

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1120

(Ano XIV)

(05/11/2022)

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 1120



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1120, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 652 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 equivocada tentativa de comparação da lei sanção com o crime de maus tratos**

*Adel El Tasse, 09.*

### ARTIGOS

#### **Prova além da dúvida razoável, o standard probatório necessário para a sentença penal condenatória**

*Marcos Antonio Freitas de Souza Júnior, 12.*

#### **Responsabilidade civil do fornecedor em caso de vício do produto ou serviço**

*Felipe Santos Coelho, 39.*

#### **Nulidades: previsão legal e arguição como instrumento de regulação constitucional do processo penal**

*Mônica Regina Teixeira, 61.*

#### **A mídia como o quarto poder e sua influência no Tribunal do Júri**

*Maria Eduarda Moreira Barros, 83.*

#### **O direito à privacidade na era digital e a exposição de dados na internet**

*Karolyne Santos Costa, 99.*

#### **Análise das novas modalidades contratuais: impactos do contrato de trabalho intermitente como gerador de risco social ao trabalhador**

*Karlene Brandão de Sousa, 114.*

#### **Condutas delituosas popularmente denominadas como “novo cangaço” (neo-cangaço), com ênfase no Projeto de Lei nº 5365/20**

*Rayra Danielle De Sousa Lima, 132.*

#### **Guarda compartilhada: o papel dos tribunais e as decisões proferidas durante a pandemia da covid-19 (sars-cov-2)**

*Karly Isabeli de Carvalho Santos, 152.*

#### **Uma análise acerca da medida protetiva em casos de violência doméstica contra a mulher**

*Ralyne Costa Brito, 172.*

#### **A evolução da proteção jurídica relacionada à violência contra mulher: reflexos jurídicos e sociais da inclusão da violência psicológica como tipo penal.**

*Hellen Cristina Silva Leitao, 194.*

**Aplicabilidade da Lei Maria da Penha para mulheres transexuais**

*Maria Rosario Silva Andrade e Vivian Monteiro Magalhães, 241.*

**A educação ambiental como instrumento para o uso devido das praias de água doce**

*Wandecool de Sousa Silva, 236.*

**Abandono afetivo paterno: Análise Jurídica Sobre o Abandono Paterno no Brasil**

*Rafaela Pereira Barros, 255.*

**Improbidade Administrativa: uma análise dos elementos subjetivos e do instituto da prescrição de acordo com a nova redação da Lei 8.429**

*Alexandre Rodrigues Silva, 274.*

**A mediação e a guarda compartilhada como meio inibitório da alienação parental**

*André Costa de Brito, 289.*

**O direito de punir do estado e os direitos humanos**

*Mônica Regina Teixeira, 302.*

**Impactos da descriminalização de pequenos furtos para a sociedade**

*Daniel Menezes Vilaça e Leandra Pantoja Cordovil, 327.*

**Uberização nas relações de trabalho: conceitos e impactos no mercado de trabalho**

*Ashelley Alves Carvalho, 340.*

**Aposentadoria especial: o enquadramento de tempo especial por categoria profissional até 28 de abril de 1995 no âmbito do Regime Geral de Previdência Social**

*Jair França Marqueto Neto e Beraldo, 363.*

**Princípios da Licitação**

*Lindenbergh Silva de Oliveira Filho, 379.*

**A morosidade judiciária e a eficácia do princípio da celeridade processual: a (in)eficácia dos acordos judiciais**

*Thaís Resplande Martins, 390.*

**O Menino da Porteira: a figura do Estatuto da Criança e do Adolescente no combate ao trabalho infantil**

*Adriano França Lopes e Samuel Caldas Carvalho de Lima, 401.*

**Direito à educação dos povos indígenas da Aldeia Faveira na cidade de Amarante do Maranhão**

*Wemensson da Silva Almeida, 414.*

**Direitos humanos: a violação dos direitos das mulheres no sistema carcerário**

*Tânia de Brito Ferreira, 427.*

**Abandono afetivo da pessoa idosa vulnerável e a responsabilidade civil dos agentes**

*Janaína dos Santos Portilho, 435.*

**Os direitos dos empregados domésticos após a Lei complementar 150/2015 e a reforma trabalhista**

*Lucas Cutrim Buna de Oliveira, 453.*

**Messianismo Político: A idolatria de um aglomerado populacional à um supremo chefe popular**

*Patrick Jordan Feitoza Barros, 468.*

**A fundamentação como resposta a negativa de comprovação de obrigações de fazer e não fazer em saúde e segurança do trabalho**

*Aldemar Lopes de Sousa, 497.*

**Tutelas provisórias de urgência: mecanismos eficazes para obtenção de prestação jurisdicional satisfatória durante o processo**

*Wilara Cristina Cardoso de Sousa, 508.*

**A representatividade das mulheres na Câmara Municipal de Dom Eliseu/PA: reflexões e aplicabilidade de acordo com o artigo 10, §3º da Lei 9504/97**

*Islayne Cristina dos Reis Paraíso, 527.*

**Crime de embriaguez ao volante: uma análise dos elementos de prova**

*Victor Freitas Souza, 546.*

**Responsabilidade civil frente à prática do estelionato sentimental**

*Welitania Dantas Carvalho Ribeiro, 568.*

**Evolução da sanção e princípios do direito administrativo sancionador**

*Tassiane de Fatima Moraes, 585.*

**Judicialização do direito social à educação: Efetividade na perspectiva da jurisprudência do STF**

*Leon Souza Reis, 612.*

**Tutelas provisórias na arbitragem e cooperação do poder judiciário**

*Lucas Andrade Krejci, 631.*

## A EQUIVOCADA TENTATIVA DE COMPARAÇÃO DA LEI SANÇÃO COM O CRIME DE MAUS TRATOS

**ADEL EL TASSE:** Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais.

Desde a edição da Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020 (Lei Sanção) surgiu debate em torno da validade da regra que promove alteração na pena de maus tratos contra cães e gatos, tendo em conta o princípio da proporcionalidade em matéria penal.

A modificação promovida pela Lei Sanção foi incidente na lei de crimes ambientais, especificamente, no *caput* do artigo 32, o qual passou a estabelecer a pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda, quando a ação de maus tratos for dirigida contra cães e gatos.

Um dos debates importantes, em conta do princípio da proporcionalidade penal, estabelece comparativo do crime de maus tratos contra cães e gatos com o crime de maus tratos disciplinado pelo artigo 136 do Código Penal, em especial na modalidade do crime praticado contra menores de 14 (catorze) anos.

As hipóteses, porém, não comportam análise comparativa linear, em especial para verificação do atendimento ao princípio da proporcionalidade penal, isso porque, afóra a semelhança do *nomen iures*, a conduta do artigo 136 do Código Penal, pelas suas características especializadoras, não guarda relação com a conduta tipificada no artigo 32 da lei de crimes ambientais.

Melhor explicando, ao definir os maus tratos contra animais, a legislação optou por uma descrição ampla da conduta, considerando todas as modalidades de atos agressivos possíveis, tanto que não há qualquer aumento de pena, tendo em consideração a gravidade da lesão produzida, a qual pode ser até mesmo a mutilação. O único aumento de pena é fixado no §2º do artigo 32, quando houver a morte do animal.

Assim, correto afirma que salvo a derradeira hipótese da morte, todas as formas de violência e agressão contra animais estão inseridas em um único dispositivo.

Por outro lado, o artigo 136 do Código Penal trata de modalidade especial de ação delitiva, pois, necessariamente o conteúdo subjetivo deve ser canalizado para educação,



ensino, tratamento ou custódia da vítima, em outras palavras, se o método agressivo é utilizado para gerar sofrimento ou para satisfação outro sentimento do agente, por exemplo, já não há enquadramento na hipótese dos maus tratos; o mesmo podendo se dizer quando o objetivo for um experimento científico, didático, ou ainda, dominar a pessoa ou exercer autoridade sobre ela, situações todas estas que, em relação aos animais, estão tipificada em um único dispositivo legal.

Acresce verificar que a caracterização dos maus tratos do artigo 136 do Código Penal demanda conduta inserida em uma das seguintes hipóteses: a) privação de alimentação; b) privação dos cuidados indispensáveis; c) sujeição a trabalhos excessivos; d) sujeição a trabalhos inadequados; e) abuso dos meios de correção ou disciplina.

