima relação que eles compreendem. Apesar da linha tênue entre ambos, existem características distintas que não permite tal confusão.

Dotii (1980, p. 55) de uma maneira matemática explica a distinção entre esses dois direitos fundamentais através da chamada teoria dos círculos concêntricos. Pela sua teoria a intimidade seria um círculo concêntrico e de menor raio que a vida privada.

No mesmo sentido Miranda (1969, p. 89) propõe que devem ser considerados como pertencentes à Vida Privada da pessoa, "não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que seja nenhum o interesse da sociedade de que faz parte". Dessa forma, a intimidade seria uma espécie do gênero privacidade.

Pode-se entender que o direito a intimidade se configura numa esfera mais íntima que o indivíduo tem, abrange uma parte restrita e profunda de cada indivíduo.

Ao contrário, a vida privada caracteriza-se por um caráter mais amplo que a intimidade, ou seja, seriam as relações com a sociedade, com familiares, amigos, estando, portanto mais suscetível as regras do convívio social.

## **5 COMBATE E PREVENÇÃO AO CYBERBULLYING**

Com o passar do tempo, percebemos que esses crimes estão evoluindo de forma acelerada, assim, tornando um desafio para aqueles que tentam evitar e combater tais crimes isso por que é impossível ter total controle sob o que acontece na internet, visto que, cada indivíduo tem a liberdade para agir e sem ter quem o persiga.

Segundo Levy (2001, p. 18):

Nossa identidade é cada vez mais problemática. Empregado? Marido? Mulher? Homem? Nada é simples. Tudo deve cada vez mais ser inventado. Não temos modelos. Somos os primeiros a entrar em um espaço completamente.

Um dos primeiros desafios a ser enfrentado quando ocorre o delito é a definição de autoria, visto que, muitas das vezes dificilmente a pessoa que comete tal delito usa sua identificação real. Geralmente, infratores usam senhas pessoais de terceiros para cometer o crime.

Conforme aduz Greco (2009, p. 117):

Como identificar o agente? Para termos uma ideia das dificuldades e da complexidade que o tema dos controles assume, por exemplo, na internet, basta mencionar que podem existir serviços que poderiam ser denominados de “serviço de máscara.

Entretanto, há vários meios de identificar o usuário por traz as máquinas de computadores, como IP de máquina, quebra de sigilo de dados de conexão de usuário e interceptação de dados telemáticos.

Nos pedidos feitos aos provedores de acesso e às companhias telefônicas, é imprescindível que haja, no mínimo, a menção a esses três indicadores: a) o número IP; b) a data da comunicação; e c) o horário indicando o fuso horário utilizado – GMT ou UTC. Sem eles, não será possível fazer a quebra do sigilo de dados telemáticos. (Ministério Público Federal, 2006, p. 15).

A análise dos dados constantes dos cadastros de clientes dos provedores de acesso não caracteriza interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática, sendo certo que a requisição judicial não é necessária. (Inelas, 2009, p. 25).

Muitas das vezes, tais interceptações só podem ser realizadas mediante autorização judicial. Em relação à inviolabilidade do sigilo das comunicações, Grinover (2009, p. 138) afirma:

A garantia constitucional pode sofrer limitações, não devendo prestar-se para a proteção de atividade ilícitas ou criminosas. É assim que através de uma ponderada apreciação judiciária, que obedeça os limites legais, pode ser determinada a interceptação das comunicações telefônicas.

Pode-se dizer que esse crime é extremamente incerto, uma vez que os dados podem ser apagados facilmente e estão por trás de perfis falsos (fakes).

Destaca-se a definição do fenômeno cyberbullying por Belsey (2014, p. 11):

Este comportamento envolve o uso da informação e das tecnologias digitais atuais, como e-mails, mensagens para celulares, mensagens de texto instantâneas (MSN, ICQ, etc.), web sites pessoais, comunidades virtuais, sites de relacionamento, dentre outros, como meio de apoio deliberado para a propagação de comportamento hostil com o objetivo repetido de injuriar, caluniar e prejudicar alguém.

Segundo Cherry (2014, p.93), essas seriam algumas recomendações básicas sobre o que não deveria ser compartilhado na Internet:

Nenhuma informação pessoal.

Nada que você não gostaria que seus avós vissem.

Nada que você não gostaria que seus pais vissem.

Nada que você não gostaria que seus filhos vissem.

Nada que você não gostaria que seu chefe visse.

Nada que você não gostaria que sua seguradora visse

Nada que você não gostaria que o governo visse

As comunidades virtuais, os e-mails, as redes sociais, os blogs e os celulares são meios de convivência dos jovens, Dessa forma, eles se expõem publicamente, fazem amigos e compartilham ideias, dessa forma, o Cyberbulliyng pode trazer sérias consequências para a vítima, uma vez que, nem todas as pessoas buscam por ajuda e se sentir triste e se isolar, podendo desenvolver depressão, transtornos e até mesmo ao suicídio, devido às ofensas e à exposição em rede social. Exemplificando um desafio específico sobre a estratégia de "pedir ajuda", Campbell (2005, p.68-76), constatou que muitos dos jovens não denunciam o caso por acharem que os adultos não acreditarão ou banalizarão a sua denúncia.

É de fundamental importância que os usuários conheçam os riscos e principalmente saibam identificá-los, só assim se conseguirá ser mais eficaz na luta contra os crimes cibernéticos. Uma das grandes preocupações relacionadas ao uso de Internet é que muitos usuários pensam que não estão correndo riscos, de que seu dispositivo é somente mais um entre milhares e dificilmente será alvo de invasores. É preciso estar ciente de que, mesmo ao estar navegando em um mundo virtual, tudo o que acontece lá é real, as informações são reais e os riscos também. (CERT.br, 2012).

## **6 DANOS DO CYBERBULLYING NA PANDEMIA**

Os danos psicológicos causados pelo cyberbullying devem ser avaliados na vítima e também no agressor, visto que pessoas que cometem algum tipo de violência são normalmente motivadas por algum tipo de dano que sofreu previamente (CAETANO; AMADO; MARTINS, 2017 apud GUIMARÃES, 2021, p.14). Buscando inclusão social, popularidade ou outro meio de revidar algum problema ao qual foram submetidas, utiliza-se da intimidação como meio de revelar a violência que sofreram.

A fase da adolescência corresponde a mudanças significativas, visto que é nesse momento que será reforçado parte da personalidade desse futuro adulto. Então, falas e atitudes preconceituosas podem ser levadas como normais posteriormente, "bem como os danos causados a essa vítima, que podem ser de caráter psicológico, como a falta de adesão a atividades escolares e falta de atenção, e os danos sociais, como a exclusão e sentimento de solidão" (MALLMANN, 2015, apud GUIMARÃES, 2021, p. 15-16).

Durante a pandemia, verificou-se a transformação do bullying, ora realizado dentro das escolas, em cyberbullying, agora constatado em ambientes virtuais. Isso demonstra a

intencionalidade de causar um dano, visto que é um comportamento que se repete, característica comum em situações de violência (MALLMANN, 2015 apud GUIMARÃES, 2021, p. 15-16). Neste contexto, o agressor não quer se esconder, pelo contrário, revela-se para demonstrar a todo custo seu poder diante dos fatos do outro.

Inúmeros adolescentes têm passado por essa mazela constrangedora, que surge de pessoas desconhecidas e até mesmo de conhecidos mais próximos, pois não temem punições no ambiente virtual.

Em um estudo que avaliativo, o comportamento do agressor nas questões de violência associadas ao cyberbullying, foi possível evidenciar que o principal ponto enunciado é a descentralização da culpa e o prazer associado à prática da violência. Essa atitude é mais percebida durante as fases da pré-adolescência e adolescência, quando há uma busca por mostrar-se superior ou líder de algum grupo, fazendo-se uso da violência como demonstração de poder (CAETANO; AMADO; MARTINS, 2017 apud GUIMARÃES, 2021, p. 14).

Constata-se no cyberbullying o medo pelo desconhecido, o que pode gerar consequências traumáticas para os adolescentes e até mesmo para adultos, já fragilizados. É notória a existência de uma falta de conhecimento sobre como proteger-se e até um acolhimento na forma de prevenir-se diante do cyberbullying.

Quando foram questionados sobre o que poderia ser feito ou já estavam fazendo para auxiliar no combate ao cyberbullying, os adolescentes demonstraram falta de conhecimento no que diz respeito às formas de combate à violência e existindo ainda uma “zona de conforto” na maneira com que os eles lidavam com a situação.

Por isso, após o momento de grupo focal, foi reforçada a necessidade de buscar ajuda em casos de cyberbullying, desde apoio familiar e institucional até a procura de meios legais, uma vez que essa violência é considerada crime no país, pois calar-se diante dessas situações pode gerar diversos transtornos psicossociais, como depressão, ansiedade e isolamento social (MALLMANN, 2015 apud GUIMARÃES, 2021, p. 15-16).

Segundo a legislação e o Código Penal brasileiro, o cyberbullying é considerado crime passível de prisão para infratores maiores de idade; para adolescentes que cometem esse crime, também há uma pena, em que pode haver sanções disciplinares previstas em lei e os responsáveis poderão ser condenados a pagar uma indenização a vítima (BRASIL, 1940).

Para iniciar o combate ao cyberbullying é necessário entender as principais características dos agressores e das vítimas; alguns estudos apontam que meninas são as principais agressoras e vítimas dessa cyber agressão, mas são necessárias mais pesquisas nessa área para traçar esse perfil (FERREIRA; DESLANDES, 2018 apud PORFÍRIO, 2022). Deste modo, a sala de aula é o ambiente mais neutro e propício para conhecer e procurar proteger-se dessa violência, por meio de ações educativas. Isso tende a ser mais qualitativo quando há contribuição de todos, escola, família e



comunidade, envolvidos na busca de uma cultura para a paz, entendimento, diálogo e uso positivo das mídias.

Nesse sentido, em 2016, a Safernet, uma organização não governamental (ONG), acolheu milhares de denúncias de crimes que ocorreram virtualmente. Dessas acusações, 39,4 mil páginas da internet referente a sites, blogs e publicações nas redes sociais, foram denunciadas em decorrência de violação dos direitos humanos. Conteúdos assim, foi possível identificar comentários racistas, intimidadores e com incitação à violência.

O estudo de Hinduja e Patching (2009 apud WENDT; LISBOA, 2014) demonstrou que tanto vítimas como ofensores apresentam até duas vezes mais chances de realizar tentativas de suicídio quando comparados com adolescentes que não estiveram envolvidos com cyberbullying.

Nos ensinamentos de Maldonado (2011, p. 63): "(...) no cyberbullying, pode acontecer que o agressor nunca esteja no mesmo espaço físico que sua vítima e consigo permanecer anônimo por muito tempo, atacando em momentos inesperados, por vezes de madrugada, sobressaltando a vítima que está dormindo. A própria casa ou o quarto aconchegante deixam de ser um lugar seguro. A impressão é de um atentado terrorista: a face do inimigo está oculta, não se sabe quem é, e nem quando ou de onde partirá o ataque seguinte."

Portanto, é notável uma evolução tanto na sociedade quanto no judiciário o repúdio aos ataques virtuais às crianças e adolescentes em nosso país, onde devemos ter um novo olhar a este grave problema e buscarmos soluções mais eficazes. Os agressores geralmente usam de perfis falsos (fakes), acreditando estarem totalmente protegidos quanto à sua identidade real, ou simplesmente se manifestam pelo meio virtual por não ter que encarar a sua vítima pessoalmente.

## **CONCLUSÃO**

Em suma, o artigo pautou-se em analisar o aumento do cyberbullying e suas respectivas consequências jurídicas durante o período de pandemia, com início no final do ano de 2019. É relevante que se entendam as diferenças entre bullying e cyberbullying, suas características e que leis podem ser aplicadas em cada caso. Para tanto, podemos recorrer a casos verídicos de usuários da internet que foram atingidos por crimes cometidos virtualmente e as consequências resultantes desses ilícitos.

Cyberbullying apresenta particularidades que o diferem do bullying em razão da velocidade de propagação de informações nos meios virtuais com que invade a privacidade e a segurança dos usuários.

O ambiente virtual tem sido palco de condutas ilícitas como ameaça, injúria, calúnia, difamação, pedofilia, violações ao direito da personalidade que geram no campo civil e criminal o direito de indenização por danos morais à vítima; esse direito vem sendo objeto de discussão e debates em diversos segmentos. Existe uma falta de conhecimento sobre como se proteger e se prevenir diante do cyberbullying. Por conseguinte, devemos focar o apoio familiar e institucional e procurar meios legais, uma vez que essa violência é considerada crime no Brasil.

O cyberbullying é visto como crime passível de prisão para infratores maiores de idade; para os adolescentes que o cometem há sanções disciplinares em lei, podendo os responsáveis pagar uma indenização à vítima.

Demonstrou-se ainda, os meios e tipos em que o cyberbullying ocorre e como identificar uma vítima deste crime, tal como o *modus operandi* do agente infrator contra a dignidade sexual, e as nuances das práticas delitivas inerentes ao sextorsão e ao stealthing, cujos delitos são fruto do fenômeno da virtualização e modernização da sociedade contemporânea.

Não obstante a demasiada evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial do tratamento jurídico dos crimes contra a dignidade sexual, evidencia-se que as normas penais incriminadoras ainda possuem caráter precário e arcaico, não tutelando de forma abrangente o bem jurídico da dignidade sexual.

Nota-se claramente que as próprias vítimas não possuem o conhecimento necessário destas atuais práticas delitivas, vez que não se faz comum a disseminação de informação a respeito de ações contra práticas doentias de criminosos virtuais. Levando-se, então, a acreditar que a violação sofrida não é amparada pelo Estado, ocorrendo, portanto, a denominada “Cifra Negra” ou “Cifra Oculta”, assim conhecida pelos criminologistas como a grande massa de prática criminosa que ocorre na vida real que não é levada à apreciação dos órgãos públicos.

O Poder Legislativo precisa identificar a necessidade de uma reforma emergencial no âmbito criminal, com a criação de tipo penais pátrios para incriminar novas condutas delitivas oriundas do novo *modus operandi* de infratores modernos, que utilizam de vícios da lei para praticar atos que geram danos irreparáveis às vítimas.

Ex positis, as prístinas tipologias são demasiadamente limitadas, merecendo apreço pelo legislador na criação de normas penais incriminadoras específicas, na garantia de direitos constitucionais, humanos e fundamentais, visando coibir eventuais arbítrios estatais, plena garantia dos direitos tutelados e da objetividade jurídica, além da correta e proporcional aplicação de sanção ao mal feitor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BELSEY, Bill. **Cyberbullying: um novo risco advindo das tecnologias digitais**. Disponível em: <<http://www.ujen.es/revista/reid/revista/n2/REID2art7.pdf>>. Acesso em 25 de setembro de 2022.

BRASIL. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal**. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2008.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Senado Federal, 1990.

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

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília: Senado Federal, 2014. BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Brasília: Senado Federal, 2018.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying - o que você precisa saber: identificação, prevenção e repressão**. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

CAMPBELL, M. (2005). **Cyberbullying: An old problem in a new guise?** Australian Journal of Guidance and Counseling, 1(15), 68-76.

CERT.BR. **Cartilha de segurança para Internet**. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/>.

CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da amizade-bullying: o sofrimento das vítimas e dos agressores**. 2ª Ed. São Paulo: Gente, 2008.

CHERRY, Denny. Tradução de Christiane Leonor Simyss Moreira. **Fundamentos da privacidade digital: Ferramentas para proteger suas informações pessoais e sua identidade na internet**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. Disponível em: <[https://play.google.com/books/reader?id=hFkaBQAAQBAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PP1](https://play.google.com/books/reader?id=hFkaBQAAQBAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PP1)>. Acesso em: 16 set. 2022.

COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. Thomsons Reuters. Brasil: São Paulo, 2018.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980.

FANTE, Cleo e Pedra, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas e respostas**. Porto Alegre-RS: Artmed, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes informáticos**. 2000. Disponível em: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Acesso em: 15 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. v. 7. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Marco Aurélio apud INELAS, Gabriel Cesar Zaccarias de. **Crimes na Internet**. 2ª edição, 2009, p. 117.

GRINOVER, Ada Pellegrini apud INELAS, Gabriel Cesar Zaccarias de. **Crimes na Internet**. 2ª edição, 2009, p. 138.

GUIMARÃES, Maria Adriana Pereira. **As vivências dos adolescentes em relação ao cyberbullying: repercussões na corporeidade desses jovens**. 2021. Monografia (Graduação em Enfermagem) –

Universidade Federal de Pernambuco, Vitória de Santo Antão, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/43821/1/Guimar%C3%A3es%2C%20Maria%20Adriana%20Pereira.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

INELAS, Gabriel Cesar Zaccarias de. **Crimes na Internet**. 2ª edição, 2009, p. 25.

LEVY, Pierre. **A Sociedade em Rede e a Cibercultura: dialogando com o pensamento de Manuel Castells e de Pierre Lévy na era das novas tecnologias de comunicação**. Disponível em: <[http://www.insite.pro.br/2009/Maio/sociedade\\_ciberespa%C3%A7o\\_Isabella.pdf](http://www.insite.pro.br/2009/Maio/sociedade_ciberespa%C3%A7o_Isabella.pdf)>. Acesso em 27 de setembro de 2022.

MALDONADO, Maria Tereza. **Bullying e Cyberbullying: O que fazemos com o que fazem conosco?**. São Paulo: Moderna, 2011. 63 p.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Crimes Cibernéticos. Manual Prático de Investigação**. 2006, p. 15.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. Tomo I-II.

PORFÍRIO, Francisco. **Cyberbullying**. Brasil Escola, 2022. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>. Acesso em: 24 abr. 2022.

REALE, Miguel. Teoria do direito e do Estado / Miguel Reale. São Paulo, Saraiva, 2010.

SILVA, Ana Beatriz. **Cyberbullying um problema nas redes sociais**. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/50155597/TCCcyberbullying-um-problema-nas-redes-Sociais>>. Acesso em 14 de setembro de 2016.

TATTUM, D.; TATTUM, E. **Social Education and Personal Development**. London: David Fulton, 1992.

UOL.<https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm> **Cyberbullying: um novo risco advindo das tecnologias digitais**. Disponível em: . Acesso em 25 de setembro de 2022.

WENDT, Guilherme Welter; LISBOA, Carolina de Macedo. **Compreendendo o fenômeno do cyberbullying**. Temas em Psicologia, Ribeirão Preto, v. 22, n. 1, 2014. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-389X2014000100004](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2014000100004). Acesso em: 24 abr. 2022.

## A RESPONSABILIDADE AFETIVA DOS GENITORES NA GUARDA COMPARTILHADA

**RUTE ALVES LOPES:** Graduanda do curso de Direito pela Universidade de Gurupi- UnirG

MAYDÊ BORGES BEANI CARDOSO<sup>63</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Dentre os princípios fundamentais que protegem o direito dos menores de idade, a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente se destaca, juntamente com a afetividade das relações formadas em ambientes familiares. No direito de família, mais precisamente na regulamentação da guarda dos filhos menores de idade, o dever de afeto está previsto na Constituição Federal, no Código Civil e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com a obrigação de cuidar, educar, proporcionar saúde e segurança. Com o advento da Lei da Guarda Compartilhada, esta modalidade de se tornou a regra de aplicação e passou a ser indicada aos casos concretos por representar igualdade de convívio para ambos os genitores do menor. Entretanto, diante da recorrência com que acontecem situações de abandono afetivo por parte de um dos genitores após o rompimento de relacionamento amoroso, esta pesquisa jurídica analisa a possibilidade de responsabilização afetiva até mesmo no compartilhamento de guarda e quais as suas consequências jurídicas admitidas nas leis nacionais. Classificada como revisão de bibliografia e elaborada segundo o método dedutivo, a produção científica se desenvolveu de acordo com opiniões e teses publicadas por autores, disponibilizadas em doutrinas, revistas jurídicas e periódicos.

**Palavras-chave:** Guarda compartilhada. Responsabilidade. Afetividade. Convivência. Dever de cuidado.

**ABSTRACT:** Among the fundamental principles that protect the rights of minors, the search for the best interests of children and adolescents stands out, along with the affection of relationships formed in family environments. In family law, more precisely in the regulation of the custody of minor children, the duty of affection is provided for in the Federal Constitution, in the Civil Code and also in the Statute of Children and Adolescents, together with the obligation to care, educate, provide health and safety. With the advent of the Shared Guard Law, this modality became the rule of application and started to be indicated to specific cases because it represents equality of coexistence for both parents of the minor. However, given the recurrence with which situations of affective abandonment by one of the parents occur after the breakup of a romantic relationship, this legal research analyzes the possibility of affective accountability even in the sharing of custody and what are its legal consequences admitted in national laws. . Classified as a bibliography review and elaborated according to the deductive method, the scientific production was developed according to opinions and theses published by authors, available in doctrines, legal journals and periodicals.

---

<sup>63</sup> Orientadora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- UnirG. E-mail: mayde@unirg.edu.br.

**Keywords:** Shared custody. Responsibility. Affectivity. coexistence. Duty of care.

**Sumário:** Introdução. Material e Métodos. 1. Noções Introdutórias sobre a Guarda Compartilhada. 2. O Melhor Interesse do Menor. 2.1 O Dever de Cuidado dos Guardiões. 3. A Responsabilidade Afetiva no Direito Brasileiro. 4. Requisitos Necessários para a Configuração do Abandono Afetivo. 5. O Abandono Afetivo e a Responsabilização dos Genitores. 5.1. O Abandono Afetivo e as Decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Objeto de um significativo avanço social, desde a sua inserção no direito de família brasileiro, a guarda de menores na forma compartilhada, tem sido objeto de estudo por parte dos operadores do direito que se debruçam sobre as obrigações e direitos dos pais em relação à criação dos filhos e especialmente como se dará a garantia de convivência igualitária com os genitores após o rompimento de relação conjugal ou de companheirismo.

Ao incluir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico como regra nas dissoluções de uniões estáveis e casamento, pretendeu o legislador da Lei n.º 13.058/2014, assegurar aos pais e filhos uma convivência igualitária com os genitores, tal qual se dava antes da separação de residências.

Está estabelecido que ambos os genitores exercerão de forma idêntica os direitos e deveres em relação às crianças e aos adolescentes, de forma a suprimir a ausência que a separação poderia significar na vida dos menores.

Em tese, além da presença, será mantido também o relacionamento e o afeto entre pais e filhos. Isto porque, mesmo nas situações de convivência reduzida, persiste para os pais o dever de cuidado e de afeto perante os seus filhos, não se isentando os genitores da responsabilidade de participação efetiva da vida de seus filhos.

Ocorre que na prática, não são raras as vezes, em que o rompimento de relacionamento amoroso acaba por refletir na relação entre pais e filhos, especialmente nas situações em que há dificuldade de convivência harmoniosa e divisão de responsabilidades entre os guardiões, de modo que o afeto entre os envolvidos seja deixado de lado.

Apesar do exposto, a questão emocional não passa despercebida aos olhos da Lei e do Poder Judiciário, com destaque para os direitos afetivos dos menores e as suas expectativas em relação ao afeto dos pais para com eles. Por tal motivo é que esta pesquisa jurídica trata da responsabilidade afetiva dos genitores em regime de guarda compartilhada e as consequências do abandono afetivo de seus filhos.