O somatório da especificidade da conduta a ser adotada com a finalidade especial distanciam o delito descrito no artigo 136 do Código Penal dos maus tratos a animais, no qual qualquer ação agressiva, praticada por qualquer modalidade de conduta e independente da finalidade pode ser enquadrada.

Assim sendo, apesar da similitude do *nomen iures* dos delitos, em verdade, os crimes em análise não permitem análise comparativa linear, sob a ótica do princípio da proporcionalidade penal, por dizerem respeito a diferentes modalidades de conduta, quando conta o ordenamento jurídico com condutas mais assemelhadas entre si, como a do artigo 32 da lei 9605/1998 (maus tratos a animais) e a do artigo 1º, inciso II, da lei 9455/1997 (tortura).

Igualmente, a modalidade de maus tratos praticadas contra menor de 14 (catorze) anos deve ser lida com ressalvas no aspecto comparativo do princípio da proporcionalidade penal, pois, a Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014 (lei da palmada) estabelece especial nível de proteção, permissivo da intervenção estatal sobre os responsáveis pela criança ou adolescente, a partir de qualquer tratamento agressivo que a criança venha a sofrer.

Assim sendo, a promoção de análise sistemática da estrutura legislativa, deixa bastante evidente que a comparação linear entre o delito de maus tratos a animais e o de maus tratos, do Código Penal, inclusive contra menores é absolutamente falha, pois o âmbito da violência tipificado no artigo 32, §2º, da Lei de Crimes Ambientais é muito mais expressivo que os limites específicos do artigo 136 do Código Penal, com distintas possibilidades interventivas previstas pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, a “lei da palmada”, a qual traz clara mensagem da importância da integridade dos menores no sistema jurídico brasileiro.

Nessa toada, a pretensa comparação linear entre os delitos de maus tratos a cães e gatos e o de maus tratos à pessoas, inclusive menores é claramente miope, pois, deixa à



margem toda estrutura sistemática, igualmente, ignorado as especificidades da conduta descrita no artigo 136 do Código Penal, bem como, os níveis extremos de violência que os maus tratos contra animais podem assumir.

Eventuais ajustes, tendo em conta a conduta concretamente praticada e o grau de ofensa perpetrada, no crime de maus tratos contra cães e gatos, serão aquilatados pelo juiz no caso concreto, quando realizar o processo de individualização judicial de pena, tornando, ainda, mais evidente o acerto legislativo, ao definir os limites punitivos possíveis, na medida em que, os mais variados níveis de agressão e os mais diversos dados motivacionais do agente estão inseridos em um único tipo penal.

Nessa toada, não há dúvidas que afirmadas ofensas ao princípio da proporcionalidade pela Lei Sanção, desde a comparação de seus termos com o crime de maus tratos do artigo 136 do Código Penal são precipitadas e insustentáveis, não subsistindo à análise sistemática do tratamento jurídico dado ao bem jurídico ofendido em uma ou outra hipótese.

## **PROVA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL, O STANDARD PROBATÓRIO NECESSÁRIO PARA A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

**MARCOS ANTONIO FREITAS DE SOUZA JÚNIOR:**

Graduado em direito pela Afya UniRedentor Itaperuna/RJ - advogado

FERNANDA ROSA ACHA

(orientadora)

**RESUMO:** Os standards probatórios representam o grau mínimo de suficiência probatória para que se considere um fato provado. A doutrina enumera inúmeros standards probatórios, cada um deles, com uma aplicabilidade e contribuição específica. O presente trabalho científico tem por objetivo demonstrar a necessidade de incorporação desse instituto jurídico no processo penal brasileiro, bem como, sustentar o standard “prova além da dúvida razoável” como o adequado para prolação de uma sentença penal condenatória no ordenamento jurídico pátrio. Busca-se também demonstrar a compatibilidade do referido standard probatório com a ordem constitucional vigente no Brasil, apresentando-o como um mecanismo à serviço do sistema processual penal acusatório e do princípio da presunção de inocência, além disso, estudando suas possíveis contribuições como uma ferramenta para evitar sentenças condenatórias pautadas na íntima convicção do julgador. Para atingir os objetivos pretendidos, este trabalho utiliza-se da metodologia de pesquisa qualitativa consistente em análise de conteúdo, em que a coleta de dados é feita através de revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** prova penal; sentença condenatória; standard probatório; prova além da dúvida razoável.

**ABSTRACT:** Evidence standards represent the minimum degree of evidentiary sufficiency for a proven fact to be considered. The doctrine enumerates innumerable evidential standards, each one of them with a specific applicability and contribution. The present scientific work aims to demonstrate the need to incorporate this legal institute in the Brazilian criminal procedure, as well as uphold the standard “evidence beyond reasonable doubt” as adequate for the delivery of a criminal sentence in the Brazilian legal system. It also seeks to demonstrate the compatibility of the aforementioned evidential standard with the constitutional order in force in Brazil, presenting it as a mechanism at the service of the accusatory criminal procedural system and the principle of presumption of innocence, in addition, studying its possible contributions as a tool to avoid convictions based on the judge's intimate conviction. To achieve the intended objectives, this work uses a qualitative research methodology consisting of content analysis, in which data collection is carried out through a literature review.

**Keywords:** criminal evidence; condemnatory sentence; evidential standard; proof beyond reasonable doubt.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS. 2.1 Sistema Inquisitório. 2.2 Sistema Acusatório. 2.3 Sistema Misto E O Modelo Adotado Pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3 PROVA PENAL. 3.1 A VERDADE NO PROCESSO PENAL. 3.1.1 A Verdade Real Ou Verdade Absoluta. 3.1.2 A Verdade Processual. 3.2 Sistema de Valoração de Prova. 3.2.1 Sistema Da Íntima Convicção Do Magistrado. 3.2.2 Sistema Da Prova Tarifada. 3.2.3 Sistema Do Livre Convencimento Motivado. 3.3 Princiologia Da Prova: Presunção De Inocência E In Dubio Pro Reo. 4 DOS STANDARDS PROBATÓRIOS. 4.1 Adoção De Determinado Standard Probatório Em Detrimento De Outro E A Distribuição Do Erro Judiciário. 4.2 Standard Probatório e Sistemas de Valoração de Provas. 4.3 Provas Além da Dúvida Razoável. 4.3.1 Aplicabilidade Do Standard Probatório Além Da Dúvida Razoável No Processo Penal Brasileiro. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

O processo penal é um mecanismo estatal cujo epicentro é a determinação dos fatos. Ora, todo processo criminal tem por objetivo promover uma reconstrução histórica de fatos passados e partir daí, avaliar quais serão as consequências jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Nesse ambiente, surge a importância da prova penal como instrumento que auxiliará os sujeitos do processo a se aproximarem dos fatos históricos (LOPES JR, 2020).

Embora o Código de Processo Penal Brasileiro traga um título inteiro destinado às provas penais, a credibilidade das provas produzidas em âmbito penal não é assegurada por tais normas. Procedimentos e métodos definidos abstratamente pelo legislador não são suficientes para assegurar uma prova de qualidade, tampouco, garantem uma reconstrução eficiente dos fatos passados.

Nesse sentido Gustavo Badaró afirma que a doutrina nacional, no que se refere a prova penal, em regra, se dedica apenas ao estudo das regras pré-estabelecidas em lei e abandonam os métodos probatórios e seus princípios (2018).

Uma instrução probatória insatisfatória é causa direta de condenações equivocadas, lastreadas no vago sentimento do magistrado e não nas evidências concretas produzidas em juízo. Os critérios de valoração da prova adotados, como o livre convencimento motivado, são dotados de exacerbada subjetividade, conferindo uma margem ainda maior para decisões arbitrárias.

Justamente para evitar sentenças e outras decisões judiciais arbitrárias e inquisitivas, a prova penal necessita urgentemente passar por uma filtragem epistêmica, isto é, deve se

submeter ao crivo de instrumentos e critérios para aferição do seu valor na definição dos fatos levados à juízo. Não só isso, é mister, refletir acerca dos procedimentos de produção, valoração e utilização das provas na decisão judicial à luz de princípios constitucionais como a presunção de inocência (MATIDA; MASCARENHAS; HERDY, 2020).

No momento final da instrução, quando todas as provas já foram produzidas e valoradas no processo e o juiz precisa definir se houve a confirmação da hipótese acusatória e a consequente condenação do réu, surge a importância dos *standards probatórios*, estes nada mais são do que “padrões que apontam uma demarcação, um mínimo probatório que deve ser superado para que se considere um fato como provado” (VASCONCELLOS, 2020, p. 6).

A partir da análise destes *standards probatórios* o magistrado pode definir quais fatos estão efetivamente provados e se, de fato, houve a confirmação da hipótese narrada na denúncia e a partir disso condenar ou absolver o réu.

Exatamente este é o ponto central do presente trabalho, refletir sobre os *standards probatórios* existentes, mais especificamente, sobre o standard “prova além da dúvida razoável” e sua aplicabilidade no processo penal brasileiro, como mecanismo de controle da Sentença penal condenatória, contribuindo para um processo penal mais justo e em conformidade com os mandamentos constitucionais.

Em suma, busca-se uma reflexão sobre a seguinte pergunta: Qual é o grau mínimo de suficiência probatória para autorizar a prolação de uma Sentença Penal Condenatória?

Antes de refletir sobre a pergunta supramencionada e debater especificamente o tema central do presente trabalho, faz-se necessário o estudo de conceitos chaves para um completo entendimento do tema.

## **2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Para um estudo adequado do tema *standards probatórios*, faz-se necessário a compreensão de conceitos base, sendo assim, o presente trabalho irá desenvolver temas chave para que o assunto central seja trabalhado com a complexidade que merece.

Nesse sentido, é essencial a análise dos sistemas processuais existentes e do modelo adotado no Ordenamento Jurídico Brasileiro. O doutrinador Paulo Rangel (2020, p. 40), conceitua sistema processual penal como: “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”

A partir disso, percebe-se que os sistemas processuais são reflexos de momentos históricos e, por isso, dependendo da época e do modelo estatal vigente, os princípios e

regras que direcionam a aplicação do direito penal variam. Em que pese a existência de variações nos modelos adotados, é possível perceber padrões e estabelecer os principais sistemas processuais existentes, à saber: acusatório e inquisitivo (LOPES JR, 2021).

Antes de iniciar o estudo dos sistemas processuais em espécie, é importante definir o método analítico adotado no presente trabalho, que busca analisá-los a partir da posição do juiz dentro do processo penal. A posição ocupada pelo magistrado e a sua forma de atuação é determinante para o equilíbrio ou desequilíbrio da relação jurídico processual, por isso, também é capaz de definir o sistema processual vigente (LOPES JR, 2021).

Além disso, a figura do magistrado ocupa uma posição central no tema standards probatórios, motivo pelo qual essa figura será o foco das análises desenvolvidas no presente trabalho.

## **2.1 Sistema Inquisitório**

Embora o sistema inquisitório tenha se desenhado desde a ascensão do império romano, foi com a inquisição promovida pela Igreja Católica a partir do século XI que as suas bases ganham contornos claros. Seu surgimento se dá quando a sociedade da época percebe que deixar a persecução penal a cargo de particulares não era um modelo eficiente no combate às práticas criminosas, em função disso, essa atividade deveria ser assumida pelo Estado (LOPES JR. 2021). Esse modelo processual é marcado pela concentração de funções na figura do magistrado, que reúne em sua pessoa os papéis de acusador, defensor e julgador, fato que invariavelmente compromete a sua imparcialidade. (LIMA, 2020)

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 42) define algumas características do sistema inquisitivo que se revelam como reflexos dos superpoderes atribuídos ao juiz inquisidor:

No sistema inquisitivo, não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Na mesma linha, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse.

O juiz-inquisidor atuava como parte do processo e dirigia um processo sigiloso e sem compromisso com o contraditório. Além disso, as prisões cautelares eram entendidas

como a regra e o sistema de valoração de provas adotado era o da prova tarifada, onde a confissão era a “rainha das provas”. A atuação autoritária e arbitrária do magistrado tinha como fim usar o processo penal para alcançar a verdade real, uma verdade única, absoluta e divina sobre os fatos ocorridos. Em nome dessa verdade utópica, até a tortura era legitimada para determinação dos fatos através de uma confissão (LOPES JR, 2021).

O sistema inquisitório puro, atualmente, não passa de um modelo histórico, contudo, nos ordenamentos jurídicos atuais é possível a observação de suas características principais. Por exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro, na fase pré-processual, possui o inquérito policial que é um procedimento inquisitório. Durante essa etapa, as investigações são conduzidas em sigilo, o procedimento pode ser instaurado de ofício, o contraditório e a ampla defesa são garantidos de forma extremamente limitada, com características que o aproximam do modelo inquisitivo (AVENA, 2020).

## 2.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório é o extremo oposto do modelo inquisitivo, na medida que sua marca indelével é a desconcentração de funções. O juiz apenas julga, é imparcial e está equidistante das partes. A acusação cumpre o papel de acusar e, por sua vez, a defesa, de defender. O magistrado não participa da persecução penal e só se manifesta mediante provocação dos sujeitos do processo (RANGEL, 2020).

Tem origem no direito Grego e foi sedimentado após a revolução francesa no século XVII (LOPES JR, 2021). É próprio de regimes democráticos e recebe essa denominação em virtude do seguinte fato: o indivíduo só pode ser levado a juízo e processado pela suposta prática de um delito, se antes houver uma acusação formal narrando o fato imputado com todas as suas características (AVENA, 2020).

O modelo processual penal acusatório tem na sua essência a garantia de um julgador imparcial e, por isso a iniciativa probatória deve incumbir exclusivamente às partes, não cabendo iniciativa de ofício do juiz, pois, em decorrência da separação de funções, este não mais investiga (LOPES JR, 2021).

Nesse sentido Aury Lopes Jr (2020, p. 47):

É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador. [...] Em última análise, é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a



imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

Além da dissociação completa dos atos das partes e do juiz, o procedimento deve ser público e comprometido com a garantia do contraditório e ampla defesa, com possibilidade de revisão das decisões proferidas por órgão diverso daquele que as proferiu (LOPES JR, 2021).

### **2.3 Sistema Misto e o Modelo Adotado Pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro**

A doutrina penal ainda define um terceiro sistema processual existente, à saber: sistema processual penal misto, referindo-se a um sistema bifásico, em que a fase pré-processual seria considerada inquisitória, ao passo que a fase processual seria regida pelo sistema acusatório. Contudo, o conceito de sistema misto enfrenta problemas, na medida que não existem na atualidade, sistemas processuais puros (LOPES JR, 2021).

Todos os sistemas processuais penais da atualidade condensam características dos modelos puros históricos. Se todos os sistemas processuais são mistos, não se pode tratar o sistema misto como um sistema processual autônomo. Os sistemas podem ser classificados como acusatório ou inquisitivo a depender das suas características predominantes (LOPES JR, 2021).

No Brasil, a CR/88, em seu artigo 129, I, adotou o sistema acusatório quando entregou a função de promover a ação penal para o Ministério Público. Contudo, em que pese a disposição constitucional antes da Reforma promovida pelo pacote anticrime – Lei nº 13.964/19 – o processo penal brasileiro era neoinquisitivo pois sua inquisitorialidade não se limitava somente a fase preparatória, mas também se manifestava de forma clara na fase processual. Era permitida atuação do juiz na fase investigatória, decretando de ofício medidas cautelares e na fase processual permitia que este produzisse provas e decretasse cautelares de ofício (LOPES JR, 2021).

Após a reforma promovida pelo pacote anticrime o sistema processual penal brasileiro torna-se predominantemente acusatório, sobretudo com a criação do artigo 3º-A do CPP, *in verbis*: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação". Sendo assim, dispositivos como o artigo 156, I do CPP estão tacitamente revogados, na medida que as modificações visaram deixar a iniciativa probatória completamente na mão das partes. (LOPES JR, 2021)



Portanto, após a supracitada reforma, parte da doutrina se posiciona no sentido de que o sistema processual brasileiro assume a forma de um sistema predominantemente acusatório, posição esta adotada por Aury Lopes Júnior. (2021) e Eugênio Pacelli (2021), dentre outros.

### **3 PROVA PENAL**

O processo penal é um instrumento cujo objeto principal é a reconstrução de um fato histórico, qual seja: o crime. Na condição de algo que já aconteceu, passado, o crime é um fato histórico e determinar a sua ocorrência, ou não, é, justamente, o que se busca no curso de uma ação penal. (LOPES JR, 2020)

As provas se apresentam no processo como fragmentos do fato histórico (LOPES JR, 2020) e aproximam o julgador dos fatos passados. Após uma análise das provas, o magistrado irá confrontá-las com a hipótese acusatória e verificar se as alegações são verdadeiras ou não.