## MATERIAL E MÉTODOS

Produzida na cidade de Gurupi, no Tocantins, a pesquisa apresentada à Universidade de Gurupi – UnirG com vias à obtenção do título de Bacharel em Direito, se classifica como



bibliográfica por ser redigida com base em material bibliográfico publicado antes da redação do artigo científico. Quanto aos objetivos se classifica como exploratória por indicar de forma completa o tema escolhido, apresentando o que diz a doutrina, a legislação e a jurisprudência relacionada ao assunto.

Com material selecionado através de pesquisa em sites, bibliotecas, jornais e revistas jurídicas, a metodologia utilizada para a análise dos dados e informações coletados consiste na implantação de técnicas de análise qualitativa do texto, compreendendo simultaneamente a análise de conteúdo, a análise do discurso e também o confrontamento de informações, uma vez que existem entendimentos contrários e favoráveis à possibilidade de ser o genitor responsabilizado pelo abandono afetivo.

A seguir, os resultados obtidos são apresentados na forma textual mediante a transcrição de trechos levantados na pesquisa bibliográfica.

## **1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A GUARDA COMPARTILHADA**

Por muito tempo, entendeu-se que a guarda dos filhos menores somente poderia ser exercida em conjunto pelos genitores em regime de convivência conjugal ou unilateralmente em casos de separação dos pais, permitida a alternância de responsabilidade em determinadas situações. Não havia a possibilidade de simultânea responsabilidade de genitores que não mais se consideravam casais.

Ocorre que a evolução da sociedade, aliada à compreensão de que a responsabilidade dos genitores não se extingue com a separação de um casal, o ordenamento nacional passou a admitir o compartilhamento de direitos e deveres através da denominada guarda compartilhada.

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha (MELO, 2008, p. 01).

Segundo Maria Berenice Dias (2021, p. 384), a guarda compartilhada advém do dinamismo nas relações familiares que levaram ao maior comprometimento de ambos os genitores com o cuidado de seus filhos, posto que a participação no processo de desenvolvimento integral da criança e do adolescente leva à pluralização das responsabilidades, com democratização de sentimentos.

“A guarda, no direito brasileiro, é o munus atribuído aos pais para cuidar dos filhos. A guarda compartilhada implica numa equilibrada participação dos pais na vida deles” (PEREIRA, 2021, p. 682).

No Brasil, a regulamentação e as regras da guarda compartilhada estão dispostas na Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que alterou os artigos 1.583 ao 1.585 e o 1.634 do Código Civil para estabelecer o significado da guarda compartilhada e determinar sua aplicação em território nacional.

É da lei a conceituação da guarda compartilhada e a sua diferenciação da guarda unilateral:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º - Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º - Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º - Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos (BRASIL, 2002).

Em síntese, a guarda compartilhada expressa não apenas um direito dos pais, mas também das crianças e dos adolescentes, uma vez que assegura a todos a manutenção da convivência e do afeto.

A convivência dos filhos com seus pais é um direito “sagrado” que decorre desses vínculos familiares. Independentemente da conjugalidade dos pais, deve ser assegurado aos filhos, o maior convívio com ambos os pais, ou com todos os pais, se tiverem mais de dois pais, como é o caso da multiparentalidade. Embora guarda e convivência não estejam, necessariamente vinculados à conjugalidade, a maior parte das desavenças e disputas decorre do fim da conjugalidade (PEREIRA, 2021, p. 677).

Dito isso, é possível afirmar que a fixação da modalidade de guarda compartilhada quebra a estrutura de poder expressada na unilateral, promovendo a igualdade entre genitores (PEREIRA, 2021), motivo pelo qual passou a ser a regra nas separações de casais, expressada no §2º do artigo 1.584 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 1.584. [...] § 2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos

genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2002)

O motivo da previsão anteriormente citada advém do princípio do direito de família do melhor interesse do menor.

## **2 O MELHOR INTERESSE DO MENOR**

O direito civil brasileiro se fundamenta nas diretrizes trazidas pela Constituição Federal de 1988 que em seu texto não deixa dúvidas acerca da proteção integral das crianças e dos adolescentes, o qual pode ser extraído o artigo 227 da Lei Maior que estabelece o dever da família, da sociedade e do Estado os direitos fundamentais dos menores de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é categórico ao dispor sobre os direitos desses cidadãos:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990)

A partir dessas previsões legais, tem-se o princípio do melhor interesse do menor.

O que interessa na aplicação deste princípio fundamental é que a criança/adolescente, cujos interesses e direitos devem sobrepor-se ao dos adultos, sejam tratados como sujeito de direitos e titulados de uma identidade própria e também uma identidade social. E, somente no caso concreto, isto é, em cada caso 2.3.4 especificamente, pode-se verificar o verdadeiro interesse sair da generalidade e abstração da efetivação ao Princípio do Melhor Interesse. Para isso é necessário abandonar preconceitos e concepções morais estigmatizantes. Zelar pelo interesse dos menores de idade é cuidar de sua boa formação moral, social, relacional e psíquica. É preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social (PEREIRA, 2021, p. 178-179).

É esse princípio que fundamenta o surgimento e a manutenção da guarda compartilhada no direito brasileiro:

Sabe-se hoje que uma boa mãe ou um bom pai, pode não ser um bom marido ou boa esposa. Em outras palavras, as funções conjugais são diferentes das funções parentais, e devem ser diferenciadas para que se faça um julgamento justo sobre guarda e convivência de filhos. Mudou-se não só os julgamentos, mas também a concepção de guarda de filhos, que

deverá ficar com quem atender seu melhor interesse, não necessariamente o pai ou a mãe. E foi exatamente atendendo a este interesse maior que a ideia de guarda única perdeu lugar para a guarda compartilhada (também denominada de guarda conjunta) como regra geral (Lei nº 11.698/08). É também em atendimento ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente, que surgiram novas concepções e institutos jurídicos (p. PEREIRA, 2021, P. 177-178).

O Código Civil prevê que em caso de fixação judicial de guarda de menores, deverá o juiz observar as necessidades específicas do filho quando da determinação do tempo de convívio com seus genitores (artigo 1.584, inciso II) (BRASIL, 2002).

O fundamento é utilizado nos julgamentos de casos concretos, até mesmo para alterar a guarda anteriormente fixada, conforme a jurisprudência faz prova:

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. ALTERAÇÃO PARA GUARDA UNILATERAL. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. OBSERVÂNCIA. 1. A implementação da guarda unilateral não se sujeita à conveniência ou transigência dos pais, devendo-se observar o princípio do melhor interesse do menor. 2. Ainda que não haja consenso entre os pais, a guarda compartilhada representa a proteção do melhor interesse dos filhos, porque possibilita a divisão de responsabilidade dos genitores, proporcionando ao desenvolvimento humano a aproximação ao ideal psicológico do duplo referencial. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJ-DF: XXXXX-74. 2018.8.07.0016 – Segredo de Justiça. 8ª Turma Cível. Relator Mariozam Belmiro. Julgamento do Acórdão em 30/07/2019).

Superada a dissolução da união dos pais, uma vez fixada a guarda com base no interesse da criança e do adolescente, surge para os genitores o dever de cumprir com suas obrigações legais.

## 2.1 O DEVER DE CUIDADO DOS GUARDIÕES

Conforme dito anteriormente, a Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, em suas disposições, trouxe a conceituação legal da guarda compartilhada e também a tornou a modalidade de guarda considerada regra geral aos casos em concreto, prevendo o convívio equilibrado com a mãe e com o pai, se caracterizando o compartilhamento de guarda como um instrumento de garantia da isonomia entre pais separados em relação à criação de seus filhos.

Com esta modalidade de guarda os genitores puderam igualmente e em conjunto desfrutar de todos os direitos e deveres, além de não haver uma exclusividade entre os genitores, pois ambos são solidariamente responsáveis pelo menor, pela educação, saúde, sustento, lazer, benefícios esses que apenas dizem respeito a guarda compartilhada, nenhuma outra modalidade de guarda permite essa igualdade entre os genitores, sendo recomendável pois é a que menos afeta a vida do menor, e dos seus genitores (VIAN *et.al.*, 2021, p.1).

Sobre os deveres dos guardiões, o Estatuto da Criança e do Adolescente menciona no caput do seu artigo 33: "A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais" (BRASIL, 1990).

Deste modo, ao fixar a divisão igualitária das obrigações, a legislação civil permite também a responsabilização do genitor que descumpre as regras fixadas no compartilhamento da guarda.

Com o advento da guarda compartilhada os genitores passam a ter direitos como também deveres como cuidar, educar, fornecer o essencial para o bem estar do menor em conjunto, respeitando as decisões de ambos e criando um bom convívio, além de disso, quando houver descumprimento desses direitos e deveres haverá punição cabível (VIAN *et.al.*, 2021, p.1).

Uma vez desobedecida a obrigação por parte de um dos genitores, deixando de dar afetividade a criança e ao adolescente na guarda compartilhada, poderá ser responsabilizado pelo abandono emocional do menor.

### **3 A RESPONSABILIDADE AFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO**

Dos dispositivos legais que regulamentam as relações familiares, especialmente entre pais e filhos, tem-se como implícito o inegável dever de criar os filhos com amor e carinho para que cresçam em um lar saudável e dotado de dignidade.

Justamente por tal motivo é que se mantém em destaque, a responsabilidade afetiva nas relações familiares, que decorre do princípio da afetividade, que em um sentido geral, aborda o seguinte:

O princípio da afetividade aborda, em seu sentido geral, a transformação do direito mostrando-se uma forma apazível em diversos meios de expressão da família, abordados ou não pelo sistema jurídico codificado, possuindo em seu ponto de vista uma atual cultura jurídica, e dando enfoque no que diz respeito ao afeto atribuindo uma ênfase maior no que isto representa (NUNES, 2014, p. 1).

Do princípio mencionado, outro conceito passa a ser observado, a responsabilidade afetiva, que nada mais é do que o indivíduo se responsabilizar pelo sentimento e pelas expectativas criadas nas outras pessoas com quem se relaciona (TUCHLINSKI, 2020, p. 1).

Assim, em uma relação entre pais e filhos, fixada a guarda compartilhada é inegável o surgimento de expectativas de convívio e participação do guardião na vida do infante tal qual se daria em caso de união amorosa entre os genitores, minimizando os danos que a separação ocasiona.

Há vantagens na guarda compartilhada que são nítidas como a oportunidade de ambos desfrutarem de igual direito a convivência com o filho, e este é um ponto de grande relevância na vida do menor, que passa a sofrer em menor proporção o efeito do fim do afeto que unia os seus genitores, a criança se sentirá mais acolhida mesmo sabendo que seus pais não estão mais juntos, para a maior parte da doutrina, este modelo é que provoca menos impacto no desenvolvimento do menor e é de suma importância (VIAN *et.al.*, 2021, p.1).

Portanto, nas relações familiares, a afetividade entre os membros é essencial, tanto em relação à figura materna, como também a paterna. O ordenamento jurídico, conseqüentemente, destaca a relevância do afeto tal qual os alimentos, etc.

Atualmente, não se consegue dimensionar o direito de família sem direcioná-lo à afetividade como requisito essencial nas relações; a cada dia mais e mais este fundamento é agregado nos conceitos pertinentes à universalidade familiar, pois é daí que se faz cumprir a aludida paternidade responsável, que se preocupa com os recursos materiais e os morais.

Não se pode pesar que uma criança precise mais dos recursos materiais do que dos morais. Os dois apresentam elevado sentido de composição do ser humano, pois se o corpo não vive sem comida, o corpo mental, psicológico e social não vivem sem as relações, uma vez que elas são a expressão do amor e do afeto (OLIVEIRA, 2010, p. 10).

De fato, os genitores possuem ampla responsabilidade em relação aos seus filhos, não se limitando ao fornecimento de suporte material, mas igualmente o suporte afetivo, tanto que, deixando de fornecer ao infante o afeto necessário, podem vir a ser penalizados através da configuração do abandono afetivo.

#### 4 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

Objeto de demandas indenizatórias, o abandono afetivo “acontece **quando pais negligenciam a relação com seus filhos**, faltando com o afeto e com os deveres garantidos pelo art. 227 da Constituição Federal às crianças e adolescentes (VERZEMIASI, 2021, p. 1)”.

O doutrinador Álvaro Villaça Azevedo destaca que não se trata de um dever de amor, mas da obrigação de cuidado:

Os pais não são obrigados a amar seus filhos, mas a cuidar deles, material e imaterialmente. O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art.



1º, III, da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, exige esse respeito devido à pessoa. Os direitos e deveres da personalidade devem ser cumpridos, para que se valorize a pessoa com a dignidade necessária no convívio social (AZEVEDO, 2019, p. 364).

Maria Berenice Dias complementa:

[...] a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz consequências de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (2021, p. 140).

Na prática, o abandono afetivo, assim como se dá com a alienação parental, costuma ocorrer após a separação de um casal, mas não se limita a tais situações, uma vez que, pode ocorrer em caso de filhos de pais solteiros, que não tenham mantido prévia convivência marital.

Sem uma definição legal precisa, tem-se que o abandono afetivo se caracteriza pela violação de qualquer das obrigações dos genitores impostas pelas leis aplicáveis, quais sejam: o artigo 227 da Constituição Federal; o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 1.634 do Código Civil (VERZEMIASI, 2021).

Uma vez caracterizado o abandono, poderá haver a responsabilização civil do responsável.

## **5 O ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS GENITORES**

Conforme visto até aqui, o motivo para a responsabilização dos genitores pelo abandono afetivo advém da ideia de que não se justifica mais a privação do direito dos filhos de pais divorciados ou solteiros de convivência, afeto, carinho e amor igualitário de ambos os pais, já responsáveis pela divisão da educação e criação dos filhos (PEREIRA, 2021).

O fundamento da responsabilização advém do fato de que o abandono viola diretamente uma série de princípios constitucionais.

A configuração da conduta omissa pelos pais e a ofensa direta aos princípios constitucionalmente assegurados, como o da Dignidade da Pessoa Humana, Paternidade Responsável, Solidariedade Familiar, Intimidade, Integridade Psicofísica, Convivência Familiar, Assistência, Criação e Educação, deve acarretar uma reparação ao filho, pois a reparação civil ou a indenização vem exatamente contemplar aquilo que não se pode obrigar. Não se trata de atribuir um valor ou um conteúdo econômico ao afeto. Admitir que somente o pagamento de pensão alimentícia é o bastante na relação entre pais e filhos é que significa monetizar tal relação. O abandono paterno/materno não tem preço e não há valor financeiro que pague tal falta. Como se disse, o valor da indenização é simbólico, mas pode

funcionar como um lenitivo e um conforto para a alma. É que não se pode deixar de atribuir uma sanção às regras jurídicas. E, exatamente, por não ter como obrigar um pai ou uma mãe a amar seu filho é que se deve impor a sanção reparatória para a ausência de afeto, entendido como ação, cuidado, repita-se. Não admitir tal raciocínio significa admitir que os pais não são responsáveis pela criação de seus filhos. (PEREIRA, 2021, p. 661 - 622)

Além disso, o resultado advindo do abandono é o sofrimento do filho abandonado, representado por episódios de dor pelo não reconhecimento do amor. Apesar de não ser obrigatório o amor, a falta de cuidado em relação ao filho deve ser apenada em razão da responsabilidade social dos genitores. Quer isto dizer que os pais não estão autorizados a desprezar seus filhos, independentemente da sua concepção ter sido ou não desejada. (AZEVEDO, 2019).

Em situações reais, em disputa de guarda entre a mãe e o pai, o abandono afetivo foi objeto de análise judicial, influenciando diretamente na fixação da guarda unilateral apenas do genitor.

Agravo de instrumento. Ação de modificação de guarda. Genitor contra genitora. Decisão proferida no exercício do juízo de retratação restabeleceu guarda comum de filhos menores. Insurgência do autor. Alegação de que requerida não possui condições de exercer a guarda compartilhada. Indicação de abandono afetivo e material. Demonstrado o preenchimento dos requisitos do artigo 300, do CPC. Alteração constante da modalidade de guarda não é adequada aos menores. Manutenção de decisão anterior, que fixou guarda unilateral paterna. Genitores possuem relação altamente conturbada. Dúvida quanto à capacidade para o exercício da guarda por ambos os genitores. Condutas inadequadas e nocivas. Menores que, entretanto, têm amparo dos avós paternos. Necessária a realização de estudo psicossocial para eventual nova alteração. Data já designada pelo setor. Visitas virtuais da genitora mantidas. Agravo provido. (TJ-SP – AI: 21680782520208260000 SP 2168078-25.2020.8.26.0000, Relator: Adson Luiz de Queiróz, Data de Julgamento: 27/10/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2020).

Mas além disso, o abandono pode ensejar a condenação do genitor causador do dano ao pagamento de danos morais, uma vez comprovado o preenchimento dos requisitos legais da responsabilidade civil.

*A possibilidade de responsabilização do genitor foi reconhecida pelo Colendo Tribunal Superior de Justiça:*

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à Responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242. 3ª Turma Recursal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, SP, data de Julgamento: 24.04.2012).

*Todavia, apesar da decisão anterior que abriu um precedente no Judiciário brasileiro, na prática, o deferimento da indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo consiste em situação excepcional. Isto porque, sem comprovar a coexistência de conduta, dano e nexos causal, o pedido indenizatório será indeferido:*

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E DE FAMÍLIA. REPARAÇÃO DE DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO. CONDUTA, DANO E NEXO CAUSAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ATO ILÍCITO. AUSÊNCIA. PRESSUPOSTOS NÃO DEMONSTRADOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. A configuração da responsabilidade civil do genitor, para compensação, por

abandono afetivo, exige a presença dos requisitos caracterizadores: a conduta omissiva ou comissiva do genitor (ao ilícito); o trauma ou prejuízo psicológico sofrido pelo filho (dano); e o nexó de causalidade entre o ato ilícito e o dano; e, ainda, a prova do elemento volitivo caracterizado pelo dolo ou a culpa. 2. O fato de existir pouco convívio com o genitor não é suficiente, por si só, a caracterizar o abandono afetivo a legitimar a correlata pretensão indenizatória. Para tanto, é preciso evidências robustas de que o comportamento de descaso, rejeição e desprezo acarretou danos psicológicos irreversíveis ao filho. 3. Os sentimentos de tristeza e saudades do filho, em relação à ausência de contato mais amigável com o pai, não caracteriza situação de abandono afetivo. Outrossim, a eventual necessidade de majoração de pensão alimentícia e visitação mais condizente com as necessidades do filho não se convertem em obrigação jurídica resolvida por meio de pretensão de natureza indenizatória. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF – 00053551220168070017 DF 0005355-12.2016.8.07.0017. 4ª Turma Cível. Relator Sonéria Rocha Campos D'Assunção. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1307224236>>. Acesso em 18 set. 2022.)

Com a popularização do dever de cuidado e da compreensão acerca dos princípios da afetividade e da dignidade humana nas relações familiares, os pedidos indenizatórios em todo o território nacional, com enfoque nas situações de abandono afetivo se tornaram mais comuns, inclusive no Estado do Tocantins.

## 5.1 O ABANDONO AFETIVO E AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

A exemplo do que se dá em todos os demais estados nacionais, o ingresso de ação indenizatória pelo abandono afetivo tem se concretizado também no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Todavia, as análises das situações têm levado ao indeferimento dos pedidos autorais sob o argumento de ausência de prova do ato ilícito do genitor. Nesse sentido, o exemplo concreto a seguir:

**EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO SOFRIDO. EFETIVA COMPROVAÇÃO DO DANO. NECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DA PRÁTICA DE ILÍCITO. CONFIGURAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO DOCUMENTAL. REPARAÇÃO DE DANOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

- Por se tratar de resultado danoso específico causado a terceiros, o dano moral deve ser efetivamente demonstrado, o que não ocorreu no caso vertente.

- Não restando efetivamente demonstrado o dano sofrido, bem como o ilícito que caracteriza a responsabilidade civil de reparação, inexistente, o dever de indenizar, uma vez que, não se configurou a prática de ato ilícito ou irregular, por parte da recorrida, incorrendo ofensa a direito da autora/recorrente e, conseqüentemente inexistindo lesão a ser reparada, ou dever de indenizar por danos morais, nos moldes pleiteados pelas recorrentes. Inteligência do art. 927, do CC.

- Hipótese em que, no caso em concreto denota-se que não existe esta vinculação causal entre o aludido abalo moral sofrido pelo apelado, bem como inexistente a prática de ato ilícito perpetrado pela recorrida, uma vez que observa-se dos autos, consoante as declarações testemunhais, que o pedido indenizatório a título de danos morais está assentado na suposta ocorrência de constrangimentos gerados a autora/apelante pela expulsão e proibição de utilização do laboratório de informática da instituição pública requerida, ato este, que teria sido praticada na presença de outras pessoas. Entretanto, conforme consta da sentença, a recorrente nada trouxe aos autos para comprovar sua alegação, uma vez que no depoimento da testemunha NATALICE CARVALHO, perguntada sobre o momento em que a Autora recebeu a informação de que não mais poderia utilizar as dependências do laboratório, respondeu ao juízo: "que foi desrespeitoso? Não. Utilizou palavras? Não..." (sic) AUDIO\_MP32 evento 129: processo originário. Assim, outras testemunhas não relataram fatos diferentes ou não tinham conhecimento de tal situação. Ademais não prospera a alegação de constrangimento suportado pela recorrente, afirmando que o Diretor da Universidade apelada, Sr. Raimundo Bezerra Rodrigues as recebeu com palavras de sarcasmo e seu tratamento foi desumano: "não foi um tratamento cordial". Pois a simples afirmação de que o tratamento não foi cordial, não configura dano moral, como também não demonstra prática de ato ilícito.

- Não há os pressupostos para a majoração dos honorários recursais (precedentes do STJ: AREsp 1349182/RJ), especialmente porque inexistente condenação em verba honorária em primeira instância.  
- Recurso conhecido e desprovido, para manter a sentença de primeiro grau. (TJTO - Apelação Cível 0003117-79.2017.8.27.2716, Rel. Adolfo Amaro Mendes, Gab. do Des. Adolfo Amaro Mendes, julgado em 12/08/2020, DJe 27/08/2020 11:25:42)

O que se observa é que os Tribunais de Justiça encontram-se alinhados no tocante à análise dos requisitos legais da responsabilização civil. Neste sentido, há possibilidade de reconhecimento do dever de indenização, desde que o requerente se desincumba de seu ônus probatório sobre a caracterização do abandono afetivo.

## CONCLUSÃO

Está consolidado no ordenamento jurídico que os pais têm obrigações em relação aos seus filhos, as quais não se limitam à alimentação, moradia e segurança, sendo indispensável também o cuidado para com sua prole independentemente do status de relacionamento.

Quer isto dizer que, independentemente da modalidade de guarda fixada, permanecem os deveres dos pais para com os filhos menores. Em se tratando de guarda compartilhada mais divididas ainda são as responsabilidades dos genitores após a separação do casal, posto que, persiste a obrigação de cuidado tal qual o status familiar anterior.