Nesse sentido, Fernando Capez (2021, p. 143) conceitua prova da seguinte maneira:

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Diante disso, percebe-se que a prova penal possui uma dupla função: reconstruir um fato histórico e formar o convencimento do julgador. Passemos a um estudo separado das funções.

No ambiente da prova como instrumento de reconstrução de fatos passados, inicialmente, merece registro o fato de que essa reconstrução é sempre aproximativa. O crime é algo que já aconteceu, é fato que está no passado e, em regra, fatos passados são irrepetíveis. Nunca será possível definir exatamente o que ocorreu. Busca-se, através da prova, aproximar-se ao máximo dos fatos (LIMA, 2020).

Já a prova como formadora do convencimento do magistrado exerce a função doutrinariamente chamada de "persuasiva", pois através dela as partes objetivam convencer (persuadir) o juiz de que a sua narrativa é a correta (NUCCI, 2021).

A análise das funções da prova ganha uma grande complexidade quando se reflete sobre a essência do material probatório, no sentido de que as provas permitem que o

juiz verifique as narrativas apresentadas no processo e defina se a narrativa acusatória é verdadeira ou não. Sendo assim, ganham corpo discussões filosóficas e jurídicas acerca de qual verdade se busca e qual o seu lugar no processo penal.

### **3.1 A Verdade No Processo Penal**

A dinâmica do processo penal acusatório determina que o magistrado deve ser imparcial, para isso deve ser um juiz ignorante, isto é, no início do processo ele deve desconhecer os fatos que serão apurados em juízo e somente através das provas ele irá obter esse conhecimento (LOPES JR; ROSA, 2016).

Contudo, é importante destacar que existem limites estabelecidos em lei para esse ritual de conhecimento do magistrado, neste ambiente, o exemplo clássico é o do artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro que determina que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo. Sendo assim, o conhecimento do juiz encontra um limite, qual seja: não poderá ser formado a partir de provas contrárias a lei.

De fato, deve-se existir um rigor e controle sobre a produção e admissão de provas no processo, limitando-se assim o conhecimento do magistrado. Contudo, além disso, deve haver uma preocupação sobre como o conhecimento obtido pelo juiz será valorado (LOPES JR, 2020).

A epistemologia é o ramo da filosofia que estuda a teoria do conhecimento (LOPES JR, 2020), mas esse campo ainda é pouco explorado pela legislação e doutrina brasileira, fato pontuado pelo doutrinador Gustavo Badaró (2018, p. 74):

No campo do direito, a doutrina nacional, salvo pouquíssimas exceções, tem analisado a teoria da prova exclusivamente sob o enfoque das normas. Estudam-se as regras sobre a prova, mas os métodos probatórios e os princípios que independem do direito são ignorados. Esse pouco interesse pela epistemologia pode ser explicado, em parte, por uma equivocada concepção de que a valoração da prova seria algo quase que intuitivo, que, por meio das habilidades comumente desenvolvidas por todos nós, acabamos naturalmente sabendo como fazê-lo.

Como o magistrado, a partir do lastro probatório existente dentro do processo, irá definir quais fatos foram verdadeiros, ou não, e confrontar os fatos com a narrativa apresentada pela acusação? O que pode ser considerado verdade? qual a verdade buscada no processo penal?

De antemão, dois modelos devem ser abandonados, à saber: busca pela verdade real e abandono da verdade.

### 3.1.1 A Verdade Real Ou Verdade Absoluta

Como já estudado anteriormente, a busca processual pela verdade real é típica de modelos processuais penais inquisitórios e abre margem para legitimação de absurdos, desde os maiores, como tortura, até os menores, como iniciativa de produção probatória do magistrado. (LOPES JR, 2021)

Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema (LOPES JR, 2021, p. 73).

O crime é um fato histórico e irrepetível, e, a partir da observação de meros fragmentos do fato já ocorrido (provas) é impossível determinar com absoluta completude e precisão aquilo que já ocorreu. No máximo, será possível determinar uma hipótese que provavelmente se aproxima daquilo que aconteceu.

Nesse sentido reforça Aury Lopes Júnior:

Os fatos passados não são passíveis de experiência direta, senão verificados a partir de suas consequências, de seus efeitos. Trata-se de interpretar os signos do passado, deixados no presente. O presente é experimentável. O passado tem de ser provado. Nessa atividade, o juiz assemelha-se ao historiador, de modo que, após um raciocínio indutivo, chegará a uma conclusão que tem o valor de hipótese provável (probabilidade). Portanto, quem fala em verdade real confunde o “real” com o “imaginário”, pois o crime é sempre um fato passado, logo, é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real (2020, p. 389).

A verdade real, absoluta, é utópica e inalcançável. Portanto, esta nunca deve legitimar o processo penal e sua busca deve ser prontamente rechaçada.

Se a busca de uma verdade absoluta e inalcançável prejudica o processo penal, do mesmo modo, um processo penal completamente descompromissado com a verdade também pode gerar impactos significativamente negativos, abrindo margem para

arbitrariedades. (FERRAJOLI, 2002) por isso é essencial a incorporação do conceito de verdade processual no processo penal. Perfeito.

### 3.1.2 A Verdade Processual

O conceito de verdade processual representa a união da verdade fática com a verdade jurídica. Segundo Ferrajoli (2002), toda narrativa processual pode ser decomposta de modo a extrair-se dela uma proposição fática e outra proposição jurídica, a primeira, diz respeito a aquilo que ocorreu no plano material, ao passo que, a segunda diz respeito a classificação dos fatos dentro de cada ordenamento jurídico.

Diante disso, dentro de um processo judicial só se pode atribuir a determinada narrativa o predicado “verdadeiro” se todos os elementos probatórios produzidos forem capazes de demonstrar a probabilidade de que ela corresponda com os fatos que ocorreram (FERRAJOLI, 2002).

A verdade processual pode ser ilustrada com exemplos: A sentença “A deu um soco em B”, pode ser decomposta em duas proposições, à saber: A deu um soco em B (proposição fática) e O soco de A em B é definido no ordenamento jurídico brasileiro como crime de lesão corporal (proposição jurídica). A verdade processual é a reunião das duas proposições e será atingida quando houverem no processo elementos de prova suficientes em favor das referidas proposições (FERRAJOLI, 2002).<sup>1</sup>

Nesse sentido, percebe-se que a sentença penal não necessariamente irá apresentar os fatos exatamente como eles ocorreram, mas sim, apresentará o resultado do convencimento do magistrado, uma verdade aproximativa. A incorporação desse conceito é importante, justamente, pelo fato de representar uma verdade construída a partir da observação das normas de cada ordenamento jurídico, no caso brasileiro, uma verdade que respeita os limites das garantias constitucionais (LOPES JR, 2020).

A adoção da verdade processual não representa um descompromisso com aquilo que realmente ocorreu, trata-se apenas de uma mudança no papel da verdade que não será mais um conceito que legitima a ação penal, mas sim, elemento acidental do processo que eventualmente se revelará com o respeito aos princípios que norteiam o processo penal acusatório (LOPES JR, 2020).

## 3.2 Sistema De Valoração De Prova

---

<sup>1</sup> Os exemplos apresentados foram inspirados nos exemplos dados por Ferrajoli em seu livro e adaptados para o contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Os sistemas de valoração de provas tratam-se de um tema que busca estabelecer regras para o julgamento final no processo penal, criando métodos para apreciação das provas produzidas no processo com uma clara preocupação de viabilizar o controle da decisão judicial (PACELLI, 2021).

O tema tem pertinência temática com o momento processual em que as provas já foram produzidas no processo e o magistrado precisa analisar o peso de cada uma delas e definir se foi, ou não, possível concluir pela condenação do réu.

Existem três sistemas consagrados e apontados pela doutrina: sistema da íntima convicção do magistrado, sistema da prova tarifada e sistema do livre convencimento motivado. É importante, para o presente trabalho, tecer breves considerações acerca de cada um dos sistemas supracitados.

### 3.2.1 Sistema Da Íntima Convicção Do Magistrado

Trata-se de um modelo de apreciação das provas, típico de sistemas inquisitivos, em que magistrado é completamente livre para analisar as provas e atribuir a elas o peso que quiser de acordo com a sua visão sobre o caso concreto analisado. Aqui, a liberdade conferida ao juiz é tão grande que este pode se utilizar de provas que não estão nos autos para dar a sua decisão e não possui nenhum compromisso com a fundamentação do seu convencimento (LIMA, 2020).