Com isso, entende-se que, de acordo com o princípio da afetividade no direito de família, não basta o suporte material aos filhos, exigindo-se também o psicológico. A paternidade e a maternidade devem ser afetivas, fundamentada no amor e respeito aos filhos que não podem ser abandonados e esquecidos.

Uma vez que se tratam de indivíduos em desenvolvimento, o suporte emocional das crianças e adolescentes é indispensável e, uma vez violado esse direito, o Poder Judiciário está autorizado a apreciar os pedidos de responsabilização civil pelo abandono afetivo. Contudo, a condenação ao pagamento de indenização dependerá da comprovação de ato ilícito, nexos causal e dano, haja vista que ninguém é obrigado a amar outra pessoa, mesmo que seja um descendente seu.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família** / Álvaro Villaça Azevedo. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em 07 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 08 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242**. 3ª Turma Recursal. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, SP, data de Julgamento: 24.04.2012.

BRASIL. **TJ-SP – AI: 21680782520208260000** SP 2168078-25.2020.8.26.0000, Relator: Adson Luiz de Queiróz, Data de Julgamento: 27/10/2020, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114261936/agravo-de-instrumento-ai-21680782520208260000-sp-2168078-2520208260000>>. Acesso em 20 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – **TJ-DF: XXXXX-74. 2018.8.07.0016** – Segredo de Justiça. 8ª Turma Cível. Relator Mariozam Belmiro. Julgamento do Acórdão em 30/07/2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/900768389>>. Acesso em 10 set. 2022.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **TJDF – 00053551220168070017 DF 0005355-12.2016.8.07.0017**. 4ª Turma Cível. Relator Soníria Rocha Campos D'Assunção. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1307224236>>. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **TJTO - Apelação Cível 0003117-79.2017.8.27.2716**, Rel. Adolfo Amaro Mendes, Gab. do Des. Adolfo Amaro Mendes, julgado em 12/08/2020, DJe 27/08/2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14 ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

MELO, Maria Marli Castelo Branco de. **Guarda Compartilhada: Novo Padrão Contemporâneo do Direito de Família**. IBDFAM Acadêmico, data de publicação: 03/10/2008. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/453/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO+-+Guarda+Compartilhada%3A+Novo+Padr%C3%A3o+Comtempor%C3%A2neo+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em 04 set. 2022.

NUNES, Andréa Ribeiro. **Princípio da afetividade no direito de família**. *Âmbito Jurídico*, 2014. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-130/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>>. Acesso em 22 mar. 2022.

OLIVEIRA, Luciane Dias de. **Afetividade como dever familiar perante a legislação brasileira**. *Âmbito Jurídico*, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-78/afetividade-como-dever-familiar-perante-a-legislacao-brasileira/#:~:text=Resumo%3A%20Afetividade%20%C3%A9%20Princ%C3%ADpio,seu%20fi lho%20desenvolvendo%20suas%20potencialidades.>>. Acesso em 26 mar. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias** / Rodrigo da Cunha Pereira; prefácio Edson Fachin. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TUHLINSKI, Camila. **Responsabilidade afetiva: entenda o que é e a importância para a saúde de suas relações**. *O Estado de São Paulo*, 2020. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/noticias/comportamento,responsabilidade-afetiva-entenda-o-que-e-a-importancia-para-a-saude-de-suas-relacoes,70003506447>>. Acesso em 26 mar. 2022.

VERZEMIASI, Samirys. **Aspectos e consequências jurídicas do abandono afetivo**. *Portal Aurum*, 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/abandono-afetivo/#:~:text=O%20abandono%20afetivo%20acontece%20quando,Federal%20%C3%A0s%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes.>>. Acesso em 21 set. 2022.

VIAN, Ana Graziely Alves; DOURADO, Erick Ramon Lopes; CASTELLO BRANCO, Francisca Juliana; PAIVA, Evaristo de. **Guarda compartilhada: relações de boa convivência para o desenvolvimento psicossocial da criança**. *IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*, publicado em 06 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1773/Guarda+compartilhada%3A+rela%C3%A7%C3%B5es+de+boa+conviv%C3%Aancia+para+o+desenvolvimento+psicossocial+da+crian%C3%A7a#:~:text=Co>>



m%20o%20advento%20da%20guarda,direitos%20e%20deveres%20haver%C3%A1%20puni%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 23 mar. 2022.

## A MATERNIDADE ATRÁS DAS GRADES E A FALTA DE ATENÇÃO AOS DIREITOS BÁSICOS À SAÚDE DA MULHER GESTANTE APRISIONADA

**PAULO HENRIQUE VIEIRA AQUINO:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

**RESUMO:** O objetivo desse estudo está centrado em analisar a questão do encarceramento feminino em situação de gestação a partir da legislação estabelecida em confronto com as condições precárias encontradas pelas encarceradas dentro das penitenciárias, bem como, ainda que sem esgotar o tema, como essa situação afeta a família e a sociedade em geral. O cenário violento em que estamos inseridos proporciona o substancial aumento da população carcerária, que por sua vez, favorece a violação dos direitos dos encarcerados e principalmente, das encarceradas grávidas e puérperas. Nesse contexto, os direitos primordiais das detentas têm sido colocados em segundo plano, uma vez que o Sistema Prisional Brasileiro é de concepção eminentemente machista, bem como as normas e regramentos que o norteiam. Por essa razão, embora o Direito Internacional estabeleça normas e princípios de Direitos Humanos sobre o tema, o incremento do encarceramento feminino afeta indevidamente às mulheres inseridas no sistema prisional, condicionando suas práticas a uma sexualização dirigida para o viril, tendo como mais grave a situação de confinamento de mulheres em presídios masculinos, positivando-se o padrão de comportamentos masculinos, contexto eminentemente prejudicial à ressocialização pretendida pela lei e pela Constituição que exigem uma perspectiva de gênero adequada. Para atingir o objetivo do presente trabalho, no que tange à metodologia, adotou-se a técnica do método dedutivo, visando apresentar hipóteses e confirmá-las. Para que se confirme a hipótese central apresentada sobre o tema, de que o encarceramento das mulheres gestantes no contexto das deficiências do aparelho prisional brasileiro promove uma ampliação das penalidades a elas aplicadas, foram utilizados estudos acadêmicos prévios pertinentes à revisão bibliográfica, para chegar à conclusão de que, além de obscurecer a presença feminina, desconsiderando suas necessidades específicas, tal sistema produz o condicionamento de seu comportamento, utilizando-se do corpo feminino como instrumento de controle a partir da superioridade física e psicológica do corpo masculino no contexto machista e sexista do Sistema Prisional e na sociedade atual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão; Maternidade; Direito.

**ABSTRACT:** The objective of this study is centered on analyzing the issue of female incarceration in situations of pregnancy from the legislation established in confrontation with the precarious conditions found by women incarcerated inside the penitentiaries, as well as, without exhausting the theme, how this situation affects the family and society in general. The violent scenario in which we are inserted provides the substantial increase of the prison population, which in turn favor's the violation of the rights of the incarcerated and especially of pregnant and postpartum women. In this context, the primordial rights of female inmates have been placed in the background, since the Brazilian prison system is of eminently chauvinistic conception, as well as the rules and regulations that guide it. For this reason, although international law establishes norms and principles of human rights on the subject, the increase in female incarceration unduly affects women in the prison

system, conditioning their practices to a sexualization directed to the virile, with the most serious situation of confinement of women in male prisons, positing the standard of male behavior, eminently harmful context to the resocialization intended by law and the Constitution that requires an adequate gender perspective. To achieve the objective of this work, regarding the methodology, the technique of deductive method was adopted, aiming to present hypotheses and confirm them. In order to confirm the central hypothesis presented on the subject, that the incarceration of pregnant women in the context of the shortcomings of the Brazilian prison system promotes an expansion of the penalties applied to them, previous academic studies pertinent to the literature review were used, to reach the conclusion that, in addition to obscuring the female presence, disregarding their specific needs, such a system produces the conditioning of their behavior, using the female body as an instrument of control from the physical and psychological superiority of the male body in the macho and sexist context of the Prison System and in current society.

**KEYWORDS:** Prison; Motherhood; Law.

## 1 INTRODUÇÃO

Em se tratando de previsão normativa internacional no campo da mulher em cumprimento de pena privativa de liberdade, importa mencionar que as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos prevista na Organização das Nações Unidas – ONU (1955) que preveem que o tratamento das pessoas sujeitas à pena privativa de liberdade deve ter por objeto a promoção do seu desenvolvimento, do respeito próprio e do sentido de responsabilidade.

Dessa maneira pensar “na imposição de penas passa a ser racional, nessa fase o direito penal é marcado pelo controle do poder punitivo. Ocorre também a humanização do direito penal, separação da justiça divina e humana. Período da primazia da razão” (Foucault, 1987, p. 158). A garantia do direito básico de saúde da mulher constitui uma intervenção fundamental no sistema de saúde pública, contribuindo para a promoção da saúde da mulher e da criança e para combater a mortalidade materna e infantil, ou seja, em forma sucinta, observar o direito da mulher consiste na garantia de que toda mulher tenha direito à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter filhos, não os ter ou espaçar seu nascimento, tudo em prol de toda uma sociedade sadia, uma saúde geral no contexto de toda a sociedade (BRASIL, 2004).

Apesar da existência desse dispositivo legal, que foi supracitado no parágrafo anterior, a realidade prisional feminina brasileira vem mostrando que, em algumas unidades da federação, existe um complexo penitenciário polivalente<sup>64</sup>, dentro desse contexto tem-se em um trecho da obra de Foucault (1987, p. 196) que o “Direito Penal não deve ser compreendido somente como um mecanismo a fim de retribuir, através das penas, um ato criminoso, bem como não deve ser compreendido, única e exclusivamente, como um mecanismo de prevenção de delitos ou

---

<sup>64</sup> Tem o propósito de oferecer dignidade, tratamento humanizado, conservando a honra e a autoestima do apenado. Encaminhar para o sujeito para um aconselhamento psicológico, projetos de profissionalização e incentivos que colaborem para que os direitos básicos do condenado sejam efetivados e priorizados (QUEIROZ JUNIOR, 2019).

recuperação". Partindo dessas premissas, este estudo foi composto com o objetivo de descrever a falta de atenção aos direitos básicos à saúde da mulher gestante em privação de liberdade e apontar os instrumentos jurídicos disponíveis para aproximar essa realidade daquela propugnada pelo sistema jurídico.

A inserção de mulheres para cumprimento de pena privativa de liberdade já seria o bastante para iniciar uma reflexão, porém nesta pesquisa, pretende-se focar o grupo populacional das mulheres grávidas. No entanto, cabe pontuar, não se pretende generalizar a vulnerabilidade como condição inerente a esse grupo. Isso já justificaria trabalhar com essa população, já que as gestantes e puérperas estão entre as mais vulneráveis ao discurso das falências carcerárias, principalmente no condizente as políticas públicas básicas da saúde da mulher. Dentro desse cenário o problema desse estudo está centrado em: *Quais são os direitos básicos destinados à gestante em privação de liberdade?*

Diante desse questionamento esse estudo assume o objetivo de analisar os direitos básicos destinados a gestante em privação de liberdade. Para tanto, foi o mesmo dividido nos seguintes objetivos específicos: (i) apresentar o contexto histórico acerca da saúde pública no Brasil; (ii) identificar a composição da estrutura do sistema carcerário no Brasil; e, (iii) avaliar a legislação acerca dos direitos básicos para saúde da gestante em privação de liberdade.

Nesse sentido, o estudo se justifica na investigação acerca da questão da maternidade nas unidades prisionais, que embora já existam várias previsões legais para o seu exercício, ainda não há em prática uma política pública destinada exclusivamente para as gestantes em cumprimento de pena privativa de liberdade. Ademais, justifica-se este trabalho por conta do fato amplamente divulgado sobre o aumento de mulheres grávidas no sistema carcerário brasileiro. Em dados descritos na página do Departamento Penitenciário Nacional (2019) havia cerca de 276 gestantes e 225 lactantes aprisionadas em todo o país. No Amazonas no mesmo ano, havia 5 gestantes no sistema prisional local.

O alarde a respeito da questão supracitada, mais do que a preocupação com o aumento significativo de mulheres encarceradas, suscita o interesse acerca de como se dá o tratamento que recebem, tendo em vista direitos fundamentais que são assegurados pela lei e não devem ser negados à mulher reclusa. Além disso, atenta-se também ao crescimento recente da discussão sobre uma forma de discriminação pouco considerada: a mulher gestante na prisão. A pesquisa demonstrou que além de produzir efeitos na saúde mental, o estado de gravidez estando interna no sistema prisional produz barreiras e exclusões sociais atreladas à negação do acesso ao direito à saúde, sendo este um direito básico de todos os indivíduos (QUEIROZ JUNIOR, 2019).

Tal forma de discriminação é potencializada quando atravessada por interseccionalidades raciais, econômicas e de gênero. Sendo assim, a mulher pobre, obesa, indígena, parda e/ou preta pode ser a mais exposta a essa situação dentro do sistema carcerário. Tendo como base essas hipóteses, nosso objetivo está em entender o funcionamento dos aparelhos do estado voltados para a saúde da gestante dentro do sistema prisional brasileiro.

A descrição da situação da mulher em cumprimento de pena privativa de liberdade, com o foco peculiar em relação à mulher grávida, permitirá perceber que a maternidade nos presídios, a

despeito das várias previsões legais sobre a matéria, não tem efetivação enquanto política pública. Assim, a pesquisa desenvolvida também tem natureza quantitativa, cujos dados colhidos serão qualificados quanto à sua relevância. Seguindo o pensamento de Dencker (2000, p. 127) a pesquisa quantitativa é, “estudo profundo e exaustivo de determinados objetos ou situações e permite o conhecimento em profundidade dos processos e relações sociais”. Ao longo da pesquisa serão analisadas as políticas públicas relacionadas aos direitos básicos em atenção a mulher, tendo sempre em vista a opinião de vários autores, que formam o nosso referencial teórico. Serão empregados arquivos bibliográficos, disponíveis na internet, mídias, dados públicos, bibliotecas e outros. O conhecimento científico foi consultado para garantir a veracidade do tema e responder de forma satisfatória o objetivo da pesquisa.

Conforme Severino (2017, p.119) estes documentos se definem pela natureza dos temas estudados, bem como, pela área em que os trabalhos se situam. Tais documentos, no âmbito da reflexão teórica, são basicamente: livros, artigos científicos publicados em revistas e coletâneas, entre outros, além e outras bibliografias que tratam do tema. A metodologia adotada, quanto aos fins, será descritiva, já que apresenta uma descrição completa dos fatores envolvidos. Para Andrade (2020, p.112) neste tipo de pesquisa, os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados, sem que o pesquisador interfira neles. Isto significa que os fenômenos do mundo físico e humano são estudados, mas não manipulados pelo pesquisador.

A pesquisa também é de natureza exploratória, pois irá buscar averiguar todos os dados e de acordo com Dencker (2002, p.125), “a pesquisa exploratória procura aprimorar ideias ou descobrir intuições, envolvendo em geral levantamento bibliográfico, entrevista com pessoas experientes e análise de exemplos similares”. Os resultados obtidos foram analisados buscando-se colocar em evidência os objetivos da pesquisa, por meio de análise bibliográfica e tabulação de dados, com relação à coleta de dados que ocorreram entre os meses de outubro e dezembro do ano de 2021.

Quanto à relevância do presente estudo, o mesmo está diretamente relacionado com a dignidade humana, trazendo contribuição ao universo acadêmico e servindo de instrumento para novas reflexões que possibilitarão o aprofundamento de outras pesquisas desta mesma natureza sobre a importância das políticas públicas de saúde voltada as mulheres em privação de liberdade, a contribuir com a sociedade no sentido de entender um pouco mais sobre as políticas de saúde relacionadas à atenção básica voltada as mulheres em privação de liberdade: a concluir: é preciso uma vez mais evidenciar normas cogentes ignoradas pelas práticas do Estado, impondo a este sua concreta efetivação.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 CONTEXTO HISTÓRICO ACERCA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL**

O primeiro objetivo de nossa pesquisa, busca conhecer o contexto histórico acerca da saúde pública no Brasil, nesse sentido o presente estudo dará ênfase ao tratamento dispensado às grávidas apenadas. Para darmos início, buscamos de maneira didática iniciarmos, destacando



alguns conceitos sobre saúde, uma vez que esta é realizada por meios de ações ou serviços. Essas ações e serviços de saúde se integram na rede regionalizada e hierarquizada, onde os governantes estarão desempenhando o serviço de saúde em toda a região do país, por meio de difícil acesso (YAZBEK, 2019). Todas essas ações e serviços regionalizados constituem um sistema único de saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS) surgiu no ano de 1988 com a Constituição Federal (CF) até então não se falava em sistema único de saúde dentro do país e a assistência à saúde era livre iniciativa privada por meios de contrato e convênios. O direito à saúde do homem, começa com o pressuposto sendo a ausência de doenças e a algum tempo atrás 1948 foi intensificada a criação de órgão especiais que eram dedicados para garantir que alguns desses direitos considerados essenciais ao homem, sejam cuidados no âmbito internacional (MARTINELLI, 2011).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), define o conceito de saúde, como sendo o completo bem está físico, mental e social, não é apenas a ausência de doenças. Com essa definição vai reconhecer essa essencialidade de um equilíbrio interno do homem com o meio ambiente, sendo este um direito fundamental do ser humano e que deve ser garantido pelo Estado (BRASIL, 2004). Com relação a palavra Direito, essa tem o objeto de estudos o sistema de normas que vai regular o comportamento do homem na sociedade.

Já na concepção de Direito à Saúde, tem-se que esse termo empregado é no sentido de um direito substantivo. Esse por sua vez, vai estar ligada, ao direito da liberdade do indivíduo, é unicamente um estado desenvolvido de forma sócia econômica e cultural, que o indivíduo vai ser livre para procurar esse, completo bem está físico, mental e social da definição de saúde e vai poder estabelecer um tratamento, caso esse indivíduo venha a adoecer (SANTA RITA, 2016).

Em relação ao aspecto social. O direito à saúde vai estar ligada a igualdade, as limitações do comportamento humano, iram ser feito para todas essas pessoas usufruir de forma igual. O processo da saúde enquanto direito coletivo, é que saúde vai depender igualmente desse estado de desenvolvimento que o estado vai se encontrar. Apenas um estado que exerce seu direito de desenvolvimento ele pode garantir medidas de proteção igual cuidados, para essa recuperação da saúde (MARTINELLI, 2011).

De acordo com os princípios básicos do (SUS), a atenção básica dispensada a apenada, que se caracteriza por ser "um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrangem a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação e a manutenção da saúde" (BRASIL, 2006). Deve garantir a universalidade, integralidade do serviço, bem como ser a principal porta de entrada do SUS (YAZBEK, 2019).

O direito à saúde destinado a gestante em privação de liberdade vai se apropriar dos princípios da liberdade e igualdade e vai se procurar em equilíbrio dos valores. O cenário de assistência à saúde puerpera aprisionada, passou a ser de atenção integral, com ações de promoção e de proteção, além das ações para recuperação da saúde (BRASIL, 2004). Além disso, essas passaram a ser regidas por políticas que visam garantir universalidade, equidade e integralidade as mulheres aprisionadas (BRASIL, 2006).

A inclusão de Políticas Públicas destinadas a gestante em privação de liberdade, no âmbito da Política da Saúde deve ser pensada de uma forma que os profissionais envolvidos, usem de suas técnicas para aplicar ações que atinjam todas as áreas de vivência do sistema prisional como: a prevenção no que diz respeito à saúde, o lazer, melhores condições de habitação, saneamento, alfabetização, entretenimento, vínculos familiares, pois a assistência social atua na função de coordenação geral desta política (IAMAMOTO, 2009).

Nesse contexto, pode-se observar que o papel do Estado na promoção da saúde tem como base o projeto ético político que é formulando estratégica para reforçar o Direito Social a saúde das mulheres aprisionadas, assim facilitando o acesso de todas as apenadas, ao serviço de saúde, também trabalhando com intervenção de prevenção de doenças e promoção da saúde. Nesse contexto, falar em sistema penitenciário no Brasil, não seria tratar apenas de um compartimento onde se guardam presos, pois a dura realidade no qual o sistema penitenciário brasileiro vive nessa metade do século XXI, onde existem várias espécies de depósitos humanos, conforme será observado na seção seguinte.

## 2.2 A COMPOSIÇÃO DA ESTRUTURA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL

O segundo objetivo da presente pesquisa, busca identificar a composição da estrutura do sistema carcerário no Brasil. Nesse cenário, essa seção inicia pontuando que no sentido penal, a prisão constitui instrumento coercitivo estatal decorrente da aplicação de uma sanção penal transitada em julgado. E no sentido processual, a prisão constitui instrumento cautelar de que se vale o juiz no processo para impedir novos delitos pelo acusado, aplicar a sanção penal ou para evitar a fuga do processado, além de outros motivos e circunstâncias ocorrentes em cada caso concreto (CANTO, 2020).

Historicamente, tem-se que os primeiros sistemas prisionais eram as casas de força, onde a pena era aplicada como detenção perpétua e solitária em celas muradas. Porém, no século XVII, a pena privativa de liberdade foi reconhecida como substituta da pena de morte e, até o século XVIII, grande número de casas de detenção surgiu (CAMARGO, 2016). A prisão figurando como pena é de aparecimento tardio na história do Direito Penal. No Brasil não foi diferente. No princípio, a prisão como cárcere era aplicada apenas aos acusados que estavam à espera de julgamento. Essa situação perdurou durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais tinham por base um direito penal baseado na brutalidade das sanções corporais e na violação dos direitos do acusado (ASSIS, 2017).

Em conformidade com a legislação brasileira, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, e a de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência para regime fechado, a teor do disposto no art. 33 do Código Penal. A pena de prisão simples deverá ser executada sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto (CANTO, 2020).

Todavia o que se observa, é que a prisão no sistema prisional no Brasil, em vez de servir de um instrumento de ressocialização, de educação para a liberdade, vem a ser, não importam os

recursos disponíveis, um meio corruptor, um núcleo de aperfeiçoamento no crime, onde os primários, os menos perigosos, adaptam-se aos condicionamentos sociais intramuros, ou seja, assimilam, em maior ou menor grau, os usos, costumes, hábitos e valores da massa carcerária, os “influxos deletérios” (CAMARGO, 2016).

Em complemento ao presente exposto, Silva (2018) comenta em seus estudos que, o nosso Sistema Penitenciário apresenta-se bastante complexo, no que se refere à estrutura física, uma vez que envolve variados modelos de unidades prisionais, isto é, como unidades penitenciárias e extra penitenciárias, pois para cada uma delas deve-se verificar sua distinção, tendo o legislador definido os estabelecimentos do Sistema, destinando cada qual a um fim. A crise do sistema penitenciário brasileiro não é uma contingência da atualidade e sim uma continuidade fruto de um longo processo histórico impermeado pelo escravismo do período colonial, mas que se agrava com a falência gerencial (SILVA, 2018).

Na Lei de Execução Penal (LEP) estão estabelecidas as normas fundamentais que regerão os direitos e obrigações do sentenciado no curso da execução da pena. Constitui-se na Carta Magna dos presos, tendo como finalidade precípua a de atuar como um instrumento de preparação para o retorno ao convívio social do recluso. Os detentos têm assegurado pela CF seu direito à vida, à dignidade, à liberdade, à privacidade, entre outros (CANTO, 2020). Alexandre (2016) em de forma sucinta elenca alguns destes princípios, como descritos a seguir:

I. Princípio da dignidade da pessoa humana: Assegura e determinam os contornos de todos os demais direitos fundamentais. Quer significar que a dignidade deve ser preservada e permanecer inalterada em qualquer situação em que a pessoa se encontre. A prisão deve dar-se em condições que assegurem o respeito à dignidade. No tangente aos princípios e garantias constitucionais podemos dizer que o princípio da legalidade assegura que os presos só podem ter restrições de direitos quando previamente previstos em Lei.

II. Princípio da igualdade: Garante igualdade aos presos no que diz respeito aos direitos fundamentais. Garante respeito às diferenças e determina que todos deve ser feito tão iguais quanto possíveis quando a desigualdade implicar prejuízo de alguns. A igualdade também assegura o direito de ser diferente, de não se submeter a tratamento de modificação de personalidade e proíbe discriminação de tratamento, dentro ou fora do presídio, em razão de especial condição seja de ordem social, religiosa, racial, político-ideológico.

III. Princípio da individualização da pena: Assegura que a pena seja aplicada àquela pessoa individualmente considerada, de forma a possibilitar o livre desenvolvimento da sua personalidade individual e que deve haver proporção entre ação e reação, entre gravidade do crime e gravidade da pena e que a pena deve ser cumprida dentro do marco constitucional de respeito à dignidade do sentenciamento e não em função dos anseios sociais de punição (ALEXANDRE, 2016).

O espírito da lei é o de conferir uma série de direitos sociais ao condenado, visando assim possibilitar não apenas o seu isolamento e a retribuição ao mal por ele causado, mas também a preservação de uma parcela mínima de sua dignidade e a manutenção de indispensáveis relações sociais com o mundo extramuros. Se fosse efetivada integralmente, a LEP certamente propiciaria a

reeducação e ressocialização de uma parcela significativa da população carcerária atual (CANTO, 2020).

Entretanto, a forma como o Estado vem mantendo as prisões, provavelmente seja uma situação mais humilhante que a aplicação dos castigos corporais que ocorriam na fase anterior do período Humanitário, misturando os presos primários com outros reincidentes e os que praticaram crimes leves com presos de alta periculosidade, em celas superlotadas, nas quais os espaços construídos para seis abriga vinte e nas quais se encontram doentes misturados com indivíduos sãos, todos mantidos na ociosidade e, sem as mínimas condições de higiene, entregues à própria sorte, submetidos a toda modalidade de exploração pelos inescrupulosos, quando o mais fraco ou pobre torna-se objeto da satisfação do desejo sexual do mais forte (SILVA, 2018).

A promiscuidade interna é tamanha que com o tempo leva o preso, a perder o sentido de dignidade e honra que ainda lhe resta; isto é, em vez do Estado, via cumprimento da pena, nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o encarcerado de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma inversa (CERNEKA, 2019). Nota-se, portanto, que o desrespeito ao preso não atinge apenas os seus direitos, agride a sua própria condição de ser humano, rebaixando-os à situação de animais insignificantes.

Ao invés de se reabilitar, o detento passa a nutrir um ódio cada vez maior pela sociedade que o colocou ali. Em sua mente, a sociedade não lhe deu emprego, educação ou qualquer condição que lhe garantisse a subsistência. O crime que cometeu foi motivado pela própria sociedade e ele não teria praticado se essa mesma sociedade não lhe tivesse motivado. Os presos precisam de ajuda, de respeito, para terem esperança de recuperarem sua moral, a paz de seu espírito e o reequilíbrio social (ALEXANDRE, 2016).

Para considerar a questão de gênero no sistema penal, há que se ir além do mero gesto de pintar os muros da unidade de cor de rosa; dizer que a mulher é mais emocional; e tornar acessíveis os remédios controlados que ajudam a dormir. Contemplar a questão da mulher presa significa muito mais do que desenvolver concursos de "Miss Penitenciária", como vem ocorrendo com frequência. O concurso de beleza na penitenciária reforça os estereótipos de beleza impostos às mulheres através das capas de revistas, cinema e das grandes telenovelas. Sendo assim, 99% da população prisional mais uma vez sentir-se-á feia perante os padrões de beleza, pois apenas uma sairá vencedora (CERNEKA, 2019).

Cerneka (2019) doutrina que, "a prisão feminina foi criada no Brasil no início dos anos 1940, no mesmo momento em que acontecia a reforma penal. Os juristas da época defendiam a ideia de que a redução da desigualdade entre os sexos, no âmbito da sociedade ocidental, implicaria uma maior presença da mulher não apenas na área do trabalho fora de casa, mas seria responsável também pela inserção da mulher no mundo do crime". Ramos (2020, p. 1210) descreve que:

O sistema carcerário não foi pensado para as mulheres até porque o sistema de controle dirigido exclusivamente ao sexo feminino sempre se deu na esfera privada sob o domínio patriarcal que via na violência

contra a mulher à forma de garantir o controle masculino. O direito penal foi constituído visando os homens enquanto operadores de papéis na esfera (pública) da produção material.

Apesar da existência do dispositivo legal, a realidade prisional brasileira vem mostrando que, em algumas unidades da federação, existe um complexo penitenciário polivalente, em que o local para mulheres é uma de suas unidades, ainda que tenha separação por gênero; ou pior, ainda existe apenas uma cela destinada a essa categoria, como será demonstrado com dados mais adiante (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

### 2.3 DIREITOS BÁSICOS PARA SAÚDE DA MULHER EM CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Por fim, o terceiro objetivo de nosso estudo vem avaliar a legislação acerca dos direitos básicos para saúde da mulher em cumprimento de pena privativa de liberdade. Em um âmbito geral, quando se estuda a população carcerária, seja ela feminina ou masculina, é impossível fugir da análise do fator que potencializou a imersão destes indivíduos no mundo do crime. Então se entra em um assunto muito complexo, pois a sociedade é um nicho de acontecimentos que convergem entre si, perfazendo consequências entre ações e reações, gerando desta forma um ciclo impetuoso e destrutivo (MAKKI; SANTOS, 2019).

Em se tratando de questão normativa internacional no campo da mulher presa, importa mencionar que as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos da Organização das Nações Unidas (1955) preveem que o tratamento das pessoas sujeitas à pena privativa de liberdade deve ter por objeto a promoção do seu desenvolvimento, do respeito próprio e do sentido de responsabilidade (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

A mulher infratora é diferente nas motivações para o crime, nos tipos de crime cometidos, nas necessidades quando sob custódia do Estado e na hora de sair do presídio e retornar ao convívio de sua família. Mesmo que a população feminina no sistema brasileiro ainda não tenha chegado 7% do total de presos, ela representa um número significativo dentro da população carcerária, o que em termos absolutos são menos de 30.000 presas. O Estado tem condições de atender com seriedade a este contingente, tomando providências estratégicas e evitando a todo custo às soluções paliativas e de curto prazo que só agravam a situação da mulher no cárcere (CERNEKA, 2019).

“No Brasil, poucos são os estudos que tratam da criminalidade feminina em relação à criminalidade em geral. Consequentemente, os dados são escassos e pouco reveladores da real dimensão deste fenômeno social” [...] (p. 548). O crime feminino parece estar paulatinamente sendo menos associado ao estereótipo do homicídio passional, com forte conteúdo de amor ou ciúme, sendo cada vez maior a presença da mulher em outros atos delituosos, como o tráfico de entorpecentes, roubos seguidos ou não de morte e sequestros. Esta mudança no panorama geral da criminalidade feminina fica ainda mais evidente se observarmos sua crescente inserção no tráfico de entorpecentes (ALEXANDRE, 2016).



Segundo a LEP o estabelecimento penitenciário feminino deve ser individualizado, ou seja, a mulher presa não pode ser mantida em estabelecimento que abrigue indivíduos homens, se for o caso de estarem no mesmo estabelecimento, deve ser em alas diferentes e sem comunicação entre eles. São formas de proteção que demonstram a preocupação com a mulher e sua dignidade. Os estabelecimentos penitenciários femininos não possuem diferenças senão aquelas necessárias à adequação dos direitos do gênero feminino (MAKKI; SANTOS, 2019).

No ambiente prisional feminino as mulheres precisam de atendimentos médicos e odontológicos, além de tratamento e prevenção para doenças como diabetes, hipertensão, depressão, hepatite, tuberculose, DSTs como AIDS e outras tantas, além de que, necessitam de atendimentos específicos do gênero como nos casos das gestantes, parturientes e lactantes, exames preventivos de câncer de mama e útero (QUADROS; SANTA RITA, 2020). Porém o que se observa na literatura consultada, é um vazio no contexto da maternidade atrás das grades, e a garantia dos direitos fundamentais a “mãe aprisionada”.

Fortalecendo a esse discurso, o que foi observado em nosso acervo bibliográfico, foi que a relação mãe-filho é dilacerada de forma perversa. Muitas vezes sem uma justificativa em relação à ausência da mãe, este filho fica sem resposta, entregue a uma experiência de abandono. As internas relatam ser muito doloroso o cumprimento da pena sem interação com os filhos e familiares, sem notícias ou visitas. Assim, o cumprimento de pena acaba por ser um momento solitário e, devido a estes distanciamentos, a perspectiva de retorno breve ao convívio em sociedade torna-se uma fonte de angústia (ALEXANDRE, 2016).

O ingresso de mulheres gestantes para cumprimento de pena privativa de liberdade já se constitui como uma questão que merece reflexão e ações no âmbito da gestão dos complexos prisionais. São inegáveis as precárias condições de habitabilidade em que se encontram as penitenciárias brasileiras, e o problema se agrava na medida em que as unidades femininas não dispõem de recursos humanos especializados e espaços físicos necessários à saúde da mulher, em especial ao tratamento pré-natal e pós-natal. Outro fator bastante problemático refere-se ao período de idade máxima para a permanência da criança junto à mãe que cumpre pena de prisão. Das respostas obtidas na pesquisa junto às unidades da federação, observa-se uma variação entre quatro meses e seis anos de vida da criança. Apesar de 63% informarem um período de até seis meses, o que se percebe é a falta de discussão científica sobre esse procedimento (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

Ramos (2020) em seus estudos elenca uma série de questionamentos acerca da maternidade no sistema prisional brasileiro, onde temos, A questão da maternidade nos presídios, embora já tivesse várias previsões legais para seu exercício, nunca foi efetivada enquanto política pública. De acordo com Gomes (2020) ao se entrar na prisão muitos dos chamados direitos são suspensos, e o sujeito restrito a uma lógica e a regras peculiares deste ambiente, que são incontestáveis e que custam o tempo de liberdade de quem está dentro desses estabelecimentos.

Desta forma, o momento do parto no contexto prisional se configura como uma das diversas desumanidades que ocorrem naquele lugar. No parto, segundo a lógica prisional, a mulher



ainda é uma criminosa, alguém que rompeu um contrato social e feriu a sociedade. Portanto, as condições para ela são as piores possíveis, a ponto de poder-se recorrer ao período da escravidão para se aproximar das condições que a mulher presa se encontra nesse momento (MAKKI; SANTOS, 2019). É importante apontarmos tal questão, pois para muitas mulheres, o parto dentro do modelo higienista e das subjetividades dominantes é encarado como o melhor momento, o mais emocionante de suas vidas. Em consonância a esse pensamento, Ministério da Justiça (2018), traz em sua redação os direitos básicos destinado as mulheres aprisionadas, conforme segue:

I. Assistência à saúde: é fato que as mulheres encarceradas necessitam de um atendimento diferenciado quando comparadas aos homens, e por isso necessitam de uma estrutura médica também diferenciada, mas isto não ocorre na maioria dos estabelecimentos<sup>65</sup>.

II. Assistência social: De acordo com dados de 2018 existem assistentes sociais em 90,20% dos estabelecimentos penais, vale ressaltar, que está assistência visa amparar a presa e prepará-las para o retorno à sociedade, segundo o Art.22, da Lei de Execução Penal.

III. Assistência jurídica: é direito da detentas a assistência jurídica e este é feita por meio de servidores do próprio órgão responsável pela administração penitenciária e/ou pela Defensoria Pública. Apesar disso, mesmo aqueles que prestam algum tipo de assistência jurídica, o fazem de maneira insatisfatória.

IV. Assistência religiosa: todos os estabelecimentos penais femininos permitem à prática religiosa, através de visitas de representantes das entidades que prestam tal assistência. As religiões mais presentes são: protestante, católica e espírita. Ao contrário da realidade dos encarcerados do sexo masculino, as presas, em sua maioria, contam com locais apropriados para a prática religiosa.

V. Assistência laboral: cerca de 47,46% as mulheres encarceradas desempenham alguma atividade laboral no interior das unidades (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2018).

VI. Assistência educacional: Apesar de ser um direito da detentas ainda é pequeno o número de presas envolvidas em atividades educacionais. São realizadas regularmente campanhas para doação de livros nos estabelecimentos femininos.

Mesmo com todos os direitos básicos garantidos em nosso ordenamento jurídico, o que se observou durante a realização desta pesquisa, é que ao invés de ser uma instituição destinada a reeducar as detentas e prepará-las para o retorno social, para promover os cuidados junto aos seus

---

<sup>65</sup> Com relação ao Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, foi constatado, no período da pesquisa, que existem equipes qualificadas em 23,53% dos estabelecimentos do país. Um dado preocupante, mas que infelizmente não surpreende, diz respeito a existência de médicos nas unidades femininas, onde esta realidade ocorre em apenas 35,29% dos estabelecimentos. Dentre os estabelecimentos penais femininos que possuem médicos temos as seguintes especialidades presentes: clínico geral; psicólogos; dentistas; ginecologistas; psiquiatras; enfermeira; pediatra; médicos voluntários, outros profissionais das seguintes áreas estão presentes nos estabelecimentos penais femininos, são eles: fisioterapeuta, nutricionista, oftalmologista, terapeuta ocupacional, professor de educação física. Em 60,78% dos estabelecimentos existem locais apropriados para a realização de consultas e exames médicos. Os estabelecimentos prisionais devem realizar o acompanhamento pré-natal às presas gestantes, através do SUS, assim como exame Papanicolau e o de câncer de mama (QUADROS; SANTA RITA, 2020).

filhos, a prisão é uma “casa dos horrores” (grifo nosso), para não dizer de tormentos físicos e morais, infligindo a encarcerada os mais terríveis e perversos castigos, principalmente quando se trata das questões maternas.

Cabe ainda destacar, que antes de ser a instituição ressocializadora, a prisão tornou-se uma indústria do crime, onde os presos altamente perigosos tornam-se criminosos profissionais, frios, calculistas e incapazes de conviverem fora do presídio (SILVA, 2018). A prisão mantém as pessoas sob sofrimento e em convivência forçada, o que enseja a criação de mecanismos de persuasão que favoreçam o cumprimento das regras internas.

As relações construídas na Penitenciária Estadual Feminina favorecem esta aceitação das normas quando efetivamente há uma pressuposição de troca: a administração “dá” os instrumentos para a ressocialização e as internas agradecem com bom comportamento. O valor social da ação delitiva perde sentido e dá lugar ao valor social do encarceramento. O ato criminoso torna-se menos importante que o cumprimento da pena que é o que efetivamente estigmatiza a interna (ALEXANDRE, 2016).

O fato é que, enxergar a mulher sob custódia da justiça como mais do que “não homem” exige mudanças na legislação, na cultura prisional e na sociedade. Essa mudança requer, primeiramente, que o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) ao menos designe uma pessoa como responsável especificamente pela questão da mulher no sistema penal. Com mais de vinte e oito mil mulheres presas no país, valeria a pena o investimento por parte do DEPEN numa estrutura que realmente trabalhasse com recorte de gênero (CERNEKA, 2019).

### **3 CONCLUSÃO**

O intuito dessa pesquisa vem replicar as vivências vividas pelas mulheres da prisão, desvendando a negligência e a inexistência dos serviços de saúde que são “oferecidos” dentro do sistema penitenciário. Nesse contexto a presente pesquisa, buscou responder ao seguinte questionamento: Quais são os direitos básicos destinados a gestante em cumprimento de pena privativa de liberdade? Nesse contexto, tem-se que as penas destinadas as mulheres se amplia na medida em que o aparelho prisional, além de obscurecer a presença feminina, desconsiderando suas necessidades específicas, com vistas ao condicionamento de seu comportamento, utiliza-se do corpo feminino como dispositivo de controle do corpo masculino, e esse cenário fica mais intenso, quando se trata das puérperas aprisionadas, conforme foi destacado durante a realização do estudo.

Além disso, outro acontecimento que chama atenção é o descuido em relação aos serviços de saúde, a falta de referência é exorbitante. É evidenciado que as prisioneiras têm dificuldade até em saber quem são os membros da equipe que prestam atendimentos por conta das limitações sociais e técnicas, ademais, a ausência em relação ao intuito dos seus papéis enquanto funcionários da saúde, a pesquisa revela falhas graves.

Partindo dessa premissa pontua-se que, os direitos básicos destinados a gestante em privação de liberdade estão restritas as precariedades que envolvem o sistema prisional brasileiro, que em geral, atribuem as detentas a responsabilidade pela posição subalternizada. Destacamos ainda que durante o estudo foi observado que o regime destinado as detentas grávidas tem o intuito de ampliar as carências e as interdições sobre o corpo feminino, o que impõe às mulheres cargas adicionais de inseguranças e sofrimentos.

Assim, conclui-se que é de suma importância, para que mudanças aconteçam que haja uma interação e participação de todos os envolvidos no processo sendo: gestores, funcionários e até mesmo as mulheres, para que juntos possam acrescentar conhecimento, o que dividiria a responsabilidade, em especial quando os indivíduos que precisam de cuidados não venham ter um aumento das suas vulnerabilidades.

#### 4 REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Sérgio Luiz. **Os direitos do Preso na Execução Penal: O trabalho do preso como fator ressocializador**. Tijucas: UNIVALE, 2016.

AQUINO, Ítalo de Souza. **Como escrever artigos científicos**. Edição Digital. 2021.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **As prisões e o direito penitenciário no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acessado em 14.07.2022.

BRASIL. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília, 2004.

\_\_\_\_\_. **Norma Operacional Básica do Suas** (NOB/Suas). Brasília, 2006.

CAMARGO, Virginia. **Realidade do Sistema Prisional no Brasil**. 2016. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acessado em 14.07.2022.

CANTO, Dilton Ávila. **Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente**. (2020). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

CERNEKA, Rheidi Ann. **Homens que menstruam: Considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher**. Veredas do Direito, Belo Horizonte. Vol. 6. 2019.

DENCKER, Ada de Freitas M. **Métodos e técnicas de pesquisa em turismo**. 4. ed. São Paulo: Futura, 2000.

GOMES, Aline Barbosa Figueiredo. **As prisões do feminino e as mulheres nas prisões: um recorte sobre a maternidade encarcerada**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade Federal Fluminense. 2020.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **O Serviço Social na cena contemporânea**. In. Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

MAKKI, Salma Hussein; SANTOS, Marcelo Loeblein. **Gênero e criminalidade: Um olhar sobre a mulher encarcerada no Brasil**. 2019. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acessado em: 10.08.2022.

MARTINELLI, Daniela Canazaro de. **Quem são as mulheres encarceradas?** 2018. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre. 2018. Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br/artigos](http://www.conteudojuridico.com.br/artigos)>. Acessado em: 10.08.2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Mulheres Encarceradas**: Diagnóstico Nacional. Brasília, 2018.

QUADROS, Pedro Oto; SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Amamentação: direito da mãe ou da criança? Um olhar sobre as práticas do encarceramento feminino**. Tese relativa ao Bloco Temático. Direito à vida, à saúde e a condições dignas de sobrevivência. 2018. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigos>>. Acessado em: 10.10.2022.

QUEIROZ JUNIOR, Aderaldo Ribeiro de. **A realidade carcerária**: um retrocesso à ressocialização. Jus navigandi, 2015. Disponível em: <<https://heliorigaud.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 18.04.2022.

RAMOS, Luciana de Souza. **O reflexo da criminalização das mulheres delinquentes pela ausência de políticas públicas de gênero. Em questão: os direitos sexuais e reprodutivos**. 2020. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mulheres e tráfico de drogas**: aprisionamento e criminologia feminista. Rev Estud Fem[Internet]. 2016;23(3):761-78.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2017.

YASBECK, Fernanda de Magalhães Dias. **Mulheres aprisionadas: Representando o universo prisional**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. 2019.

## TRAUMAS PSICOLÓGICOS EM DECORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

**MERIDALVA ALVES DOS SANTOS:**

Acadêmica do Curso de Direito da  
Universidade de Gurupi- UnirG.

ALCIVANDO FERREIRA DE SOUSA<sup>66</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Apesar da Alienação Parental consistir em uma prática que possivelmente pode ser observada desde as primeiras sociedades, somente com o advento da Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010, é que a conduta passou a ser tratada na legislação nacional, alternado inclusive dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Caracterizada por uma série de comportamentos que geram um sentimento negativo do menor em relação ao genitor vítima, pode consistir em uma das hipóteses exemplificativas contidas no rol do parágrafo único do artigo 2º da lei mencionada, bem como outras situações, se assim reconhecidas como alienação pelo juiz da causa. Por se tratar de norma relativamente ultrapassada, a Lei da Alienação Parental foi objeto de recente atualização, ocorrida através da sanção da Lei nº 13.340/2022, que causa impacto relevante à sociedade em geral. O presente artigo busca facilitar o entendimento a respeito de alienação parental, bem como entender e explicar os traumas psicológicos que geram na vida dos filhos. As crianças e os adolescentes que são vítimas das brigas entre seus genitores podem desenvolver sérios problemas psicológicos, que conseqüentemente afetam a vida adulta. Para alcançar o objetivo almejado, a pesquisa se classifica como bibliográfica, cujos materiais selecionados foram objeto de análise qualitativa, resultando em artigo científico destinado ao esclarecimento de operadores do direito e toda a sociedade.

**Palavras-chave:** Alienação Parental. Características. Efeitos. Traumas Psicológicos.

**ABSTRACT:** Although Parental Alienation consists of a practice that can possibly be observed since the first societies, only with the advent of Law no. 12,318, of August 26, 2010, is that the conduct came to be dealt with in national legislation, even alternating provisions of the Child and Adolescent Statute. Characterized by a series of behaviors that generate a negative feeling on the part of the minor towards the victim parent, it may consist of one of the illustrative hypotheses contained in the list of the sole paragraph of article 2 of the aforementioned law, as well as other situations, if recognized as alienation by the judge of the case. As it is a relatively outdated norm, the Parental Alienation Law was the subject of a recent update, which took place through the sanction of Law No. This article seeks to facilitate the understanding of parental alienation, as well as to understand and explain the psychological traumas they generate in the lives of children. Children and adolescents who are victims of fights between their parents can develop serious psychological problems, which consequently affect adult life. In order to achieve the desired objective, the research is classified as bibliographic, whose selected materials were the object of qualitative analysis, resulting in a scientific article aimed at clarifying legal operators and society as a whole.