Em suma, o magistrado pode decidir de acordo com a sua vontade, seja ela contra a prova dos autos, a favor da prova dos autos ou até mesmo com base em provas que sequer estão nos autos. Este modelo é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em uma hipótese específica, qual seja: no tribunal do júri. Nos moldes do artigo 5º, XXXVIII da CR/88 garante aos jurados o princípio do sigilo das votações. Por conta deste princípio os jurados não possuem obrigação de fundamentar suas decisões para evitar que seu voto seja identificado (LIMA, 2020).

### 3.2.2 Sistema Da Prova Tarifada

Também representa um modelo típico de sistemas processuais penais inquisitivos, em que o legislador define de forma prévia e abstrata o valor de cada um dos meios de prova. No sistema da prova tarifada nasce a expressão “a confissão é a rainha das provas”, visto que determinado legislador estabeleceu de forma prévia e abstrata que nenhuma outra prova teria mais peso do que a confissão.

Atualmente existem resquícios em nosso ordenamento jurídico deste modelo de apreciação das provas. E exemplo clássico é a obrigatoriedade de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígio, regra estabelecida pelo art. 158 do CPP (LIMA, 2020).

A prova tarifada é um sistema criticado pois amarra o magistrado a um tabelamento legal das provas, não permitindo que este faça a sua valoração considerando as peculiaridades do caso concreto, ocasionando assim injustiças (LOPES JR., 2020).

### 3.2.3 Sistema Do Livre Convencimento Motivado

Este sistema é a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, consagrado no artigo 155 do CPP que estabelece:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Segundo o doutrinador Norberto Avena (2020), esse sistema é marcado por duas características: o juiz não está limitado aos meios de prova previstos expressamente na lei, sendo assim, o magistrado para fundamentar sua decisão pode valer-se de meios de prova inominados ou atípicos, desde que moralmente legítimos. Além disso, destaca-se a ausência de hierarquia entre os meios de prova, sendo assim, todas as provas que estão no processo possuem abstratamente o mesmo valor e o magistrado irá atribuir a elas valor maior ou menor naquele caso concreto, desde que fundamente a sua decisão.

Neste ambiente importante destacar que a liberdade do magistrado para valorar as provas encontra limites, dentre eles estão: a prova produzida nos autos do processo e o tempo do processo não podendo o magistrado atropelar atos processuais e suprimir o contraditório para dar a sua decisão (LOPES JR, 2020).

Neste ambiente, vale registrar a crítica trazida por Gustavo Badaró (2018, p. 62):

Superado o sistema da chamada prova legal, em que a atividade de valoração do julgador era preestabelecida por critérios prefixados pelo legislador, o livre convencimento apenas eliminou as amarras do julgador, desligando-o de qualquer valoração pré-constituída. Constitui uma inegável garantia epistemológica não estar o juiz obrigado a seguir esquemas de valoração taxada, tendo que dar por provados enunciados fáticos que considere insuficientemente provados. Superado o sistema da chamada prova legal, em que a atividade de valoração do julgador era preestabelecida por critérios prefixados pelo legislador, o livre convencimento apenas eliminou as amarras do julgador, desligando-o de qualquer valoração pré-



constituída. Constitui uma inegável garantia epistemológica não estar o juiz obrigado a seguir esquemas de valoração taxada, tendo que dar por provados enunciados fáticos que considere insuficientemente provados.

Portanto, embora o rompimento com o sistema de provas tarifadas tenha representado um avanço no campo probatório, com o abandono de um sistema típico de modelos inquisitivos, verifica-se que a falta de fixação de critérios objetivos para valoração das provas e verificação da hipótese acusatória carrega o “livre convencimento motivado” de exacerbada subjetividade, algo que, no fim, pode representar um modelo neoinquisitivo.

Começa a surgir a importância do tema standards probatórios, justamente, para evitar esse fenômeno. Doravante retomaremos esse estudo.

### **3.3 Princiologia Da Prova: Presunção De Inocência e *In Dubio Pro Reo***

O art. 5º, LVII da CR/88 estabelece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse dispositivo constitucional, segundo a doutrina penal, sedimenta o princípio da presunção de inocência e a partir dele é possível desenvolver inúmeras reflexões.

Inicialmente, vale destacar que o princípio da presunção de inocência tem um marco temporal para sua aplicação: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Afinal, após o trânsito em julgado o dispositivo constitucional supracitado autoriza considerar alguém culpado (LOPES JR, 2020). Definido o âmbito de aplicação do princípio, faz-se necessário estudá-lo em toda sua completude.

O doutrinador Eugênio Pacelli (2021) afirma que o princípio supramencionado representa a imposição de duas regras que devem ser observadas pelo poder público no âmbito de toda a persecução penal, à saber: uma regra de prova e uma regra de tratamento.

com relação à regra de tratamento, significa que o Estado tem o dever de dispensar ao réu/investigado o tratamento de pessoa inocente, não sendo lícito, impor a ele restrições com fundamento na mera possibilidade de condenação (PACELLI, 2021). Em suma, o poder público não pode adotar comportamentos para com o réu/investigado como se este já fosse um condenado. A excepcionalidade das prisões cautelares, vedação de execução provisória da pena e proibição de prisões automáticas representam claros desdobramentos dessa regra (LIMA, 2020).

Com relação à regra de prova, seria o ônus de provar a autoria e materialidade do fato criminoso apurado recai integralmente sobre a acusação (PACELLI, 2021). Existe a favor



do réu uma presunção relativa da sua inocência, devendo a acusação por meio de provas lícitas superá-la (LOPES JR, 2020).

Neste ambiente, surge uma discussão doutrinária acerca da prova de excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Eugênio Pacelli (2021), por exemplo, entende que é papel da defesa dentro do processo penal provar as excludentes que alegar, entendimento extraído da primeira parte do artigo 156 do CPP que define: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer...". Sendo assim, se a defesa alega a excludente de ilicitude ou de culpabilidade, deve prová-la.

Já o doutrinador Aury Lopes Júnior (2020) sustenta que não incumbe ao réu provar absolutamente nada. O princípio da presunção de inocência dá ao acusar o ônus integral de provar a autoria e materialidade de um delito, isso inclui, provar a não ocorrência de circunstância de justificação do crime ou excludente de culpabilidade. O artigo 156 do CPP deve ser lido à luz da presunção de inocência, a primeira acusação no processo penal é sempre da acusação, sendo inerente a sua prova, demonstrar a não ocorrência de excludentes.

Superada a discussão acerca da regra de prova, importante salientar que o doutrinador Aury Lopes Júnior (2020) apresenta ainda, uma terceira regra inerente ao princípio da presunção de inocência, qual seja: regra de julgamento.

Sobre a regra de julgamento incidiria logo após a produção probatória do processo, mais especificamente, no momento de o juiz dar a sua decisão. Se após a produção probatória restar alguma dúvida acerca da autoria e materialidade do crime, deve o magistrado absolver o acusado, tratando-se de uma manifestação do princípio do *in dubio pro reo* (LOPES JR, 2020). Ora, o réu é presumidamente inocente e, se mesmo após a produção probatória ainda restar dúvida sobre os fatos apurados, não conseguindo a acusação superar o seu ônus de prova, a absolvição é imperiosa, na medida que a referida presunção não foi afastada.

A regra de julgamento está intimamente ligada com o tema principal deste trabalho, visto que diz respeito ao grau de suficiência probatória que deve ser atingido dentro de um processo para que o juiz possa condenar o réu, isto é, *standard probatório* (LOPES JR, 2020). Embora os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* estabeleçam que diante de uma dúvida acerca da autoria e materialidade do crime o réu deve ser absolvido, nem os próprios princípios, tampouco a lei, estabelecem o que é necessário para a superação desse estado de dúvida (VASCONCELLOS, 2020). O livre convencimento motivado, se demonstra vago e carregado de subjetividade.

Verifica-se a existência de uma lacuna nesse campo, não existindo critérios objetivos bem estabelecidos em nossa legislação que permitam o magistrado avaliar se o lastro probatório do processo é capaz de afastar as dúvidas sobre a hipótese acusatória (VASCONCELLOS, 2020). Não há a definição de quando uma narrativa pode ser considerada como provada, ou seja, verdadeira (BADARÓ, 2018).

Justamente para preencher essa lacuna surge o instituto dos standards probatórios.

#### **4 DOS STANDARDS PROBATÓRIOS**

Inicialmente, faz-se necessário conceituar os standards probatórios que, segundo o doutrinador Gustavo Badaró (2018, p. 70), são:

Critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado. Ou seja, os critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve.