<sup>66</sup> Professor orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi- Unirg.

**Keywords:** Parental Alienation. Features. Effects. Psychological Trauma.

**Sumário:** Introdução. Material e Métodos. 1. As famílias no ordenamento jurídico brasileiro: a criação dos filhos. 2. A responsabilidade dos pais na criação dos filhos e o melhor interesse da criança e do adolescente. 3. A alienação parental e suas formas de caracterização: a Lei nº. 12.318/2010. 3.1. Consequências da alienação parental para o genitor alienante e as alterações na lei da alienação parental trazidas pela Lei nº. 14.340/2022. 4. Entendimentos jurisprudenciais: a caracterização da alienação nos casos concretos. 5. Efeitos da alienação parental: traumas psicológicos para as vítimas. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A criação de filhos já é por si só uma tarefa difícil e de grande responsabilidade para os pais, mais ainda quando se tratam de genitores ou guardiões que não mais residam juntos como um casal.

Uma vez divorciados os genitores, principalmente mediante processo litigioso, podem persistir para eles uma série de ressentimentos em relação ao antigo parceiro, sentimento este que, caso não seja coibido, pode ensejar a transferência para as crianças e adolescentes fruto da união desfeita.

Tais acontecimentos são sintomas da chamada alienação parental, que ocorre quando um dos genitores deprecia a imagem do outro para a criança ou dificulta a convivência entre eles, causando abalo na relação deles de forma com que esse menor acabe criando uma barreira contra o alienado.

Trata-se de atitude amplamente coibida na legislação, uma vez que, além de privar o menor do convívio saudável com um dos seus genitores, ainda pode causar para ele, uma série de traumas psicológicos advindos da alienação sofrida em fase de desenvolvimento de sua vida e formação da sua personalidade.

No Brasil, é a Lei nº. 12.318/2010 que trata da alienação parental, recentemente alterada pela entrada em vigor da Lei nº 14.340/2022, mantida a função principal de proteger os direitos das crianças e adolescentes filhos de pais separados. Objetiva-se com a legislação prevenir ainda as consequências sérias dela decorrente, como por exemplo, alteração da guarda do menor, perda do pátrio poder, modificação das visitas, etc.

Portanto, este artigo contém um assunto de suma importância, pois as consequências psicológicas podem afetar drasticamente a vida das crianças e dos adolescentes, gerando a responsabilidade dos alienadores de acordo com o exposto na legislação vigente.

## MATERIAL E MÉTODOS



Este artigo científico busca apresentar à sociedade, mediante pesquisas bibliográficas, informações atualizadas acerca da caracterização da alienação parental e os traumas psicológicos dela decorrente e ainda a responsabilidade dos pais ou do detentor da guarda.

O material bibliográfico coletado em sites, bibliotecas, jornais, revistas e outros meios de divulgação de informação, são objeto de análises qualitativas, buscando respaldos em profissionais do direito e da psicologia, baseando-se em entendimentos jurisprudenciais e pesquisas científicas de relevância, expostos na forma de texto.

## **1 AS FAMÍLIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A CRIAÇÃO DOS FILHOS**

Antes de analisar o objeto deste estudo científico, é indispensável a compreensão acerca do conceito atual de família, bem como as mais diversas formas de entidade familiar admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não se limita a união formal de um homem e uma mulher e sua prole.

Do latim *famulus*, de *famel* (escravo), designava um conjunto de pessoas aparentadas entre si que viviam na mesma casa (*famulus*), mas também cumprindo a função de servos ou escravos para outro grupo, as *gens*, que eram seus patrões. Em inglês *family*, em francês *famille*, em alemão *familie*, italiano *famiglia*. O seu conceito tem sofrido variações ao longo do tempo. Embora a antropologia, sociologia e psicanálise já tivessem estabelecido um conceito mais aberto de família conjugal, no Direito esteve restrito, até a Constituição da República de 1988, ao casamento (art. 226).

Com a Carta Magna, ela deixou sua forma singular e passou a ser plural, estabelecendo-se ali apenas um rol exemplificativo de constituições de família. E nem poderia ser diferente, já que a ideia e o conceito de família está em constante mutação, adaptando-se às evoluções e costumes. Portanto, novas estruturas parentais e conjugais estão em curso, e muitas delas já são realidade absorvida pela ordem jurídica, como as famílias mosaicos, famílias geradas por inseminação artificial, famílias simultâneas, poliafetivas, famílias homoafetivas, filhos com dois pais ou duas mães, parcerias de paternidade, enfim, as suas diversas representações sociais atuais e, que estão longe do tradicional conceito de família, que era limitada à ideia de um pai, uma mãe, filhos, casamento civil e religioso (p. PEREIRA, 2021, p. 65).

Independente de qual seja a constituição familiar, havendo filhos menores de idade, são os genitores ou guardiões/tutores os responsáveis pela criação das crianças e dos adolescentes, conforme a legislação estabelece.

A Constituição Federal diz no caput do artigo 227 que é dever da família assegurar prioritariamente o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, cultura, profissionalização, liberdade e dignidade da criança e do adolescente. Diz ainda que deve assegurar ao infante a convivência familiar (BRASIL, 1988).

O mesmo texto legal foi reproduzido no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA - (Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990), o que confirma a relevância dos direitos dos menores de idade, bem como a responsabilidade não apenas da família, mas da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público em assegurar o acesso aos direitos fundamentais.

## **2 A RESPONSABILIDADE DOS PAIS NA CRIAÇÃO DOS FILHOS E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Além dos dispositivos mencionados no tópico anterior, para dar maior amplitude à responsabilidade dos genitores, o ECA destina o seu artigo 22 para fixar os deveres dos pais frente aos seus filhos menores:

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)

Todos os dispositivos contidos no ECA se destinam, seja explícita ou implicitamente, ao alcance do melhor interesse do menor. De modo que, todo o sistema de proteção das crianças e dos adolescentes considera, além da vontade dos pais, o que será melhor para o infante. Trata-se, portanto, de um princípio fundamental a ser observado.

O que interessa na aplicação deste princípio fundamental é que a criança/adolescente, cujos interesses e direitos devem sobrepor-se ao dos adultos, sejam tratados como sujeito de direitos e titulares de uma identidade própria e também uma identidade social. E, somente no caso concreto, isto é, em cada caso especificamente, pode-se verificar o verdadeiro interesse sair da generalidade e abstração da efetivação ao Princípio do Melhor Interesse. Para isso é necessário abandonar preconceitos e concepções morais estigmatizantes. Zelar pelo interesse dos menores de idade é cuidar de sua boa formação moral, social, relacional e psíquica. É preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social (PEREIRA, 2021, p. 178-179).

Além do citado princípio, ainda há que se observar o da paternidade responsável, que diz que aos pais compete, além do dever de sustento e criação dos filhos, também o de convívio com a família, não se excluindo com a separação dos genitores.

A paternidade é mais que fundamental para cada um de nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, principalmente no que tange à convivência familiar. A responsabilização dos pais pela condução da educação e criação de seus filhos também está prevista na legislação infraconstitucional. Independentemente da convivência ou relacionamento entre os pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou o término da relação do casal acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais. E quando nos referimos à paternidade e maternidade não estamos nos referindo apenas à biológica, mas também à socioafetiva. (PEREIRA, 2021, p. 196)

Ante todo o exposto, a violação ao direito de convívio familiar representa uma grave ofensa aos infantes, podendo ser caracterizada a alienação parental, passível de responsabilidade dos genitores.

### **3 A ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS FORMAS DE CARACTERIZAÇÃO: A LEI Nº 12.318/2010**

O debate jurídico sobre a alienação parental ganhou peso em 2010, com a criação da lei 12.318 que trata de alienação parental e de lá para cá, muito se tem discutido sobre o assunto, uma vez que tornou-se o instrumento legal de combate à práticas que afastavam filhos de seus pais sem qualquer punição, mas motivada pelo sentimento de vingança.

Sobre os sentimentos que originam a alienação, Maria Berenice Dias leciona:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal (DIAS, 2016, p. 907-908).

De fato, desde antes da legislação analisada, ainda que sem qualquer referência legal, já era possível constatar a prática de alienação, mas pouca solução poderia ser dada ao problema diante dos casos concretos.

A partir do momento que se pôde nomear, isto é, dar nome a uma sutil maldade humana praticada pelos pais que não se entendem mais, e usam os filhos como vingança de suas frustrações, disfarçada de amor e cuidado,

tornou-se possível protegê-los da desavença dos pais. Trata-se de implantar na psiqué e memória do filho uma imago negativa do outro genitor, de forma tal que ele seja alijado e alienado da vida daquele pai ou mãe. Alienação Parental é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e psíquica de uma criança/adolescente (PEREIRA, 2021, p. 710).

Para pôr fim em qualquer celeuma doutrinária, a própria Lei em seu artigo 2º conceitua a alienação parental nos seguintes termos:

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 (BRASIL, 2010).

Para melhor esclarecimento, o mencionado artigo, em seu parágrafo único, aponta um rol exemplificativo de situações que caracterizam a alienação parental. São elas:

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 (BRASIL, 2010).

A doutrina de Maria Berenice Dias resume a alienação como sendo uma campanha de desmoralização do outro genitor, utilizando-se o filho como um instrumento de agressividade, cuja ocorrência pode se dar não apenas quando os pais residem em lares separados, mas também ainda que residentes sob o mesmo teto, mediante a indução a odiar um dos genitores. Segundo ensina, o efeito da alienação pode se propagar para os demais parentes próximos, atingidos os avós, tios, irmãos, entre outros (DIAS, 2016).

### 3.1 CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL PARA O GENITOR ALIENANTE E AS ALTERAÇÕES NA LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL TRAZIDAS PELA LEI 14.340/2022

Além de indicar exemplos de alienação, o legislador agiu bem em prever sanções ao genitor que pratica esse ato.

Deste modo, havendo indícios de alienação parental, em caso de necessidade de prova pericial, poderá ser designada uma equipe multidisciplinar que irá fazer visitas na casa do infante, consultas com psicólogos e etc. ficando evidenciado que a criança ou adolescente está sendo alienada, o pai, a mãe ou o detentor poderá perder a guarda do menor (artigo 5º, Lei nº 12.813/2010).

Sobre o procedimento a ser adotado, diz o legislador:

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 (BRASIL, 2010).

Acontece que, por se tratar de uma legislação existente há mais de dez anos, considerando a evolução da sociedade e a necessidade de se manter atualizada perante os casos reais vivenciados pelos jurisdicionados, a Lei nº 12.318/2010 passou por alterações com a entrada em vigor da Lei nº. 14.340/2022.

A primeira mudança ocorreu em relação ao artigo 4º, parágrafo único da lei 12.318/10, passando a estar expressamente definido os locais em que a convivência mínima entre filhos(as) e genitores(as) ocorrerá em situações em que há indícios da prática de alienação parental e a visitação necessita ser feita de forma assistida. Neste sentido, a lei 14.340/22 acrescentou que a convivência deve ser realizada no fórum onde tramita o processo em que se discute a alienação parental ou em entidades conveniadas com a justiça que são especificamente criadas para esta finalidade (SANTOS, 2022, p. 1).

Com isso, a lei assegura ao genitor e a criança a garantia de visita mínima, desde que não haja risco iminente de prejuízo físico ou mental à criança ou adolescente. A lei também inovou ao trazer a possibilidade de nomeação de perito especializado, caso tenha uma deficiência de serventários para realização de estudo psicológico, biopsicossocial, permitindo quando necessário o depoimento ou oitiva da criança ou adolescente, sob pena de nulidade processual.

Aprovada em maio de 2022, a Lei nº 14.340 modificou também os procedimentos referentes a suspensão do poder de família, retirando das medidas contidas no artigo 6º a possibilidade de suspender a autoridade parental do genitor alienante. O texto legal passou a ter seguinte redação:

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.~~
- VII – (revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.340, de 2022) (BRASIL, 2010)

Também merece destaque a inclusão do parágrafo 2º ao artigo 6º inovou ao prever que o menor deverá ser submetido a acompanhamento psicológico e biopsicossocial periodicamente, com emissão de laudo inicial e laudo final, com a indicação do caso e das metodologias a serem adotadas (BRASIL, 2022). Tal fato se justifica dos incontestes traumas psicológicos, mais adiante apresentados.

Por fim, tem-se que a nova lei visa dar mais celeridade aos processos de alienação parental, a garantia do genitor ou genitora e crianças de ter visitas mínimas, bem como a possibilidade de oitiva dos menores, dispondo no incluído artigo 8º-A: "Sempre que necessário o depoimento ou a



oitiva de crianças e de adolescentes em casos de alienação parental, eles serão realizados obrigatoriamente nos termos da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, sob pena de nulidade processual". (BRASIL, 2022)

#### **4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS: A CARACTERIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO NOS CASOS CONCRETOS**

Tão relevante quanto a compreensão do que determina a legislação aplicável, é a sua aplicação diante dos casos concretos levados à apreciação dos Tribunais de Justiça brasileiros, a fim de que estes declarem a ocorrência ou não de alienação parental.

Por compreender uma série de condutas parentais, não limitadas ao rol exemplificativo contido no artigo 2º da Lei 12.813/2010, os fatos são apresentados ao Judiciário cabendo-lhe a análise dos fatos e aplicação das sanções, caso reste caracterizada a alienação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar um divórcio litigioso, reconheceu como alienação parental, a prática da genitora ao impor obstáculos à convivência da adolescente com o genitor e os familiares paternos:

AÇÃO DE DIVÓRCIO – DIREITO DE VISITAS – APLICAÇÃO DE MEDIDAS PELA PRÁTICA DE ATOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – Possível o reconhecimento da prática de atos de alienação parental e a aplicação de medidas pertinentes, de ofício, pelo Juízo, a teor do artigo 4º, da Lei de Alienação Parental – Princípio do atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente – Sentença extra petita não caracterizada – Sentença de procedência parcial dos pedidos iniciais, e dos pedidos formulados pelo réu, quanto ao direito paterno de visitação quinzenal à filha adolescente, para declarar a existência da prática de atos de alienação parental pela genitora, fixar medidas pertinentes e estabelecer visitas ao genitor na casa da avó paterna – Autora apelante que pretende regime de adaptação prévio à realização das visitas – Estudos Social e Psicológico produzidos pelo Setor Técnico do Juízo que não apontam obstáculos à convivência da adolescente com o genitor e os familiares paternos – Regime de visitas na casa da avó paterna que deve ser mantido, pois respeita o melhor interesse da adolescente, assegurado o convívio familiar necessário ao seu desenvolvimento afetivo e social de forma sadia – O direito de visitas do genitor à filha deve ser exercido livre de obstáculos injustificados – Manutenção das medidas aplicadas com fundamento na Lei de Alienação Parental – Sentença mantida – Honorários recursais devidos – PRELIMINAR REJEITADA – RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL. TJSP – Apelação Cível AC XXXXX20178260002 SP. 9ª Câmara de Direito Privado – 19/10/2020. Angela Lopes.)

O mesmo tribunal, em outro caso, ao considerar a ocorrência de alienação parental, impôs como sanção à genitora alienante o pagamento de uma multa, advertindo-a quanto à continuidade da prática ilícita.

GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL RECONHECIDA. MULTA MANTIDA. Insurgência contra sentença de parcial procedência. Sentença mantida. Caracterizada alienação parental praticada pela genitora da menor J. em face do pai dela, multa adequadamente aplicada. Advertência quanto à continuidade da conduta. Recurso desprovido. (BRASIL. TJ-SP – Alienação Cível – AC XXXXX-61.2016.8.26.0003. 3ª Câmara de Direito Privado 29/10/2019. Carlos Alberto Salles.)

Em que pese o impedimento à visitação nos casos anteriores tenham caracterizado a alienação parental, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, já negou a caracterização desta conduta, por entender que não haviam no caso provas suficientes da intenção do genitor.

FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO DE VISITAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. A alienação parental, quando configurada, deve ser tratada com rigor pelo Judiciário. No entanto. Como de sua declaração decorre a imposição de sanção, a medida a ser adotada deve estar pautada em elementos seguros e irrefutáveis de prova. 2. Não configurados os elementos que ensejariam a declaração de alienação parental, impõe-se reformar a sentença, em parte, para afastar as sanções impostas, e modificar o regime de visitas, ampliando-o em favor do melhor convívio da criança com o pai. 3. Deu-se provimento ao recurso. (BRASIL – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF – Apelação Cível: APC XXXX... 2ª Turma Cível. Relator: Desembargadora Leila Arlanch.)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins também não reconheceu como comportamento de alienação parental o comportamento da mãe adotiva em relação ao relacionamento existente entre criança adotada e a genitora biológica. No caso em apreço, a produção de prova pericial foi essencial, haja vista que os laudos comprovam a ausência de irrealidades prejudiciais ao desenvolvimento da criança.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COM PEDIDO DE GUARDA. BOAS CONDIÇÕES DE CUIDADO PELA MADRINHA. CONVÍVIO COM A CRIANÇA DESDE OS DOIS ANOS. DÚVIDAS QUANTO ÀS CONDIÇÕES DA GENITORA. MANUTENÇÃO DA ROTINA E DAS CONDIÇÕES DE VIDA DA INFANTE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ALIENAÇÃO PARENTAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO DE CONVÍVIO. PEDIDO DE GUARDA REJEITADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A criança que encontra-se sob a tutela de sua madrinha, ora recorrida, desde os 2 (dois) meses de idade, sendo por ela sustentada, compondo com esta o convívio familiar, segundo o acervo probatório. 2. Laudos contidos nos eventos 258, 26 e 27 de origem, em que analisam as condições sociais, psicológicas e pedagógicas ofertadas pela recorrida são incontroversos ao mencionarem

que inexistem irregularidades capazes de conturbar a vida da criança. 3. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois em regra, são prejudiciais à criança, que tem modificada a sua rotina de vida e os seus referenciais, gerando-lhe transtornos de ordem emocional. 4. Pairam dúvidas sobre as condições financeiras e de moradia da genitora da criança, tendo em vista os diversos endereços informados por esta nos autos. 5. O acervo probatório não demonstra a ocorrência da alienação parental, tendo em vista que, segundo os laudos realizados, a criança tem consciência de que vive com família adotiva, possui afeto em relação a sua genitora biológica, embora prefira residir com sua madrinha, bem como considerando ser incontestado que a recorrida não impôs óbice ao convívio da recorrente com sua filha. 6. Para resolução da lide, mostra-se adequada a fixação de convivência da genitora com sua filha aos finais de semana e feriados, de forma alternada. 7. Recurso conhecido e não provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Tocantins. TJTO – Apelação Cível 0000757-93.2017.8.27.2742. Rel.: Angela Issa Haonat, Gab. Da Desembargadora Angela Haonat, Julgado em 10/08/2022, DJe 17/08/2022.)

Da leitura dos entendimentos jurisprudenciais nota-se que é na análise individual de cada situação é que se verá se caracterizada ou não a alienação parental. De igual modo, ao juiz caberá decidir qual a melhor medida para prevenir a continuação do comportamento do alienante e restabelecerá a relação entre o menor e o outro genitor.

## **5 EFEITOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL: TRAUMAS PSICOLÓGICOS PARA AS VÍTIMAS**

O pai e a mãe são os responsáveis pela criação social, moral e emocional dos filhos, todavia, quando os dois não conseguem conviver em harmonia os infantes acabam sofrendo os efeitos negativos das decisões dos pais. Isto porque, "os menores que sofrem com a alienação parental, podem apresentar uma certa quebra de personalidade, além de transtornos comportamentais, e isso afeta diretamente em seu desenvolvimento e construção social." (LOPES, 2020, p. 27)

Nessas situações, merece respaldo o cuidado com a saúde mental das crianças e das adolescentes vítimas de alienação parental, já que tal prática afeta significativamente a vida desses infantes.

O primeiro fator a ser observado consiste no disposto na própria lei da alienação parental, que reconhece que a alienação viola o direito fundamental do menor vitimado.

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 (BRASIL, 2010).

A ofensa ao direito mencionado reflete diretamente no desenvolvimento da criança e do adolescente periodicamente submetido a situações de depreciação do outro genitor ou seus familiares, podendo causar resultados perversos, nas palavras da professora Maria Berenice Dias:

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - quando atingida -, revelase o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos (DIAS, 2016, p. 909).

De fato, especialistas destacam os danos causados à saúde das crianças e adolescentes submetidos a alienação parental, posto que, não se resumem à infância, mas podem ter repercussões significativas na sua vida adulta.

A psicóloga clínica Bruna Luiza Ongaratti faz um alerta sobre os traumas e suas consequências:

Uma criança que sofre alienação parental pode apresentar sérios problemas de autoestima, que pode vir a refletir na sua aprendizagem e relações com o grupo, ansiedade, tristeza e agressividade. Sua insegurança e impulsividade também podem influenciar suas relações amorosas no futuro. No adolescente os danos não são menos leves, podendo levar inclusive a condutas de risco (ONGARATTI, 2015, p. 1).

Como consequência, os traumas podem desencadear o uso de mecanismos de refúgio na adolescência, consubstanciado na busca de alívio para as angústias através da ingestão de bebidas alcoólicas e drogas de forma precoce, influenciando tanto o rendimento escolar como também social (LOPES, 2020).

## **CONCLUSÃO**

Por serem indivíduos em fase de desenvolvimento, o cuidado das crianças e dos adolescentes é de competência da família, da sociedade e do Estado, de modo que, havendo a negligência dos genitores, permite-se a interferência judicial a fim de assegurar o acesso aos direitos fundamentais desses cidadãos.

Dentre os direitos das crianças e dos adolescentes, com previsão constitucional e no Código de Defesa do Consumidor, encontram-se o direito à vida, à saúde, à educação, cultura, lazer e o convívio familiar, entre outros. Portanto, ainda que os genitores sejam separados, aos filhos permanece a garantia de estar igualmente com seus pais, avós e demais familiares.

Ocorre que, diante da divergência entre os genitores, podem acontecer situações que colocam os filhos do lado de apenas um deles, criando em relação ao outro, um sentimento de desgosto e recusa, tudo decorrente da relação conturbada dos pais.

Uma vez caracterizada a culpa do genitor no surgimento e manutenção desse sentimento, poderá ser enquadrado em uma das várias condutas previstas na Lei de Alienação Parental, qual seja a Lei nº. 12.318/2010, recentemente objeto de atualização pela entrada em vigor da Lei nº 14.340/2022.

Tratam-se de situações prejudiciais à criança e ao adolescente vítima de alienação parental, que podem desencadear uma série de traumas psicológicos que, em casos mais graves, pode levar ao adoecimento do menor, além de atrapalhar o seu desenvolvimento social, familiar e educacional.

Em razão da gravidade da conduta e de seus resultados, a legislação brasileira permite a fixação de várias medidas de combate à alienação parental, dentre as quais se apresenta o pagamento de multa e a alteração do regime de guarda, em casos mais extremos; tudo isso após o desenvolvimento de uma ação que, pautada em laudos psicológicos e psicossociais, indicará a melhor providência a ser tomada diante do caso concreto.