Aury Lopes Júnior, caminha no mesmo sentido, contudo, conceitua os standards de prova sobre outra ótica:

Podemos definir como os critérios para aferir a suficiência probatória, o “quanto” de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão (2020, p. 395).

Enquanto Badaró define standards probatórios como critérios para confirmação de um enunciado fático, Aury dá um passo à frente e os define como critérios para aferir a suficiência de prova para prolação de uma decisão. No fim, os conceitos são complementares e igualmente corretos. Ora, primeiro o juiz terá de se valer dos standards probatórios para definir a veracidade de determinada hipótese e dependendo da confirmação ou não dessa narrativa irá proferir uma decisão judicial.

A doutrina aponta a existência de inúmeros standards probatórios, cada um com um grau distinto de exigência de provas e adequado para um momento processual diferente. Dentro do padrão norte-americano de standards, os principais são: preponderância de provas, prova clara e convincente e prova além da dúvida razoável (BADARÓ, 2018)<sup>2</sup>.

Cada decisão dentro do processo demanda um standard probatório distinto, funcionando como algo inerente ao próprio desenvolvimento regular do processo. Por

---

<sup>2</sup> Padrões de standards probatórios apresentados em escalada, do menos exigente até o mais rigoroso.

exemplo, o grau de suficiência probatória exigido para autorizar um magistrado proferir uma decisão de pronúncia deve ser menor do que o exigido para uma sentença condenatória.

A decisão de pronúncia, no rito do júri, demanda a prova da materialidade de um crime doloso contra a vida e a existência de indícios suficientes que demonstrem autoria e participação no delito (NUCCI, 2021), entendimento extraído do artigo 413 do CPP, *in verbis*:

o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Nessa hipótese, o acusado será levado a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Portanto, verifica-se que basta uma preponderância de provas em favor da hipótese acusatória para que a pronúncia ocorra e o réu seja levado a júri. Nesse momento processual, não é exigido que o lastro probatório do processo seja capaz de aproximar o magistrado de uma certeza sobre os fatos, não é condizente que a pronúncia exija que a prova dos autos esteja além de toda dúvida razoável, critério adotado em condenações penais em juízo comum (MENDES, 2019).

Para simplificar o conceito, a professora Janaína Matida e o professor Alexandre Moraes da Rosa (2020), fazem uma analogia entre os standards probatórios e a competição esportiva de salto com vara. Neste esporte, o competidor deve valer-se de uma vara para pular se projetando mais alto do que um obstáculo conhecido como sarrafo. A competição se desenvolve por meio de vários saltos, sendo que no primeiro, o sarrafo se encontra numa altura relativamente baixa e à medida que o competidor consegue o superar, a altura do obstáculo aumenta.

Analogicamente, a acusação (saltador) através das provas (vara) deve superar os standards probatórios (sarrafo) para levar o réu a condenação, sob pena de suportar uma decisão absolutória. No início do processo, o lastro probatório exigido é mínimo e tal qual o sarrafo aumenta na medida que a competição se desenvolve, o lastro probatório exigido para o desenvolvimento do processo penal aumenta com o seu curso até que chegue ao mais exigente no momento da sentença. Além disso, existem regras para a competição, assim como o saltador tem o dever de respeitar as linhas e marcações para competir, a acusação deve ao buscar provar sua narrativa respeitar o devido processo legal e valer-se de provas obtidas dentro dos limites da legalidade (MATIDA; ROSA, 2020)

Por fim, vale registrar um recorte para o presente trabalho, que pretende analisar apenas o standard probatório que deve ser adotado para a sentença penal condenatória,

sendo assim, não nos debruçaremos minuciosamente sobre todos os padrões de standards existentes, as considerações sobre as espécies apresentadas acima são epidérmicas e apenas utilizadas para facilitar a compreensão do conceito do instituto trabalhado.

#### **4.1 Adoção De Determinado Standard Probatório Em Detrimento De Outro E A Distribuição Do Erro Judiciário**

Como mencionado anteriormente, existem várias espécies de standards probatórios, com graus de exigências distintos e adotados em momentos processuais diferentes, mas o que justifica a adoção de um standard ou outro?

Trata-se de uma questão de política legislativa de distribuição de erros judiciários (LOPES JR, 2020). Por exemplo, exigir um standard probatório extremamente rigoroso para a condenação de um réu em processo penal é uma forma de gerir o erro judiciário, na medida que, nessa situação, caso erros aconteçam, muito provavelmente serão para absolver culpados e não para condenar inocentes (BADARÓ, 2018).

No Brasil, o constituinte originário consagrou no texto constitucional a presunção de inocência, passando uma mensagem clara: prefere-se proteger o direito fundamental à liberdade do acusado do que o interesse coletivo de repressão penal. Uma opção legislativa protetora do ser humano, pois o maior interesse com o processo penal é que todos os inocentes sejam absolvidos, ainda que para isso, alguns culpados equivocadamente não paguem por seus crimes (LOPES JR., 2017).

A garantia e proteção de direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana são valores fontes da república brasileira. A partir disso é possível concluir que a adoção de um standard probatório exigente para a sentença penal condenatória é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio e está em harmonia com a CR/88. Sendo assim, a partir de agora debateremos o conceito e aplicabilidade do standard “prova além da dúvida razoável” no processo penal brasileiro.

#### **4.2 Standard Probatório E Sistemas De Valoração De Provas**

Ainda no campo das considerações gerais acerca do instituto “standard probatório”, é mister esclarecer que os standards de prova não substituem os sistemas de valoração probatória, muito pelo contrário, ambos representam institutos necessários e interdependentes (PEIXOTO,2021).

Como já estudado, o sistema de valoração de provas adotado pelo processo penal brasileiro é o livre convencimento motivado, através dele todas as provas produzidas no processo têm, abstratamente, igual valor e o magistrado poderá dentro dos limites legais atribuir maior ou menor peso a cada uma das provas, devendo expor os seus fundamentos na decisão judicial.

Portanto, o livre convencimento motivado permite que o magistrado avalie as provas produzidas, isto é, verifique se todas foram produzidas dentro dos critérios legalmente fixados e se as provas corroboram ou não com a hipótese acusatória, além disso, defina o quanto cada uma das provas se alinha ou não com a versão acusatória (PEIXOTO, 2021).

Apesar de o livre convencimento motivado ser capaz de apontar a relevância de cada uma das provas e quais delas dão suporte empírico a narrativa da acusação, não é capaz de definir se as provas que foram produzidas são suficientes para condenar o réu. Conclui-se que valoração da prova é pressuposto para aplicação dos standards probatórios (PEIXOTO, 2021).

Exemplificando: ao fim da instrução probatória de um processo penal, foram produzidas apenas duas provas testemunhais. O livre convencimento motivado será capaz de permitir o magistrado valorar os depoimentos das testemunhas e atribuir maior peso a uma ou outra, mas não será capaz de dizer se apenas com base nessas provas testemunhais, o réu poderá ser condenado. Não se sabe, apenas pelo livre convencimento motivado, se as provas atingem o grau de suficiência exigido para a condenação. Surge então a necessidade de aplicação dos standards probatórios.

Nesse sentido, vale trazer à baila a explicação dos professores Antonio Vieira e Janaína Matida (2019, p. 227) sobre a formulação de standards probatórios:

Trata-se de uma estratégia que busca compatibilizar a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais. Se atualmente se entende que é importante garantir ao julgador liberdade no que tange à valoração probatória, isso não implica anuência ao subjetivismo. Dizer que a valoração deve ser livre expressa a preocupação em nos distanciarmos das amarras normativas então características das provas tarifadas, mas não significa concordância acrítica aos caprichos e opiniões íntimas dos juízes.

Portanto, os standards probatórios, ao lado dos sistemas de valoração de prova, apresentam-se como mecanismos que permitem um maior controle racional das decisões judiciais.

### **4.3 Provas Além Da Dúvida Razoável**

O standard de prova além da dúvida razoável tem origem no direito estadunidense (MATIDA; VIEIRA, 2019). Para entender o seu conceito faz-se necessário tecer breves esclarecimentos sobre o funcionamento do processo penal norte-americano.

Uma de suas principais características é o processamento de todas as ações penais perante um tribunal do júri. Neste modelo, o magistrado exerce apenas uma função de presidir o processo, dirigir os debates, interrogatórios e sessões em seu curso, ocupando a posição de guardião dos direitos consagrados na constituição dos Estados Unidos (RANGEL, 2018).