## REFERENCIAS

BRASIL – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **TJ-DF – Apelação Cível: APC XXXX...** 2ª Turma Cível. Relator: Desembargadora Leila Arlanch. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/321774443>>. Acesso em 31 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 19 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 14.340, de 18 de maio de 2022**. Altera a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, para modificar procedimentos relativos à alienação parental, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer procedimentos adicionais para a suspensão do poder familiar. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm)>. Acesso em 31 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 31 nov. 2022.

BRASIL. **TJ-SP – Alienação Cível – AC XXXXX-61.2016.8.26.0003**. 3ª Câmara de Direito Privado 29/10/2019. Carlos Alberto Salles. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/914016692>>. Acesso 31 out. 2022.

BRASIL. **TJSP – Apelação Cível AC XXXXX20178260002** SP. 9ª Câmara de Direito Privado – 19/10/2020. Angela Lopes. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1108936847>>. Acesso em 06 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Tocantins. **TJTO – Apelação Cível 0000757-93.2017.8.27.2742**. Rel.: Angela Issa Haonat, Gab. Da Desembargadora Angela Haonat, Julgado em 10/08/2022, DJe 17/08/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tjto.jus.br/consulta.php?q=aliena%C3%A7%C3%A3o+parental>>. Acesso em 04 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LOPES, João Vitor Lemos. **Alienação Parental: consequências psicológicas**. *Curso de Direito da UniEvangélica*, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/10026/1/JO%C3%83O%20VITOR%20LEMONS%20LOPES%20%20.pdf>>. Acesso em 04 nov. 2022.

**ONGARATTI, Bruna Luiza**. Alienação parental e os traumas psíquicos na infância. Publicado em 9 de março de 2015. Disponível em: <<https://laparola.com.br/alienacao-parental-e-os-traumas-psiquicos-na-infancia>>. Acesso em 05 nov. 2022.

Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias** / Rodrigo da Cunha Pereira; prefácio Edson Fachin. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Luís Eduardo Tavares dos. **O que mudou na lei sobre alienação parental?** *Migalhas*, 3 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/367269/o-que-mudou-na-lei-sobre-alienacao-parental>>. Acesso em 01 nov. 2022.



## **ALIENAÇÃO PARENTAL: CONTORNOS JURÍDICOS, SOLUÇÕES E CONTROVÉRSIAS**

**KAREN CRISTINA DOMICIANO FERREIRA:**  
Graduanda em Direito pela UNIBH – Campus  
Cristiano Machado.

**BÁRBARA VIDAL SAAD PEREIRA DA SILVEIRA<sup>67</sup>**

(coautora)

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar os efeitos jurídicos decorrentes da Alienação Parental. Quando ocorre a separação do casal e posterior disputa de guarda podem emergir conflitos entre os genitores que transpassam os limites aceitáveis, como, por exemplo, um genitor utilizar o filho como um meio de se vingar do outro. Para tanto, passa a manipular, distorcer a imagem que a criança e/ou adolescente possui do outro genitor. Tal prática fere diversos princípios constitucionais, destrói a convivência familiar com o genitor alienado e pode acarretar severas consequências psicológicas, como a diminuição do rendimento escolar e a perda de apetite. Esses problemas que podem se intensificar e estender para a vida adulta, como depressão, abuso de álcool e uso de drogas. Diante desse cenário, a Lei nº 12.318/10 surge com a finalidade de conceituar e trazer medidas de prevenção e repressão contra atos de alienação parental. O presente artigo tem por objetivo analisar o aspecto desta lei e os efeitos jurídicos decorrentes da Alienação Parental.

**Palavras-chave:** Alienação; Filhos; Genitores; Família; Proteção.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the legal effects arising from Parental Alienation. When the couple separates and later disputes custody, conflicts can arise between the parents that cross acceptable limits, such as, for example, a parent using the child as a means of getting revenge on the other. To do so, it begins to manipulate, distort the image that the child and/or adolescent has of the other parent. Such practice violates several constitutional principles, destroys family life with the alienated parent and can have severe psychological consequences, such as reduced school performance and loss of appetite. These problems that can intensify and extend into adulthood, such as depression, alcohol abuse and drug use. Given this scenario, Law nº 12.318/10 appears with the purpose of conceptualizing and bringing prevention and repression measures against acts of parental alienation. This article aims to analyze the aspect of this law and the legal effects arising from Parental Alienation.

**Keywords:** Alienation; Son; parents; Family; Protection.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem o escopo de abordar um tema recorrente e atual na esfera jurídica, que é a alienação parental, processo em que um dos genitores (alienador) realiza uma campanha de desmoralização colocando o filho contra o outro genitor (alienado), através de ações que façam

---

<sup>67</sup>Graduada em Direito, E-mail: [Barbara83@hotmail.com](mailto:Barbara83@hotmail.com), pelo Centro Universitário de Belo Horizonte.

com que o menor se convença que realmente odeia o outro genitor. Este é um tema complexo e polêmico com bastante repercussão na sociedade e no judiciário, e, para debater a questão, é necessário firmar entendimento em bases teóricas e jurisprudenciais. Dessa forma, o estudo, tem seus pilares na doutrina, na legislação, na jurisprudência e em artigos e estudos sobre o tema.

Com o aumento no número de divórcios e rompimentos das relações conjugais, a alienação parental tornou-se mais evidente, sendo um produto das transformações da sociedade e das famílias. Muitos casais têm dificuldade em aceitar o término da relação à dois, transferindo para os filhos as frustrações com o relacionamento. A não aceitação pelo fim da relação amorosa, muitas vezes é o ponto de partida para o início de conflitos pela guarda dos filhos e, como consequência, os atos da alienação parental, que tem se tornado cada vez mais frequentes.

Com a finalidade de prevenir e punir os alienadores por essa prática, foi promulgada em 26 de agosto de 2010 a Lei nº 12.318 (Lei da Alienação Parental). A conduta da alienação parental tem por objetivo causar o distanciamento do menor de seu genitor não detentor da guarda, dificultando o convívio do pai ou da mãe alienada com o seu filho. Essas atitudes devem ser responsabilizadas conforme disposição da lei da alienação parental, do Código Civil Brasileiro e do Código Penal, incluindo, ainda, os princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A alienação parental, entre outras violações, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, o direito fundamental da personalidade da criança e do adolescente de ter uma convivência saudável com ambos os genitores. Além de ferir o direito à saúde, afeta a identidade pessoal da criança/adolescente, atinge a integridade psíquica destes que estão em processo de formação, podendo levá-los a desenvolver patologias que podem se manifestar no presente e no futuro na vida adulta.

Ademais, a alienação parental viola os direitos fundamentais e princípios de proteção à criança e ao adolescente, uma vez que rompe o dever de cuidado especial que deve ser mantido para com essas pessoas. Prejudica a proteção conferida pela doutrina de proteção integral o superior ou melhor interesse da criança e do adolescente. Impossibilita que ambos os genitores exerçam o seu dever de cuidado para com os filhos, atingindo a isonomia dos genitores. Diante do exposto, cabe o levantamento da seguinte questão: a lei de alienação parental tem cumprido o seu fim principal?

A Lei nº 12.318/10 possui o propósito de proteger a integridade psíquica e assegurar o direito fundamental à saudável convivência familiar das crianças e adolescentes, dispõe sobre a Alienação Parental, conceituando e definindo as providências para cessar com a prática. As consequências do reconhecimento judicial da alienação parental podem variar de uma simples declaração de sua existência e advertência ao alienador até a suspensão da autoridade parental, poder de família, medida excepcional que transfere a guarda aquele que viabilize a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor.

Este trabalho tem como objetivo principal aprofundar os estudos sobre os aspectos jurídicos inerente a alienação parental. Como objetivos específicos podem ser citados: abordar o fenômeno da alienação parental e os aspectos psíquicos e sociais; tratar das sanções aplicáveis aos casos de alienação parental; identificar os principais motivos que levam à prática da alienação parental e tratar da guarda compartilhada como possível solução para coibir a prática de alienação parental.

Para isso, foi aplicada como metodologia a revisão de literatura com base na legislação vigente, na doutrina, orientações jurisprudenciais e julgados sobre o tema. Os procedimentos serão o descritivo, visto que serão levantadas considerações já realizadas sobre a temática nas bibliografias estudadas, e o argumentativo com o intuito de construir um entendimento sólido para o questionamento levantado.

Desta forma, a razão da escolha deste tema se dá pela gravidade do problema e a repercussão, quase eterna, na vida das pessoas que sofrem e nas que fazem sofrer (alienador e os alienados), nada obstante que a Lei da Alienação Parental trate deste assunto tão presente e corriqueiro na sociedade atual, principalmente por se tratar de um direito de família incluindo o Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **2 ALIENAÇÃO PARENTAL**

### **2.1 Definição e características**

O termo alienação parental teve a sua origem nos Estados Unidos, quando o doutor Richard Gardner, um psiquiatra norte americano, em 1985, o definiu como sendo uma situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro genitor, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor. A alienação parental pode ser definida como sendo um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem qualquer justificativa ou razão. Quando a síndrome está presente a criança dá a sua própria contribuição na campanha para desmoralizar o genitor alienado.<sup>68</sup>

A alienação parental é um processo composto por diversos atos praticados por um dos genitores com o escopo de promover a desmoralização do ex-cônjuge, denegrindo a sua imagem para a criança ou adolescente e, em muitos casos, restringindo o direito de convívio desta. De acordo com Dias, "a criança é induzida a afastar-se de quem ama e que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos"<sup>69</sup>.

---

68REGO, Pamela Wessler de Luma. Alienação Parental. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2017. p. 35.

69DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental. O que é isso? In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. 1. ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008. p. 12.

Tal fato faz com que o menor se afaste do genitor alienado e por consequência intensifique a sua relação com o genitor alienador, passando a aceitar como real tudo o que lhe é informado. Freitas complementa dizendo que:

“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 estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real.”<sup>70</sup>

Assim, a alienação parental ocorre pelo processo de desqualificação em que um dos genitores atua para que os filhos odeiem o outro que não detém a sua guarda, culminando em um afastamento da criança com o genitor alienado. A Lei nº 12.318/10, através do seu artigo 2º, conceitua 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 ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.<sup>71</sup>

O legislador, no ato de edição da norma, cuidou de esclarecer quais são as pessoas que podem ser consideradas como alienadores. Embora seja mais comum que a conduta ilícita seja realizada por um dos genitores e a criança, o dispositivo legal citado estende a todos os que tenham convivência com a criança ou o adolescente como os pais, avós, tios e aqueles que a tenham sob a sua responsabilidade.

A alienação parental pode ser causada por inúmeros fatores que em grande parte dos casos representam as insatisfações de um dos cônjuges com o fim do relacionamento, sendo intensificado quando a causa do término está atrelada a casos de infidelidade do alienado. Outro fator recorrente se dá em relação a insatisfações financeiras relacionadas a heranças, partilha de bens, pensão alimentícia, entre outras causas. Nesse sentido Neto, Queiroz e Calçada ensinam que:

“A separação dos filhos de um dos pais acontece muitas vezes por conta de um sentimento de vingança por parte de um dos genitores, o ex-cônjuge

---

70FREITAS, Douglas Phillips; PELIZZARO, Graciela. Alienação Parental: comentários à Lei nº. 12.318/2010. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 48.

71\_\_\_\_. Decreto - 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. Diário Oficial [da] União, Brasília, 26 ago. 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: 05 de ago. 2022.

enxerga a criança uma forma de prejudicar a outra parte, fazendo com o que o filho seja posse somente dele, não levando em conta o sentimento da criança com o outro genitor, tudo isso por causa do rompimento do vínculo matrimonial”.<sup>72</sup>

A alienação parental geralmente é mais praticada pela figura materna quando está com a guarda unilateral de seus filhos, contudo o pai também poderá ser o alienador, e uma das causas mais frequentes estão relacionadas a questões financeiras, quando este tem o desejo de diminuir ou extinguir o pagamento de alimentos.

Existe a possibilidade da ocorrência da prática de alienação parental bilateral, quando ambos os genitores ou aqueles que de alguma maneira detém a guarda do menor. Nestas situações a criança ou adolescente é atingida emocionalmente por ambos os lados, gerando consequências ainda nocivas podendo gerar danos psicológicos irremediáveis.

Nesse contexto, importante destacar que o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 12.318/10 tipifica algumas condutas de forma exemplificativa que caracterizam a prática da alienação parental:

“Art. 2º (...) 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;

---

<sup>72</sup>NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andreia. Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial. p. 102.

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”.<sup>73</sup>

Por todo o exposto, se mostra necessária a intervenção do Poder Judiciário e Legislativo no que tange a tomada de medidas para cessar e prevenir casos de alienação parental. Para Strucker, “ao preservar uma convivência familiar sadia não apenas é garantido o bem-estar dos genitores, como também um desenvolvimento saudável para os infantes, que são as principais vítimas do fim do vínculo conjugal dos pais”<sup>74</sup>.

## **2.2 A importância dos vínculos familiares para o desenvolvimento do menor**

A família, sociedade e o Estado possuem a responsabilidade de garantir à criança e ao adolescente, com prioridade, o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, à liberdade ao respeito, à dignidade, e à convivência familiar e comunitária, e ainda mantê-los protegidos da discriminação, exploração, opressão, crueldade e toda forma de negligência.

Na atualidade existem múltiplos tipos de família, independentemente de sua forma de constituição, todas devem ter como preceito fundamental a garantia de uma boa convivência entre os seus membros. Para Rego, “tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 tem como um dos seus fundamentais princípios o direito a convivência familiar, e sendo ela ainda uma instituição basilar da sociedade”<sup>75</sup>.

Desde o momento do nascimento da criança os pais ou aqueles que possuem a responsabilidade na sua criação devem transmitir a ela valores, conceitos fundamentais e limites, para fazer com que a criança tenha um bom convívio com a sociedade. A forma com o que a criança interage com os pais reflete de forma positiva ou negativa nos sentimentos de segurança e fortalecimento de sua autoestima. Ortiz salienta que:

“A tarefa de capacitar e educar os filhos deve ser desenvolvida tanto quanto pela mãe como pelo pai, mesmo que estejam separados. Ainda, tendo em vista a mudança do paradigma familiar no Brasil, que distribui igualmente entre os genitores as responsabilidades para com os filhos, não se peca por

---

73BRASIL. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236

da lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. 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: 05 de set. 2022.

74STRÜCKER, Bianca. Alienação Parental. Monografia final do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Monografia. Ijuí, 2014. p. 54.

75REGO, Pamela Wessler de Luma. Alienação Parental. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2017. p. 43.



insistir que é fundamental a participação do pai no processo de desenvolvimento emocional do filho.”<sup>76</sup>

Para que isso aconteça é necessário que haja diálogo, respeito, uma boa convivência e empatia entre as partes, Souza sustenta que é imperioso destacar que, “no cenário familiar atual não mais espaço para um genitor espectador, que apenas visita o filho aos finais de semana, ou que somente paga os alimentos, salvo em casos em que tais medidas sejam determinadas de forma a contemplar o melhor interesse da criança”<sup>77</sup>, pois cada caso possui as suas particularidades, mas em geral, mesmo que haja a separação é necessário que ambas as partes participem da criação de seus filhos. Dias ressalta que:

“No caso de haver um genitor que detenha a guarda, é necessário que ocorra uma parentalidade responsável, devendo ser proporcionada para a criança uma guarda segura, incluindo responsabilidades que são pertinentes e adequadas ao poder familiar dos pais sobre o menor, que inclui o encargo de zelar pelo desenvolvimento das potencialidades e promover a sadia (re)construção da personalidade do filho – que é de ambos – guardião e genitor não guardião.”<sup>78</sup>

Nessa toada, pode-se entender que criar um filho significa agregar situações no que diz respeito à vida familiar, zelando pelo desenvolvimento sadio dessa criança ou adolescente para que possa ser um cidadão consciente, com caráter e dotado de direitos da personalidade. É importante oferecer uma boa educação e orientação aos menores, com o fim de incentivar e possibilitar que obtenha conhecimentos, costumes, cultura, ciente de seus direitos e deveres individuais e coletivos.

Rego salienta que “durante a infância, é necessário que o indivíduo possua alguém que o auxilie na sua educação, tome conta dos seus direitos e interesses, controle a vida dele como pessoa e seus bens”<sup>79</sup>. Os pais normalmente são as pessoas mais indicadas para cumprir essa função. Nesse sentido o autor complementa que:

“Durante a infância, é necessário que o indivíduo possua alguém que o auxilie na sua educação, tome conta dos seus direitos e interesses, controle a vida dele como pessoa e seus bens. Normalmente são os pais as pessoas

---

<sup>76</sup>ORTIZ, M.J. Desenvolvimento socioafetivo na primeira infância. Desenvolvimento psicológico e educação. Psicologia evolutiva, v. 1, 2 ed, Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 22.

<sup>77</sup>SOUZA, Elizabeth Rodrigues de. A alienação parental face ao princípio da dignidade humana. Revista Direito & Dialogicidade, vol. 4, n. 1, jul. 2013. Universidade Regional do Cariri – URCA. p. 122.

<sup>78</sup>DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental. O que é isso? In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. 1. ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008. p. 20.

<sup>79</sup>REGO, Pamela Wessler de Luma. Alienação Parental. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2017. p. 43.

mais indicadas para cumprir essa missão. A eles confere a lei, em princípio, esse ministério, organizando-o no instituto do poder familiar”.<sup>80</sup>

É juntamente com os pais que a criança cria e desenvolve a sua personalidade. Na convivência diária com um adulto a criança tem a oportunidade de moldar os seus valores e traços como pessoa. Nessa fase, o auxílio dos pais funciona como ponto chave para ajudar a criança e adolescente a desenvolver a sua formação moral. Esse processo de ensinamentos e orientações torna mais fácil a compreensão da criança em relação as suas próprias emoções e em relação à sociedade a qual está inserida.

Groeninga ressalta a importância da família, do amor, e da convivência e do exemplo diário na construção de sua personalidade, para a autora “é indispensável que os pais protejam os seus filhos das ameaças e proporcione a ele uma vida e desenvolvimento saudável”<sup>81</sup>. Assim, é possível entender a importância de toda a rede de afetividade e de cuidado que é preciso existir em torno do menor para que ele prospere como um adulto saudável, com toda a sua capacidade psicológica, moral e emocional, sendo, portanto, imensamente prejudicial a exclusão de um genitor desse processo de formação.

### **2.3 Princípio da paternidade responsável**

A paternidade responsável é um princípio constitucional que está insculpida no parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no inciso IV do artigo 1566 do Código Civil de 2002. Trata-se da obrigação que os pais possuem em prover a assistência moral, afetiva, intelectual e matéria dos filhos. Nas palavras de Moraes:

“Esse princípio consiste justamente na responsabilidade que se inicia na concepção e se estende até onde seja indispensável e sustentável o acompanhamento dos pais aos filhos. O texto constitucional determina, em seu artigo 227, ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, protegendo-as de toda forma de discriminação, inclusive referente ao estado de filiação”.<sup>82</sup>

Imperioso destacar que o termo “paternidade responsável” pode ser encontrado na doutrina também como parentalidade responsável, visto que a intenção é ampliá-lo tanto quanto possível atingindo não só o pai, mas também a mãe. Moraes esclarece que deve ser uma

---

<sup>80</sup>REGO, Pamela Wessler de Luma. *Alienação Parental*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2017. p. 43.

<sup>81</sup>GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3º Ed, Campinas, São Paulo: Millennium, 2010. p. 48.

<sup>82</sup>MORAES, Giuliana Barci de. *A ética e o direito na concretização do princípio da paternidade responsável nas adoções*. São Paulo, 2019. Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. p. 28.

“responsabilidade individual e social do homem e da mulher que decidem ter um filho, sendo dever deles priorizar o bem-estar físico, psíquico e espiritual da criança que está por vir”.<sup>83</sup>

O referido princípio se fundamenta na dignidade da pessoa humana, fonte primordial do direito das famílias, que unido ao princípio da máxima proteção ou proteção integral, confere a paternidade responsável o exercício da autoridade parental, classificado na observância dos deveres a ele intrínsecos.

A maternidade e a paternidade demandam grandes responsabilidades por lidar com seres em desenvolvimento que necessitam receber uma formação que lhes permitam ser cidadãos responsáveis cientes de seus direitos e deveres. O texto constitucional ao impor à família, à sociedade e ao Estado os deveres em relação à criança tiveram como intuito que as crianças tivessem as suas necessidades atendidas, como a preservação da vida, a saúde, a liberdade e à convivência familiar e escolar, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e à convivência familiar.

O artigo 229 da Constituição Federal estabeleceu que os pais têm o poder-dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Lôbo sustenta que essa “complexidade de deveres fundamentais existe pelo simples fato da existência da criança e do adolescente, portanto, basta a situação jurídica da existência, ou seja, o nascer com vida”.<sup>84</sup>

Além da previsão constitucional, o princípio da paternidade responsável está presente no artigo 27 da Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, ao reconhecer que o estado de filiação é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Amato ensina que “o princípio da paternidade responsável, pode ser sintetizado como um dever de cuidado dos pais para com os filhos”<sup>85</sup>. Cuidado este, que é prejudicado quando constatada a prática da alienação parental, uma vez que impede que ambos os pais exerçam esse dever para com os filhos. Amato complementa ao constatar que “o genitor alienador não cuida porque está focado em manipular o filho para que odeie o genitor alienado. O genitor alienado, por sua vez, não exerce seu dever de cuidado porque é compelido pelo genitor alienador”<sup>86</sup>.

Com a ocorrência da alienação parental, restam violados os direitos da criança e do adolescente, assim como os princípios da absoluta prioridade e do melhor interesse da criança. Os conflitos dos pais predominam sobre os interesses dos filhos, deixando de levar em consideração o que é melhor para estes.

---

<sup>83</sup>Ibidem.

<sup>84</sup>LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva,2011. p. 43.

<sup>85</sup>AMATO, Gabriela Cruz. A alienação parental enquanto elemento violador dos direitos fundamentais e dos princípios de proteção à criança e ao adolescente.2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25477/a-alienacao-parental-enquanto-elemento-violador-dos-direitos-fundamentais-e-dos-principios-de-protexao-a-crianca-e-ao-adolescente/2>> Acesso em: 06 set. 2022.

<sup>86</sup>Ibidem.

### **3 A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL E AS SANÇÕES APLICÁVEIS AO ALIENADOR**

A Lei nº 12.318 foi promulgada em 27 de agosto de 2010 tratando sobre a alienação parental, e, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil têm a finalidade de proteger e resguardar os direitos das crianças e adolescentes. A lei dispõe de um rol exemplificativa com condutas enquadradas como práticas alienantes, as sanções cabíveis ao alienador para inibir as atitudes abusivas, bem como regulamentou o tratamento específico para a alienação parental.

A legislação acompanha as transformações vivenciadas na sociedade brasileira no que diz respeito ao núcleo familiar, uma vez que o número de casais que estão procurando pela dissolução do matrimônio tem aumentado a cada ano, e como consequência, os conflitos familiares são rotineiros. Como já explanado anteriormente neste estudo, muitos casos de rompimentos conjugais acabam terminando em desavenças que repercutem na guarda dos filhos, o que em muitos casos culmina no desenvolvimento da alienação parental, daí a importância de uma lei específica que regulamente esses casos e possibilite a atuação do poder judiciário.

A alienação parental constitui uma das formas de abuso do exercício do poder familiar e uma afronta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A convivência entre o genitor alienado e os filhos fica prejudicada, implicando em danos irreparáveis que interferem no desenvolvimento físico e psíquico o menor. Assim, visando resguardar o melhor interesse da criança, sempre que restar clara a prática de alienação parental, é importante que haja a punição do responsável. Nas palavras de Lemizis:

“O princípio da dignidade humana é definido nos fundamentos da República Federativa do Brasil, considerado um dos princípios constitucionais e do Direito de Família, pois o ser humano não pode e não deve ser tratado como simples objeto, merece respeito e reconhecimento por parte de seus semelhantes.”<sup>87</sup>

Posto isto, o artigo 6º da Lei nº 12.318/10 e seus incisos dispõe, de forma exemplificativa, sobre as sanções legais a serem aplicadas para o praticante de alienação parental. Essas punições podem ser aplicadas de forma cumulativa ou não pelo magistrado, ou seja, de acordo com as particularidades de cada caso, o juiz pode imputar ao genitor alienador um ou mais meios de sanção.

“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

---

<sup>87</sup>LEMIZIS, Ivone Ballao. O princípio da dignidade humana. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 06 de set. 2022.

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;”.<sup>88</sup>

Alenxandridis afirma que “cabe esclarecer que o rol das medidas inseridas no art. 6º da Lei nº 12.318/10 é apenas exemplificativo, podendo existir outras medidas aplicadas na prática que tenham o condão de eliminar os efeitos da alienação parental”<sup>89</sup>, o juiz pode promover a aplicação de duas ou mais medidas, que entender necessárias com o intuito de evitar a proliferação dos danos relativos à alienação parental, na preservação do convívio do menor com o genitor alienado.

O artigo 6º, inciso I, da Lei de alienação parental, traz a advertência como medida aplicável aos pais ou responsáveis em praticar atos de alienação parental, quando os efeitos decorridos desta apresentem um nível leve de intensidade. Dessa forma, constatado o caso de alienação parental de menor gravidade, o magistrado poderá advertir verbalmente o responsável alienador como uma primeira medida na tentativa de coibir essa prática. Segundo Cury, Silva e Mendez:

“Advertência consiste na admoestação verbal, servindo como medida pedagógica, para que haja reflexão dos pais ou responsável, permitindo-lhes reencontrar o trilha do processo educativo interrompido ou desfigurado. A medida visa coibir a prática de alienação parental.”<sup>90</sup>

Esta medida é adotada como um primeiro aviso ao alienador, naqueles casos em que as suas atitudes não estejam causando sérios prejuízos, e para que cesse os atos característicos da alienação parental. A advertência é tida como a medida mais branda e é aplicada quando se verifica indícios de alienação parental, visando evitar a sua progressão.

---

<sup>88</sup>\_\_\_\_\_. Decreto - 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. Diário Oficial [da] União, Brasília, 26 ago. 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: 05 de ago. 2022.

<sup>89</sup>ALENXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação Parental*. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 77.

<sup>90</sup>CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.). COSTA, Antonio Carlos Gomes da, et al. (Org.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 11. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010. p. 56.

De acordo com o artigo 6º, inciso II, da Lei de alienação parental, o magistrado poderá ampliar o tempo de convivência entre o filho e o genitor alienado quando verificada a ocorrência de alienação parental. Entretanto, diante de tal situação nos parece que o magistrado deverá tomar tal medida para que ocorra o fiel cumprimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sendo uma tentativa em restabelecer o convívio do filho com o genitor vitimado, e evitando maiores danos dessa ausência de presença de ambos.

O inciso III do artigo 6º da legislação estudada prevê a aplicação de multa ao praticante da alienação parental como medida coercitiva para que seja cumprido o direito de visitas e cessem os atos de alienação. Simão sustenta que ao afirmar que enquanto poder/dever, "a visitação pode ser exigida e o seu não cumprimento implica inobservância de dever judicialmente imposto, podendo o juízo determinar providências que assegurem o resultado prático do adimplemento, inclusive com estipulação de multa e determinação de acompanhamento psicológico."<sup>91</sup> O autor complementa ao dizer que:

"Observe-se que a previsão de norma sem sanção inviabiliza a efetividade do direito previsto. A sugestão ora aventada é no sentido de impor multa cominatória para o caso de inadimplemento, multa essa que, in casu, assume natureza jurídica de medida coercitiva, com vistas ao cumprimento de determinação judicial em geral e regulamentação de visitas em especial."<sup>92</sup>

Outrossim, é possível a imposição de multas pelo impedimento do direito de visitas do genitor vitimado. Esta medida coercitiva tem a finalidade de reeducar o genitor que detém a guarda do filho no sentido de permitir o convívio com o outro genitor. Dessa forma, se o guardião da criança não cumprir com a decisão judicial que regulamenta a visitação, estará passível de receber e arcar com o valor da multa.

O inciso IV do mesmo diploma legal, determina o acompanhamento psicológico e /ou biopsicossocial. Também o artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente indica o mesmo tratamento aos pais ou responsáveis. A síndrome da alienação parental é um transtorno psicológico que demanda um tratamento adequado para cada integrante da família sendo observado cada caso em particular.

Por vezes o alienador não consegue perceber que as suas ações e atos estão causando prejuízo a seu filho e a relação deste com o outro genitor alienado. Por essa razão o processo de alienação parental não é interrompido, daí a necessidade de procurar por um tratamento psicológico da área com o intuito de norteá-lo a agir para o melhor interesse dos filhos. Uma vez

---

<sup>91</sup>SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática da alienação parental. In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. 1. Ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008. p. 33.

<sup>92</sup>Ibidem. p. 33.



detectado o transtorno provocado pela síndrome da alienação parental, poderá o magistrado determinar a realização do acompanhamento psicológico. Nesse sentido, explica Simão:

“Ressalte-se que o genitor que subtrai do seu filho o direito ao convívio ou contato deste com o outro genitor, em verdade, além delhe prejudicar e lesionar, em última análise, seu crescimento psicológico e higidez mental (e, por via de consequência, a

integridade de sua dignidade humana) merece tratamento psicológico que também poderá ser imposto pelo Juízo do exercício do seu poder geral de cautela com fins no inciso III do artigo 129 da Lei 8.069/90”.<sup>93</sup>

Segundo Silva, deve-se realizar um tratamento psicológico intensivo, capaz de neutralizar os efeitos da síndrome da alienação parental, “em geral, o trabalho deve ser realizado por um profissional que conheça profundamente essa síndrome, suas origens, consequências, o modo como combatê-la, intervindo o mais rapidamente possível para que seus efeitos não se tornem irreversíveis.”<sup>94</sup>

O inciso V do artigo 6º da lei de alienação parental, também prevê a perda da guarda ou a alteração da guarda única para compartilhada como sanção. Os meios mais severos de punições aplicadas pelo magistrado seriam a alteração da guarda ou até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, pode o julgador, em determinados casos, determinar a inversão da guarda da criança ou adolescente em favor do responsável alienado, isso porque o convívio do menor com o genitor alienador é uma ameaça ao seu pleno desenvolvimento. Nesse contexto, Dias explica:

“Flagrada a presença da alienação parental, mister a responsabilização do alienador, pois este tipo de comportamento é uma forma de abuso e pode ensejar a inversão da guarda ou a destituição do poder familiar. Trata-se de postura que põe em risco a saúde emocional do filho, porquanto ocasiona severa crise desleal e enorme sentimento de culpa, o que certamente irá afetar seu sadio desenvolvimento mental”.<sup>95</sup>

O poder familiar tem o escopo de proporcionar condições para que os filhos recebam uma boa formação. A guarda é considerada um dos atributos do poder familiar, diante da dissolução do matrimônio deve ser decidida a guarda, fato que culmina em conflitos de alienação parental. O genitor guardião exerce o poder familiar à revelia do outro, dando ensejo a diversos traumas e

---

<sup>93</sup>SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática da alienação parental. In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. 1. Ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008. p. 38.

<sup>94</sup>SILVA, Denise Maria Perissini. Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso? 1ª Ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2010. p. 88.

<sup>95</sup>DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias (livro eletrônico). 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 67.

implicações. Se forem comprovadas essas situações, o juiz poderá determinar a inversão da guarda que deverá ser monitorada por equipes de profissionais habilitados.

### **3.1 A guarda compartilhada como possível solução para alienação parental**

Com o fim da relação conjugal surgem muitos conflitos, ocasionados por relacionamentos mal resolvidos, repleto de mágoas, ressentimentos e ódio, um deles se dá em relação ao desejo dos pais pela guarda unilateral dos filhos, o que acarreta as práticas da alienação parental em que todos, de alguma maneira, ficam prejudicadas, principalmente os filhos que podem sofrer com danos psicológicos irreversíveis. A guarda compartilhada está prevista nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, tratando como responsabilidade de ambos os pais, assim como seus direitos e deveres.

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

(...)

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – saúde e segurança; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III – educação. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

(...)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).”

O instituto da guarda compartilhada é entendido como uma forma de prevenir a alienação parental, porque ambos os pais são responsáveis pela criação de seus filhos e compartilham o exercício do poder familiar. Assim se mostra como uma alternativa favorável e sensata estando

positivada no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 2008 com a promulgação da Lei nº 11.698, autorizando ao magistrado a aplicá-la sempre que possível, ou seja, indicando uma preferência por este instituto.

Entretanto, apesar da previsão legislativa, é possível observar que o modelo de guarda unilateral continuou a ser o mais adotado pelos brasileiros. Diante deste contexto, com a promulgação da lei de alienação parental, novas regras passaram a ser aplicadas para a guarda compartilhada, a legislação define que a guarda dos filhos deve ser compartilhada entre os genitores e o modelo de guarda unilateral deve ser uma exceção. Dias explica que:

“Solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (C.C 1.632). Os filhos permanecem sob guarda compartilhada dos genitores, ainda que não haja acordo entre ambos. O tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada”.<sup>96</sup>

Na tentativa de coibir a prática de alienação parental, a guarda compartilhada se apresenta como uma solução viável, sendo adotada na tentativa de cessar os litígios decorrentes da guarda dos filhos, uma vez que é mais favorável para o desenvolvimento saudável dos filhos proporcionando a continuidade do convívio dos filhos com ambos os genitores. De acordo com Sandri:

“A guarda compartilhada se apresenta como uma forma eficaz de prevenção à alienação parental, uma vez que a ruptura da união dos pais acarreta uma redistribuição de papéis que até então eram exercidos conjuntamente. Neste caso, os pais acordam acerca da guarda dos filhos, podendo, o juiz decidir de forma diferente, levando em consideração o melhor interesse do menor.”<sup>97</sup>

A maior parte da doutrina considera que nesse modelo de guarda, previne-se tanto a alienação parental, quanto a omissão de um dos pais, porque assim é cumprido o direito de convivência com ambos os genitores propiciando que assumam papéis parentais. Oliveira Neto considera que na guarda unilateral “existe um efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos com o afastamento entre eles, que geram angústias perante os encontros e as separações repetidas”, em contrapartida na guarda compartilhada isso tende a ser evitado, teoricamente, uma vez que ambos os pais participarão da vida e crescimento do filho. Nesse sentido Madaleno sustenta:

“Os pais devem tomar decisões harmoniosas, se empenhando nos cuidados básicos e complementares, podendo delegar poderes, aceitar sugestões e quando necessário, ratificar medidas indicadas pelo ex-cônjuge ou sugerir outras melhores sem fomentar crises. A guarda compartilhada deve ser

---

<sup>96</sup>DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias (livro eletrônico).4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 461.

<sup>97</sup> Ibidem.

compreendida como o coexercício dos pais sobre a responsabilidade de um desenvolvimento mental saudável de seus filhos comuns, inclusive podendo ser redobrada em detrimento da separação dos pais. Ela é expressão do princípio de corresponsabilidade familiar, implicando sobre as atribuições referentes à vida diária do filho.”<sup>98</sup>

Farias e Rosenvald, destacam que “o compartilhamento da guarda não elimina a obrigação alimentícia dos pais, pois permanecem obrigados a colaborar materialmente para o sustento dos filhos, observadas as devidas condições de quem deve contribuir”<sup>99</sup>. Mesmo com a convivência com ambos os genitores em lares distintos, não significa a existência de dois domicílios. Ou seja, a criança terá um domicílio como referência espacial, embora conviva em dois lares diferentes. Os autores destacam que:

“A guarda compartilhada caracteriza-se pelo exercício integral da guarda entre os pais em igualdade de condições e de direitos sobre os filhos, onde participam ativa e equitativamente dos cuidados pessoais e assim concretizam o princípio da corresponsabilidade parental. Além disso, é uma tentativa de evitar que a dissolução da relação afetiva dos pais reverbere sobre a relação paterno-filial.”<sup>100</sup>

Em suma o compartilhamento da guarda tem por objetivo possibilitar a igualdade na tomada de decisão em relação ao filho ou corresponsabilidade, em todas as situações existenciais e patrimoniais. Lobo ressalta que “é aconselhado que os pais mantenham as mesmas divisões de tarefas que detinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e desenvolvimento do filho”<sup>101</sup>. A comunicação entre os pais separados e seus filhos, deve ser mantida, inclusive o uso das tecnologias da informação podem contribuir na formação afetiva e cognitiva da criança, mais que os períodos de visita.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo presente estudo proposto, tem-se que a família se modificou ao longo dos anos acompanhando a evolução da sociedade, dando origem a diversos arranjos familiares, estando ligadas agora pelo vínculo de afetividade. Em qualquer forma de composição da família, é dever do Estado garantir a sua proteção, em consonância com o que prevê a Constituição Federal de 1988.

---

98MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais – 4ª ed. rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 78.

99FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. Curso De Direito Civil: Famílias I, 9ª ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016. p. 54.

100 Ibidem.

101LOBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva,2011. p. 89.

Nesse contexto, imperioso destacar que a criança e o adolescente possuem condição especial por se tratar de pessoa em desenvolvimento. São indivíduos dignos de respeito, cuidado e proteção. Dispõem dos mesmos direitos e liberdades inerentes aos adultos descritos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Direito à dignidade, direito a convivência familiar saudável, direito a ter seus interesses protegidos da melhor forma com amparo da doutrina da proteção integral, à paternidade responsável, entre tantos outros. Toda e qualquer violação a esses direitos devem ser combatidas.

A alienação parental representa grande afronta a esses direitos das crianças e adolescentes, configurando um abuso do poder familiar, além de culminar em sérias consequências psicológicas à criança e ao pai alienado, por conta do afastamento e pelas manipulações emocionais. Essa prática, geralmente, ocorre durante o processo de separação dos genitores, onde um deles, motivados por sentimentos de ódio, frustração e até mesmo vingança, utiliza a criança como instrumento para atingir o outro, manipulando e difamando a imagem do outro genitor alienado, colocando a criança em uma posição delicada.

Os efeitos psicológicos causados pela Alienação Parental são diversos, na fase da infância a criança vive uma crise de lealdade por se sentir pressionada a escolher um lado, e essa situação faz com que ela perca espaço para desenvolver a sua autonomia e identidade, fica deprimida, com dificuldade para dormir, se alimentar e perde rendimento na escola. Já na fase adulta, os transtornos podem desencadear desde baixa autoestima até depressão e problemas com álcool e drogas.

Nesse compasso a Lei nº 12.318/10 estabelece medidas de prevenção e repressão à prática de alienação parental, com base na legislação os magistrados fundamentam as suas decisões e analisam qual a medida mais adequada para ser aplicada em cada caso que chega a apreciação do poder judiciário.

Como foi amplamente debatido neste artigo, a alienação parental acontece de mais de uma maneira, quando um dos genitores cria nas crianças falsas imagens do genitor alienado, causando o afastamento deles. A referida síndrome trata de um tema atual, complexo e muito recorrente, por esse motivo, têm despertado a atenção de vários profissionais, tanto da área jurídica como da área da saúde.

Através da pesquisa bibliográfica foi possível atingir todos os objetivos delineados e responder todas as questões que foram levantadas no início deste estudo. Explicitando o entendimento do tema, explicando a importância de se preservar o direito constitucional das crianças e adolescentes, trazendo à baila controvérsias referentes a temática e discutindo até mesmo como a alienação parental pode ensejar uma possível condenação a danos morais.

A alienação parental apresenta grave afronta aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, e, por esse motivo, é imprescindível que os pais ou responsáveis tenham cautela quanto as suas atitudes em relação aos filhos. Os poderes legislativo e judiciário demonstram evidente preocupação com a problemática e estão buscando aplicar as medidas cabíveis para minimizar os impactos causados pela alienação parental.

Conclui-se com o presente artigo que os pais ao romper o vínculo conjugal devem levar em consideração os direitos inerentes ao menor, conferindo a eles prioridade, estando acima de qualquer sentimento de rancor e vingança. Os direitos fundamentais da criança e dos adolescentes devem ser realizados no âmbito da família, sociedade e Estado com absoluta prioridade e proteção, pois, são indivíduos em processo de desenvolvimento e em situação de hipossuficiência.

## REFERÊNCIAS

ALENXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental**. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AMATO, Gabriela Cruz. **A alienação parental enquanto elemento violador dos direitos fundamentais e dos princípios de proteção à criança e ao adolescente**. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25477/a-alienacao-parental-enquanto-elemento-violador-dos-direitos-fundamentais-e-dos-principios-de-protecao-a-crianca-e-ao-adolescente/2>> Acesso em: 06 set. 2022.

CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (Coord.).

COSTA, Antonio Carlos Gomes da, et al. (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 11. Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. Decreto - **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. Diário Oficial [da] União, Brasília, 26 ago. 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: 05 de ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental. O que é isso? In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. 1ª ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias (livro eletrônico)**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Curso De Direito Civil: Famílias I**, 9ª ed. rev. e atual - Salvador: Ed Jus Podlvm, 2016.

FREITAS, Douglas Phillips; PELIZZARO, Graciela. **Alienação Parental: comentários à Lei nº. 12.318/2010**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3º Ed, Campinas, São Paulo: Milenium, 2010.



LEMIZS, Ivone Ballao. **O princípio da dignidade humana.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 06 de set. 2022.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais** – 4ª ed. rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Giuliana Barci de. **A ética e o direito na concretização do princípio da paternidade responsável nas adoções.** São Paulo, 2019. Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andreia. **Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial.**

ORTIZ, M.J. **Desenvolvimento socioafetivo na primeira infância.** Desenvolvimento psicológico e educação. Psicologia evolutiva, v. 1, 2 ed, Porto Alegre: Artmed, 2004.

REGO, Pamela Wessler de Luma. **Alienação Parental.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Rio de Janeiro, 2017.

SILVA, Denise Maria Perissini. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: O que é isso?** 1ª Ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2010. p.88.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática da alienação parental. In: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos.** Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. 1. Ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008.

SOUZA, Elizabeth Rodrigues de. **A alienação parental face ao princípio da dignidade humana.** Revista Direito & Dialogicidade, vol. 4, n. 1, jul. 2013. Universidade Regional do Cariri – URCA.

STRÜCKER, Bianca. **Alienação Parental.** Monografia final do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Monografia. Ijuí, 2014.

## **A UNIÃO ESTÁVEL NAS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS E A PARTILHA DE BENS *POST-MORTEM***

**LARYSSA COELHO PORTILHO:**  
Bacharelada em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES<sup>102</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A discussão sobre o reconhecimento da união estável nas relações extraconjugais tem sido pauta de inúmeras discussões na última década. Tal situação tem sido discutida em razão do crescente número de casos que batem à porta do Poder Judiciário buscando o reconhecimento dessa relação e os direitos patrimoniais e previdenciários. Com base nisso, essa pesquisa teve o objetivo de analisar o posicionamento jurisprudencial e doutrinário acerca da partilha de bens *post mortem* nas relações extraconjugais. No campo metodológico, realizou-se uma revisão da literatura cuja coleta de dados se deu nos bancos de dados como Scielo, Google Acadêmicos e em sites de tribunais para a coleta de julgados sobre a temática. Nos resultados encontrados, ficou estabelecido que para ter direito a partilha de bens *post mortem*, é preciso que a relação extraconjugual seja formalmente reconhecida como união estável, e para isso é preciso preencher os seus requisitos, tais como relação duradoura, contínua, pública e com intenção de formar uma família.

**Palavras-chave:** União estável. Patrimônio. Morte. Extraconjugual.

**ABSTRACT:** The discussion about the recognition of a stable union in extramarital relationships has been the subject of numerous discussions in the last decade. This situation has been discussed due to the growing number of cases that knock on the door of the Judiciary seeking the recognition of this relationship and property and social security rights. Based on this, this research aimed to analyze the jurisprudential and doctrinal position on the sharing of goods *post mortem* in extramarital relationships. In the methodological field, a literature review was carried out whose data collection took place in databases such as Scielo, Google Scholars and on court websites for the collection of judgments on the subject. In the results found, it was established that in order to have the right to share *post mortem* assets, the extramarital relationship must be formally recognized as a stable union, and for that it is necessary to fulfill its requirements, such as a lasting, continuous, public relationship with intention to form a family.

**Keywords:** Stable union. Patrimony. Death. Extramarital.

---

<sup>102</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. .

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. União Estável: Aspectos gerais. 4. Das relações extraconjugais. 5. Das consequências jurídicas e sociais. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 3º, assegura a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. A ação de reconhecimento de união estável é uma ação de estado, assim entendida como a que se refere a uma determinada situação jurídica de alguém, no caso, o estado civil. Por esta natureza, a procedência do pedido exige prova estreme de dúvidas.

Ocorre que apesar do seu regulamento jurídico, a união estável tem sido pauta de inúmeras discussões em razão do seu alcance nas relações extraconjugais. Muito tem-se debatido sobre a possibilidade de reconhecimento de união estável oriunda de relação extraconjugal.

Cabe lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro, não se reconhece a união estável e o casamento concomitantemente. Tal entendimento tem como base o dever de fidelidade e da monogamia consagrados na legislação vigente. A existência de união estável tem proteção constitucional, desde que não haja impedimento legal. As provas colacionadas aos autos de um processo, devem provar que, ainda que tenha existido um relacionamento amoroso entre a autora e o falecido, tal união configura vínculo marital.

Dessa forma, verifica-se uma questão bastante complexa: primeiramente a busca pelo reconhecimento de união estável de uma relação extraconjugal e, em seguida, o garantismo de requerer o direito da partilha de bens *post mortem*. É com base nesse cenário, que se discute o presente estudo.

No decorrer da análise desse tema procurou-se responder a seguinte indagação: há a possibilidade do reconhecimento do direito da partilha de bens *post mortem* oriunda de uma relação extraconjugal?

Ademais, essa pesquisa teve a finalidade de analisar o contexto situacional das relações extraconjugais no Direito brasileiro e a possibilidade (ou não) na partilha de bens *post mortem*.

## 2. METODOLOGIA

Pretendeu-se com esta pesquisa discorrer a respeito da possibilidade jurídica do reconhecimento da união estável das relações extraconjugais frente a partilha de bens *post mortem*. Para isso, o método a ser empregado foi o dedutivo, onde parte da compreensão da regra geral para então compreender os casos específicos (MARCONI; LAKATOS, 2003).