A sentença condenatória ou absolutória é proferida a partir da deliberação dos jurados que são cidadãos americanos, em regra leigos, que preenchem os requisitos legais para exercício da função.

Nesse contexto, como um mecanismo de facilitar o entendimento de jurados leigos sobre quando emitir um juízo condenatório, surge o standard de prova além da dúvida razoável (VASCONCELLOS, 2020). A decisão no júri americano deve ser unânime, sendo fruto de um intenso debate entre os jurados designados para o processo (RANGEL, 2018) e, justamente, para conferir aos jurados condições para debaterem sobre o juízo condenatório que os tribunais estadunidenses criaram o referido standard probatório.

Na concepção norte-americana, o standard probatório além de toda dúvida razoável é fruto de precedentes judiciais e embora se tenha uma ideia geral sobre seu conceito, não há uma única definição exata. Em linhas gerais, os fatos imputados ao réu só estariam provados quando não houvesse sobre a hipótese acusatória nenhuma dúvida razoável (VASCONCELLOS, 2020).

Contudo, o conceito de dúvida razoável é extremamente subjetivo e por isso foi melhor elaborado pelos tribunais americanos:

É o estado do caso que, após ter sido comparadas e consideradas todas as provas, deixa a mente do jurado sem condições de dizer que há uma condenação obrigatória, em uma certeza moral, da verdade da acusação. [...] Para tanto, não é suficiente estabelecer uma probabilidade, ainda que forte a partir da teoria das chances, de que o fato imputado é mais provavelmente verdadeiro do que falso; mas a prova deve estabelecer a verdade dos fatos com uma certeza moral e razoável (VASCONCELLOS, 2020, p. 10).

Portanto, não se trata de qualquer dúvida remota ou imaginária, mas sim, uma dúvida mais robusta, o tipo de dúvida que baseada na razão e no senso comum, faria uma



pessoa prudente hesitar (LAUDAN, 2006; MULRINE, 1997; PICINALI, 2010; citados por VASCONCELLOS, 2020).

Dentro da própria realidade americana a prova além da dúvida razoável enfrenta duras críticas, principalmente por conta da imprecisão do conceito. Por mais que os tribunais do país tentem definir o que seria uma dúvida razoável e quando as provas do processo seriam capazes de superá-la o conceito sempre esbarra em um subjetivismo exacerbado, sobretudo, num modelo processual onde os jurados decidem com base na íntima convicção. A falta de objetividade do conceito é exposta por Gustavo Badaró (2019) que, em seu livro, apresenta explicações dadas por cinco jurados americanos distintos sobre o que seria “prova além da dúvida razoável”. Todas as explicações caminharam em sentidos opostos e são incapazes de trocar o adjetivo “razoável” por outro que qualifique a “dúvida” de forma mais precisa.

Além disso, a prova além da dúvida razoável pode inconscientemente acarretar nos jurados uma inversão do ônus da prova. Os jurados passariam a prestar mais atenção na hipótese defensiva e se esta foi capaz de incutir dúvidas razoáveis sobre a hipótese acusatória, quando na verdade o foco deveria ser todo voltado para análise da hipótese acusatória e se esta foi capaz de afastar qualquer dúvida razoável, levantada pela defesa ou não (SOLAN, 1999 apud VASCONCELLOS, 2020).

Vale lembrar que o presente trabalho defende a aplicabilidade do standard probatório além da dúvida razoável no processo penal brasileiro e para isso não há que se falar em copiar um instituto jurídico estrangeiro e aplicá-lo no ordenamento jurídico pátrio sem considerar as peculiaridades do processo penal no Brasil. Portanto, são necessários alguns ajustes para não incorrerem no erro de incorporar ao nosso sistema processual penal, mais um instituto jurídico subjetivista e sem grandes contribuições práticas.

#### 4.3.1 Aplicabilidade Do Standard Probatório Além Da Dúvida Razoável No Processo Penal Brasileiro

Inicialmente, para que o standard probatório além da dúvida razoável traga contribuições ao processo penal brasileiro, faz-se necessária uma definição hermética do seu conceito. Afinal, não seria nenhuma vantagem importar um instituto jurídico estrangeiro subjetivo e repleto de críticas negativas em seu país de origem. Portanto, de plano, é necessário afastar os subjetivismos do conceito (VASCONCELLOS, 2020).

Como solução para tanto, apresenta-se a definição do instituto trazida por Vinicius Vasconcellos (2020, p. 9):



A “prova além da dúvida razoável” determina que, para ser considerada provada, a hipótese precisa ter uma probabilidade bastante elevada de ocorrência e, além disso, as demais hipóteses alternativas não podem ser aceitáveis.

Para tornar o conceito mais didático e objetivo, o mesmo doutrinador continua a sua elaboração, apresentando um método a ser seguido pelo magistrado para determinar se houve ou não a superação do standard além da dúvida razoável.

O primeiro passo seria definir se a acusação conseguiu demonstrar através de provas produzidas dentro dos limites legais e confirmadas pelo contraditório a sua hipótese, isto é, demonstrar que os fatos narrados na denúncia/queixa diante do lastro probatório estão consistentemente demonstrados (VASCONCELLOS, 2020).

O segundo passo seria uma verificação de “falseabilidade da hipótese incriminatória” (SCHIAVO, 2013 apud VASCONCELLOS, 2020). Aqui o magistrado deve a partir do lastro probatório existente no processo, verificar se existem outras hipóteses, justificadas pelas provas produzidas, alternativas a hipótese acusatória onde o réu reste absolvido. Caso exista essa hipótese absolutória alternativa fundamentada nas provas do processo, o réu deve ser absolvido pois o standard aqui tratado não foi superado. Registre-se que esse procedimento se compatibiliza perfeitamente com o princípio constitucional da presunção de inocência, já trabalhado anteriormente.

A partir disso, conclui-se que dúvida razoável seria a “hipótese alternativa à tese incriminatória, que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo” (VASCONCELLOS, 2020, p. 18).

O processo de falseabilidade da narrativa acusatória só é admitido na estrutura do processo penal acusatório, pois adota-se um conceito de verdade processual. A busca cega pela verdade real não dá margem para que se admita que a partir do lastro probatório do processo, mais de uma hipótese pode ser considerada provada. Por isso, para evitar abusos inquisitivos, a verdade no processo penal não deve ser fundante, mas sim, contingente (LOPES JR, 2020).

Para facilitar a compreensão, passemos a uma situação hipotética. Imagine-se um processo onde o réu foi preso em flagrante delito, portando 20 gramas de maconha e cem reais, tendo sido denunciado pelo crime de tráfico de drogas (Art. 33 da Lei 11.343/06). A hipótese acusatória apresentada na denúncia imputou ao réu, o crime de tráfico, visto que o dinheiro vivo apreendido com o acusado foi fruto da venda de mais drogas que estavam com ele na ocasião.

Em seu interrogatório, o réu afirmou que não tinha como objetivo traficar, a droga que portava era destinada ao seu uso pessoal e o dinheiro em espécie que carregava era para fazer compras em um mercado da região.

No fim da instrução criminal, além do depoimento do réu, as provas produzidas foram o laudo pericial confirmando a natureza da droga e o depoimento dos policiais que efetuaram a prisão. Nesse momento o juiz irá verificar que embora a hipótese acusatória seja justificável a partir do lastro probatório no processo, esta não resiste ao procedimento de falseabilidade, visto que a hipótese alternativa apresentada pelo réu também está justificada.

No exemplo acima a acusação não conseguiu superar o “sarrafo” exigido pelo standard probatório além da dúvida razoável, deixando no fim do processo uma dúvida racional sobre sua versão. Diante da dúvida, a absolvição é imperiosa pelo princípio da presunção de inocência.

Portanto, a incorporação do standard de prova além da dúvida razoável no processo penal brasileiro pode contribuir para dar ao magistrado um método racional para proferir uma decisão condenatória, respeitando o princípio da presunção de inocência. Idealmente, a incorporação desse conceito no Brasil deveria ser feita a partir de uma mobilização do congresso para modificar o Código de Processo penal vigente, afastando de vez o risco de subjetivismos exacerbados no conceito.