Trata-se de pesquisa bibliográfica, onde “revela explicitamente o universo de contribuições científicas de autores sobre um tema específico” (SANTOS; CANDELORO, 2006, p. 43). Os meios de buscas empregados foram as doutrinas jurídicas encontradas em livros, artigos, sites, jornais, revistas, etc., assim como material jurisprudencial. A coleta de dados é resultado de uma busca feita

em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de outubro e novembro de 2022.

### **3. UNIÃO ESTÁVEL: ASPECTOS GERAIS**

A família é um dos maiores alicerces para o desenvolvimento do ser humano. De acordo com Venosa (2014) a família pode ser entendida como um agrupamento de pessoas que ligadas pelo afeto, constituem um grupo de convívio e harmonia, gerando um vínculo jurídico.

Nota-se que o afeto é o elo que forma uma família. É por meio desse aspecto que pode-se entender o conceito de uma família. Quando se pensa em família, seja no aspecto social ou jurídico, deve-se ter em mente a constitucionalização feita por meio do afeto.

Esse fato é importante, porque ao se debater sobre a união estável, tema central desse tópico, é preciso compreender que o afeto como a base central. Isso porque o afeto fez com que surgissem diversos tipos de famílias. Nos dias atuais, é possível encontrar famílias homoafetivas, anaparentais, monoparentais, avoengas etc. E dentre essa diversidade familiar, encontra-se a formada por meio da união estável.

A formação familiar constituída pela união estável, no regimento jurídico brasileiro, é normalizada na Constituição Federal de 1988, no art. 226, §3º. Para Santos (2013) é possível observar que o texto constitucional reconheceu a união estável como uma forma legal de formação familiar, dando-a direitos e garantias assim como as concedeu ao casamento. Importante mencionar ainda nesse contexto, que esse rol, como já conferido anteriormente, não é taxativo, havendo outras formas de reconhecimento familiar.

A união estável, em seu conceito, é a união formada pela convivência entre duas pessoas, de modo como se fossem casados. Assim, para estabelecer uma união estável é preciso que ela seja configurada respeitando determinado aspectos, tais como ser pública, contínua e que tenha como finalidade a formalização de uma família, independentemente se tiverem filhos ou não (GONÇALVES, 2018).

Assim, percebe-se que a união estável tem o objetivo de coabitação dos pares, como casados fossem. Deve ter o respeito de ambos, e o cumprimento dos deveres e observação dos direitos. Há de ter fidelidade, lealdade, companheirismo etc. (GONÇALVES, 2018).

Oliveira (2017) nos explica que a união estável é a publicidade do contrato de casamento, sem que seja obrigatório o cumprimento dos requisitos formais dele. No entanto, o autor enfatiza que mesmo não possuindo a formalidade do casamento, é preciso que se respeite os deveres inerentes ao casamento, como os mencionados nos tópicos anteriores.

A legislação brasileira em seu turno deixa claro que para configurar em união estável é necessário que tal relação seja pública, ou seja, deva ser de conhecimento da sociedade. Sendo assim, nota-se que não há um caráter objetivo que estabeleça o que seja uma união estável. Isso vai depender de cada caso concreto.

Leitão (2017) cita os requisitos do art. 1.723 do Código Civil de 2002 como elementares a esse cenário; além de não se ter nenhum impedimento como o encontrado no art. 1.723 do mesmo Código.

Apesar de não ter o mesmo regramento do casamento, na união estável possui algumas especificidades formais. Para o seu reconhecimento, por exemplo, se faz preciso que haja um documento formal, que no caso é uma escritura pública de união estável.

Leitão (2017) aduz que a escritura é de suma importância para o reconhecimento da união estável, principalmente porque ela auxilia na formalização do regime de bens aplicável à união. Caso não se tenha uma escritura pública ou se nela não estiver estabelecido regras de regime de bens, caso essa união se dissolva, serão aplicadas as regras da comunhão parcial.

Desse modo, é indispensável que o casal que opte pela união estável reconheça essa união por meio de escritura pública, porque assim poderão indicar o regime de bens e de outros aspectos que considerem relevantes.

Soma-se a isso, o fato de que uma escritura pública serve também para fins de concessão de benefícios previdenciários, como planos de saúde, pensão alimentícia ao ex-cônjuge, dentre outros (LEITÃO, 2017).

No que tange aos requisitos para se formar uma união estável, eles são caracterizados como objetivos e subjetivos. A respeito deles, explicam-se:

#### **Quadro 1 – Requisitos objetivos e subjetivos da união estável**

<b>REQUISITOS OBJETIVOS</b>	<b>REQUISITOS SUBJETIVOS</b>
Ausência de impedimentos matrimoniais	Convivência more uxória
Comunhão de vida	<i>Affectio maritalis</i>
Lapso temporal de convivência	

**Fonte:** Medeiros Junior (2014).

Buscando melhorar o texto sobre a união estável o Código Civil de 2002 trouxe uma regulamentação mais ampla e direta sobre esse tema. Em seu art. 1.723, trouxe o reconhecimento da união estável, estabelecida pela convivência mútua e pública, duradoura e que busque a formação familiar. Em seu § 3º traz ainda que também será efetivada a união estável frente aos efeitos do art. 1.576 do mesmo Código (BRASIL, 2002).

#### **4 DAS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS**

No tópico anterior, ficou claro que o fator preponderante para que uma família seja estabelecida é o afeto. É esse aspecto que de fato faz com que seja entendida uma família. Por essa razão, a sociedade encontrou diversas formas de união formada pelo afeto, constituindo assim diversas formas de famílias, como por exemplo, a da união estável.

Ocorre que dentre das relações humanas, muitas não são formalizadas conforme se estabelece no Direito brasileiro. Nesse sentido, estar-se a falar das relações extraconjugais.

As relações extraconjugais ou famílias paralelas (ou simultâneas), são relações em que a ligação não se encontra amparada pelo Direito. São uniões que se configuram à margem da sociedade ou casamento. De modo mais popular, são relações de pessoas que mesmo casadas ou com outro regimento matrimonial ainda criam outros vínculos afetivos.

De acordo com Ghelman (2020) as relações extraconjugais são aquelas oriundas de uma relação já estabelecida. É uma espécie de ramificação de um casamento, onde nasce uma outra relação conjugal.

Buscariolo (2019) afirma que esse tipo de relação é aquele que um dos pares casado ou em união estável possui uma segunda relação conjugal com outra pessoa. O autor menciona que essa relação não pode ser confundida com as famílias concubinas, uma vez que essas são formalizadas por pessoas que nutrem relações concomitantes.

Albuquerque (2020) ao explicitar sobre a relação extraconjugal ensina que essas relações sempre existiram na história. No entanto, desde sempre foram consideradas irregulares ou não legítimas. Por essa razão, as relações extraconjugais sempre estiveram submetidas ao posicionamento de serem um segredo, ou seja, para serem escondidas dos outros.

Prado (2019) por sua vez, acentua que a relação extraconjugal possui a natureza de ser oculta, justamente porque não é vista como legítima e legal. A religião (seja ela qual for) contribuiu imensamente para que essas relações não tenham espaço jurídico e social. Dessa forma, elas acabam ficando na clandestinidade, sendo efetivadas longe do olhar público e familiar.

Ainda que elas sejam de longe não reconhecidas, quem cria esse tipo de relação também não pode reclamar, uma vez que nelas é possível encontrar uma união harmônica, equilibrada, cujo resultado traz felicidade e afeto. Justamente por criarem vínculos afetivos, é que muitas relações extraconjugais deixaram a obscuridade e buscaram o reconhecimento social e principalmente jurídico (PRADO, 2019).

Araújo et al. (2021) ao discorrer sobre a relação extraconjugal afirma que os seus membros há muito vêm buscando o reconhecimento jurídico dessa relação. Apesar de possível, os autores advertem que a moralidade social é amplamente forte, o que impede de elas serem aceitas na comunidade.

Grande parte das relações extraconjugais são formadas por homens casados e com mulheres solteiras, aos quais são chamadas de "amantes". Elas se submetem a uma relação



extraconjugal por entenderem que em algum momento poderão ser reconhecidas e formalizadas (ARAÚJO et al., 2021).

Ghelman (2020) cita que essas relações chegam em algum ponto onde a busca por reconhecimento jurídico e social se torna latente e necessário. Isso fica mais evidente quando se encontra nessas relações o surgimento de filhos e de compartilhamento de patrimônio, o que ocorre no casamento lícito.

Gagliano (2018) nos alerta que é preciso entender que as relações extraconjugais não devem ser confundidas com relações fugazes e esporádicas. As relações extraconjugais são relações que possuem os mesmos parâmetros que um casamento ou uma união estável, principalmente quando envolvem filhos e patrimônios.

O supracitado autor adverte que ela não pode ser vista como algo passageiro ou uma simples relação baseada no sexo. Ao contrário, a relação extraconjugal é caracterizada por ser um de relacionamento com afeto e que perdura ao longo dos anos, construindo uma sólida parceria e convivência mútua (GAGLIANO, 2018).

Por terem essa natureza oculta, muitos membros inseridos nesse tipo de relação busca o seu reconhecimento. E o caminho mais utilizado tem sido por meio da união estável.

Apesar de possível, a relação extraconjugal que busque o seu valor jurídico através da união estável deve se adequar a determinados requisitos. O primeiro, como explica Albuquerque (2020) é que seja uma relação nascida de um desconhecimento da "amante". Em outras palavras, é preciso que a mulher ou homem que participe desse tipo de relação não tenha conhecimento que o outro seja casado (a).

Gagliano (2018) afirma que isso é importante, porque reconhece-se a boa-fé, permitindo que haja o reconhecimento desse relacionamento, denominada nesse caso de união estável putativa. Venosa (2015) explica que a união estável acontece quando um dos membros da relação, agindo de boa-fé, acreditava que esta relação não possuía qualquer impedimento.

Caso contrário, ou seja, a outra parte já tinha conhecimento sobre o comprometimento matrimonial do parceiro, não há de se falar em relacionamento extraconjugal, porque perde o sentido da boa-fé e da natureza putativa, fazendo com a Justiça não reconheça essa relação (ALBUQUERQUE, 2020).

De todo modo, quando se verifica esse tema com base nos julgados brasileiros, é perceptível que não há uma unanimidade sobre uma decisão única nesses casos. Há sempre que se verificar cada caso concreto como único.

Muitos julgados têm se baseado suas decisões em questões morais, religiosas e sociais, sem olhar com mais afinco a presente situação, haja vista que, como mencionado anteriormente, as relações extraconjugais ainda sofrem muito preconceitos e obstáculos sociais, não sendo plenamente aceitas.

Canto (2020) comenta que esse tipo de pensamento não mais vigora atualmente. Muitas relações extraconjugais são criadas e instituídas ao longo do tempo, ainda que na margem da sociedade. Elas, em muitos casos, resultam em filhos e em construção de patrimônios. Portanto, devem ser respeitadas e olhadas com maior atenção, porque são relações que se encontram na sociedade e não na ilusão ou de modo figurativo.

Por essa razão, a Justiça brasileira vem aos poucos reconhecendo essas uniões. E o caminho para isso, acaba por se basear em uniões estáveis. Araújo et al. (2019) entendem que trazer um reconhecimento de uma união extraconjugal como união estável é amplamente possível e legal, devido ao fato de se trata de uma família idêntica a qualquer outra, ou seja, é originada pela liberdade de escolha de cada um, criando-se vínculos afetivos e amorosos.

Dias (2020) corrobora com esse posicionamento, ao opinar que esse tipo de relação nasce de uma vontade mútua das partes em criarem um vínculo para além do sexual. Muitas mulheres deixam de serem simples amantes de homens casados e se tornam suas companheiras, parceiras, que caminham lado a lado, construindo laços de afeto, de amor, de cumplicidade, o que é igual a qualquer outra relação.

A jurisprudência pátria, no entanto, tem-se decidido pela não inserção desse tipo de relação no rol de constituições familiares. Apesar disso, há outros julgados, ainda que ínfimos, que ao analisar o caso concreto e todas as suas particularidades, tem acatado o reconhecimento dessas relações.

A título de exemplo, no ano de 2011, através do Agravo nº 0009704-09.2011.8.17.0000, à Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco julgou o caso de uma relação concubinária, onde se averiguou uma relação de 17 anos. Tal união, conforme conferido no processo, era pública, contínua e duradoura. Ainda que uma das partes seja casada, o relator desse processo, compreendeu que esse caso não mais se tratava de uma união adúlterina, e sim extraconjugal. Por essa razão, decidiu-se pelo reconhecimento da união estável, tendo como base o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Apenas pelo exemplo mostrado, nota-se que existe um caminho que permite que as relações extraconjugais sejam reconhecidas, por meio da união estável. Apesar disso, insta salientar que essa possibilidade só é existente quando observadas as mesmas características da união estável.

Uma vez reconhecidas, outra questão surge: como fica a situação da partilha de bens post mortem. Sobre essa situação, analisa-se o tópico seguinte.

## **5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

Na situação aqui exposta, para os efeitos patrimoniais sejam considerados, aqueles indivíduos oriundos da relação extraconjugal, deve sumariamente ter essa relação reconhecida

juridicamente. Não havendo esse reconhecimento, não existe possibilidade de discutir a partilha de bens.

APELAÇÃO CÍVEL.  
FAMÍLIA. **UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO.**

**REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS.** RECURSO DESPROVIDO. 1. A presente hipótese consiste em analisar a possibilidade de reconhecer a ocorrência de união estável post mortem. 2. **A união estável é ato-fato jurídico substanciado pela conduta dos conviventes, que passam a se comportar como um verdadeiro núcleo familiar.** 2.1. É reconhecida como entidade familiar, configurada na convivência pública (notória), contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (animus familiae). 2.2. **A intenção de constituir família, por sua vez, deve ser analisada de acordo com os elementos probatórios coligidos aos autos e em conformidade com os requisitos normativos pertinentes.** 3. No caso, constata-se que foram produzidas, nos autos, provas suficientes para demonstrar que o relacionamento entre a demandante e o falecido **não preencheu os requisitos previstos no art. 1723 do Código Civil.** 4. Ressalte-se que, de acordo com a tese fixada por meio da edição do Tema de Repercussão Geral nº 529, pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, **não é possível a subsistência da união estável concomitante com o casamento de um ou de ambos os conviventes.** 5. Recurso conhecido e desprovido. (07173631720198070003 - (0717363-17.2019.8.07.0003 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 2º Turma Cível. Relator: ALVARO CIARLINI. Data de julgamento: 21/09/2022. Publicado no PJe: 13/10/2022). (grifo meu)

Assim, é preciso que a união estável seja reconhecida para que posteriormente seja pleiteado os direitos previdenciários de uma relação extraconjugal. O reconhecimento da união estável, conforme expressa o julgado acima, deixa claro que se deve preencher os requisitos previstos no art. 1.723 do Código Civil. É preciso que o casal seja público, de relação duradoura e que passem a se comportar como um verdadeiro núcleo familiar.

Nas relações extraconjugais que busquem o reconhecimento de união estável post mortem, tais requisitos se tornam essenciais, como mostra a seguinte jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DO RECURSO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. VIOLAÇÃO NÃO VERIFICADA. AÇÃO  
**DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM.** PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS. REQUISITOS. **ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL.** AUSÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ANIMUS FAMILIAE. NÃO COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. Princípio da dialeticidade. O recurso que não ataca especificamente os fundamentos da decisão impugnada impõe indesejada dificuldade de exercício pleno à defesa,

porque obstaculiza sobremaneira a resposta, malferindo princípios processuais e constitucionais relacionados ao contraditório e à ampla defesa. 1.1. Tem-se por inviabilizado o reconhecimento da inépcia de recurso de apelação, quando observado que a parte recorrente impugnou satisfatoriamente a sentença hostilizada em observância ao artigo 1.010, inciso III, do Código de Processo Civil. Preliminar rejeitada. 2. A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, estabelece que deve ser reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. 3. O artigo 1.723 do Código Civil dispõe que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. 4. **O *animus familiae* constitui *conditio sine qua non* para caracterização da relação como união estável. Não demonstrada pela prova documental e testemunhal a estabilidade, publicidade, continuidade e ânimo de constituir família na convivência, inviável o reconhecimento da união estável no período alegado.** 4. Não se desincumbindo a parte autora de comprovar a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família, não há como ser reconhecida a existência de união estável. 5. Apelação Cível conhecida e não provida. Honorários recursais majorados. (07111760420218070009 - (0711176-04.2021.8.07.0009 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 1º Turma Cível. Relatora: CARMEN BITTENCOURT. Data do Julgamento: 21/09/2022. Publicado no DJE: 05/10/2022). (grifo meu)

Novamente frisando, com base no julgado acima, não se desincumbindo a parte autora de comprovar a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família, não há como ser reconhecida a existência de união estável.

Conforme lecionam Farias e Rosenvald (2017), o *animus familiae* constitui verdadeira *conditio sine qua non* para caracterização da relação como união estável, sendo os demais elementos compreendidos de forma acessória, porquanto a presença deles sem a intenção de constituir família conduz ao não reconhecimento da união estável.

Nessa linha, percebe-se que, para fins de reconhecimento da união estável, não é exigido lapso temporal mínimo de relacionamento, tampouco a convivência sob o mesmo teto. Ou seja, é possível sua caracterização independentemente de um prazo de convivência mesmo que os conviventes residam em casas separadas (NEVES, 2018).

Apesar de serem observados esses requisitos, quando configurado e provado o vínculo de afeto e de relação matrimonial entre as partes em uma relação extrajudicial, não pode o Poder Judiciário desamparar ou excluir a outra parte.

Nesse ponto, menciona-se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, primordial em qualquer contexto jurídico, uma vez que protege a dignidade de cada pessoa em qualquer contexto.

Com esse pensamento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380 que em seu turno traz o reconhecimento do direito do concubinato como sociedade de fato, fazendo valer o direito de poder participar da partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum. Com isso, entende-se que no caso da partilha de bens, existe uma possibilidade de gerar a garantia parte devida às “amantes” (BARCELLOS, 2019).

No campo jurisprudencial, no ano de 2020, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) no caso em que se buscou o reconhecimento de união estável numa relação extraconjugal, a suprema corte decidiu favoravelmente o pedido da autora da ação, que comprovou o relacionamento afetivo durante 50 anos com um homem casado legalmente. Depois de seu falecimento, a demandante buscou o reconhecimento da relação e o direito à partilha dos bens, que fora também reconhecida.<sup>103</sup>

Importante explicar que na situação ao qual o *de cuius* não deixou descendentes ou ascendentes, a herança terá de ser compartilhada entre a viúva e a companheira, em iguais proporções (BARCELLOS, 2019).

Diante do exposto, fica claro constatar que é possível que haja a partilha de bens do *de cuius* quando encontrado uma relação extraconjugal. Isso é positivo na medida em que traz justiça para muitas mulheres que vivem essa situação, e que constroem uma relação duradoura, de afeto e de aquisição patrimonial.

Independentemente de qualquer valor moral ou religioso, o Direito não pode se ausentar de amparar qualquer situação social que se estabeleça. Nem pode deixar de reconhecer uniões que também são baseadas no amor e no afeto, ainda que de maneira diferente da encontrada no texto da lei.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme expresso no decorrer as relações extraconjugais são uma realidade cada vez mais presente na sociedade. Diversas famílias são construídas oriundas das relações extraconjugais. Esse fato não pode ser anulado pelo Direito.

A sociedade ainda é muito resistente sobre o reconhecimento da união extraconjugal. Isso, em parte, se deve pelo enorme preconceito que ainda paira sobre a figura da “amante”, uma vez que o Direito e principalmente a Igreja só consideram casados aqueles que são fiéis e leais.

De todo modo, a sociedade não caminha apenas em cima de regras morais, religiosas e tampouco jurídicas. Elas vão se amoldando conforme a complexidade das relações humanas. Uma

---

103 Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/336475/justica-reconhece-uniao-estavel-para-lela-ao-casamento>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

vez entendido que o afeto é principal aspecto para o entendimento sobre o que seja uma família, é com base nele que se pode entender o surgimento das relações extraconjugais.

O que se pretendeu discorrer nesse estudo fora a respeito dos efeitos patrimoniais vindas de relações extraconjugais. No mostrado pelos julgados nesta pesquisa, entendeu-se que é possível a outra parte requerer e ser atendido sobre essa pretensão.

No entanto, é preciso primeiramente que a relação extraconjugual seja reconhecida como união estável. Nesse sentido, não é possível o reconhecimento de união estável caso os documentos e as testemunhas coligidos aos autos não corroborem a publicidade, a continuidade, a estabilidade e, notadamente, o compromisso pessoal e mútuo de constituir família. Inexistente a unidade familiar, não é possível reconhecer qualquer efeito jurídico da relação como partilha de bens ou benefício legal próprio de ex-companheiros.

Apesar disso, reconhecida a união estável da relação extraconjugual, pode a parte requerer o direito a partilha de bens post mortem. Sendo assim, firma-se entendimento, ao qual esse estudo também se baseia, de que os efeitos previdenciários e patrimoniais podem ser reconhecidos, desde que a parte autora comprove a união estável da relação.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Anderson. **Os relacionamentos extraconjugais na visão da lei**. 2020. Disponível em: <<https://www.andersonalbuquerque.com.br/artigo&conteudo=os-relacionamentos-extraconjugais-na-visao-da-lei>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

ARAÚJO, Stéfane de Oliveira; MELO, Brena Damasceno; MORAIS, Ivonilda Brito de Almeida; CARVALHO, Genyvana Criseya. **Direito dos Amantes: os efeitos jurídicos das relações concubinárias**. Research, Society and Development, v. 10, n. 8, e58110817636, 2021.

BARCELLOS, Karoline Malheiros de. **O reconhecimento da união estável em relações paralelas e seus efeitos patrimoniais**. 2019. 46 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Sarandi, RS, 2019.

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 2002**. Código Civil Brasileiro. 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: 10 nov. 2022.

BUSCARIOLO, K. G. **Os diversos tipos de família no Brasil**. In: ETIC - Encontro de Iniciação Científica, 2019.

CANTO, V. **Reconhecimento de relação extrajudicial**. In: GHELMAN, Débora. Reconhecimento de relação extraconjugual como união estável é ato coerente. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/debora-ghelman-relacao-extraconjugual-uniao-estavel>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13<sup>a</sup> ed. e-book. Juspodivm, 2020.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9ª edição, revista, ampliada e atualizada, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) Amante - na Teoria e na Prática**. 2018. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direitos-dao-amante---na-teoria-e-na-pratica/2387>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

GHELMAN, Débora. **Reconhecimento de relação extraconjugal como união estável é ato coerente**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/debora-ghelman-relacao-extraconjugal-uniao-estavel>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **Tudo que você sempre quis saber sobre a união estável**. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255268,11049Tudo+que+voce+sempre+quis+saber+sobre+a+uniao+estavel>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

MEDEIROS JÚNIOR, Wilson Neves de. **A união estável e sua fundamentação legal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49427&seo=1>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável: do concubinato ao casamento**. 6.ed. São Paulo: Método, 2017.

PRADO, Luiz Carlos. **As múltiplas faces da infidelidade conjugal**. 1º ed. Editora: Sinopsys, 2019.

SANTOS, Lara Cintia de Oliveira. **A Constitucionalidade do Conceito de Família e a Adoção de Criança por Pares Homoafetivos**. Monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília –DF, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.