É importante destacar que a estrutura processual penal brasileira é significativamente diferente da estrutura anglo-saxã. Na realidade brasileira, não há riscos quanto uma inversão inconsciente do ônus da prova, visto que o julgamento dos processos, em regra, não será feito por jurados, mas sim por um magistrado que possui conhecimento jurídico e tem o dever constitucional de fundamentar sua decisão, nos moldes do artigo 93, IX da CR/88 (NARDELLI, 2018 apud VASCONCELLOS, 2020).

Como já estudado anteriormente, o ônus da prova recai todo sobre a acusação e o magistrado em sua decisão deve fundamentar se os acusadores conseguiram ou não superar esse ônus probatório, atingindo o standard de prova além da dúvida razoável.

Portanto, o standard probatório além da dúvida razoável é perfeitamente compatível com o processo penal brasileiro, na medida que está em harmonia com o sistema acusatório e com o princípio da presunção de inocência, além disso, quando conjugado com o dever constitucional de fundamentação das decisões, elimina as críticas direcionadas a sua aplicabilidade no contexto americano.

Vale ainda, trazer à baila uma outra crítica, esta legítima, a incorporação do standard probatório aqui tratado no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja: o uso meramente retórico da expressão “além da dúvida razoável” em decisões judiciais, usando o instituto como mero artifício de justificação de decisões que na essência baseiam-se na íntima convicção do julgador (MATIDA; VIEIRA, 2019).

Em artigo publicado na revista brasileira de ciências criminais, os professores Antônio Vieira e Janaína Matida (2019) fazem uma crítica a adoção do standard probatório além de toda dúvida razoável no processo penal brasileiro, justamente, por conta de sua indeterminação. Para fundamentar sua crítica os autores analisam decisões judiciais brasileiras muito semelhantes que se valem do referido instituto jurídico e tem conclusões em direções opostas.

A crítica é legítima, jamais seria razoável defender a incorporação de um instituto jurídico meramente decorativo no ordenamento jurídico pátrio. Justamente para contornar esse tipo de problema, o presente trabalho sugere uma proposta de objetivação do conceito do standard de prova “além da dúvida razoável”, inclusive, por meio de lei, reduzindo assim, a margem para decisões que usam dos standards probatórios como um artifício retórico para justificação da íntima convicção do julgador.

## **5 CONCLUSÃO**

A doutrina brasileira, no campo da prova penal, se dedica predominantemente ao estudo das normas pré-estabelecidas pelo legislador e dá pouco enfoque aos métodos probatórios (BADARÓ, 2018).

Porém, como exposto anteriormente, verifica-se que as regras previamente definidas são insuficientes para regular todo o campo probatório e garantir decisões fundadas puramente em critérios objetivos e em consonância com o lastro probatório do processo.

A garantia de ampla eficácia aos princípios constitucionais deve constituir o núcleo fundante do processo penal acusatório consagrado na carta magna, portanto, é essencial o estudo e criação de novos institutos jurídicos que garantam a estrutura acusatória do processo e resguardem os direitos do réu frente ao Estado-juiz.

Nesse contexto, a incorporação de critérios para verificar se o grau de suficiência probatória para condenação foi atingido dentro de um processo é essencial, justamente, por se tratar de mais um mecanismo jurídico capaz de permitir que as partes do processo e a sociedade como um todo controlem as decisões judiciais. Trata-se de uma ferramenta para evitar decisões arbitrárias no processo penal, afastando os riscos de decisões pautadas na íntima convicção do julgador.

Uma sentença condenatória proferida no bojo de um processo penal, em regra, representa em alguma medida, a restrição do direito fundamental à liberdade do réu, embora não seja possível apontar uma hierarquia entre direitos fundamentais, a liberdade é um dos direitos mais caros aos seres humanos. Como estudado anteriormente, a CR/88 ao consagrar o princípio da presunção de inocência passa uma mensagem clara: na ponderação de interesses, o direito individual à liberdade supera o direito coletivo à repressão penal (LOPES JR., 2017).

Diante disso, o standard probatório “prova além da dúvida razoável” se mostra como um critério exigente para condenação penal, perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio. Exigir como pressuposto da condenação um lastro probatório robusto que seja capaz de superar todas as dúvidas razoáveis que possam surgir sobre a hipótese acusatória é resguardar o princípio da presunção de inocência.

Portanto, a tese defendida por este trabalho está em harmonia com o texto constitucional e, como já exposto, se compatibiliza com o método de valoração de prova adotado pelo CPP (livre convencimento motivado) e reforça os mecanismos de controle das decisões judiciais.

Vale registrar mais uma vez, que não se busca, pura e simplesmente, incorporar no ordenamento jurídico pátrio um instituto jurídico estrangeiro. A incorporação deve ser feita da maneira correta, corrigindo os erros e rebatendo as críticas direcionadas ao instituto.

Por isso, deve considerar que grande parte dos problemas do standard de prova aqui defendido desaparecem no sistema jurídico brasileiro, por conta da lógica processual penal brasileira e do dever de fundamentação das decisões judiciais consagrado no artigo 93, IX da CR/88. Sustento também a necessidade de mobilização do congresso nacional para edição de projeto de lei que incorpore expressamente o standard de prova além da dúvida razoável expressamente em nossa legislação e elimine grande parte das imprecisões e indeterminações conceituais do instituto.

Por fim, com o objetivo maior de reduzir arbitrariedades e condenações injustas no processo penal, faz-se necessária a adoção do standard probatório “prova além da dúvida razoável” para a sentença penal condenatória. O processo penal é um termômetro da própria democracia (LOPES JR., 2017) e sua evolução mirando um ideal mais garantista e protetivo passa por discussões que vão além das normas probatórias positivadas, mas que alcançam os métodos de produção e valoração das provas.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>>. Acesso em: 07 Maio 2021.

BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>>. Acesso em: 09 maio 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 6.368**, de 1976. BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm)>. Acesso em: 08 maio 2021.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2021.

CAPEZ, F. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595895/>>. Acesso em: 2021 ago. 11.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689**. Código de Processo Penal. De 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 23 set. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1952 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1232 p.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. [São Paulo]: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593020/>>. Acesso em: 07 Maio 2021.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares** - DIG. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218263/>>. Acesso em: 30 set. 2021.

LOPES JR, Aury; DA ROSA M., Alexandre. **Quando o juiz já sabia**: a importância da originalidade cognitiva no Processo Penal. In: Revista Consultor Jurídico, 29 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal.>> Acesso em 23/09/2021.

MATIDA, Janaina; DA ROSA M., Alexandre. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. In: Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/li-probatorios-partir-salto-vara>>. Acesso em: 9 set. 2021.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel; NARDELLI, Marcela Mascarenhas. **No processo penal, a verdade dos fatos é garantia**. In: Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-19/limite-penal-processo-penal-verdade-fatos-garantia>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

MATIDA, Janaina; Vieira, Antonio. **Para além do BARD**: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 156. Ano 27. P. 221-248. São Paulo: Ed. RT, jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri**. In: Revista Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio>>. Acesso em 29 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>>. Acesso em: 2021 ago. 16.



PEIXOTO, Ravi. OS STANDARDS PROBATÓRIOS E A BUSCA DE MAIOR OBJETIVIDADE NA DECISÃO SOBRE OS FATOS. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 586-618, ago. 2021. Quadrimestral.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023725/>>. Acesso em: 07 May 2021.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri - Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica**, 6ª edição. [São Paulo]: Grupo GEN, 2018. 9788597016598. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016598/>. Acesso em: 19 out. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal**: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322020000200203&script=sci\\_arttext#B11](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322020000200203&script=sci_arttext#B11)>. Acesso em: 01/05/2021.



## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR EM CASO DE VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO**

**FELIPE SANTOS COELHO:**

Acadêmico do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

PEDRO SILVA MENDES<sup>3</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo compreender a responsabilidade civil do fornecedor em caso de vício do produto ou serviço. A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigações de reparar). O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico e econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Lembra-se que tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal decorrem a priori da prática de um ato ilícito, ou seja, de uma violação da ordem jurídica, gerando desequilíbrio social, ressalvando-se com exceção, por rigor técnico, a possibilidade de a responsabilidade civil decorrer, também, de uma imposição legal, seja em atividades lícitas, seja em função do risco da atividade exercida. No que diz respeito à metodologia, destaca-se o uso da pesquisa bibliográfica por meio de livros e artigos de autores renomados e especialistas na temática abordada.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Vício. Produto. Serviço.

**ABSTRACT:** This study aims to understand the liability of drivers in the case of automobile collision. The legal notion of responsibility presupposes the harmful activity of someone acting a priori illicitly violates an existing legal norm (legal or contractual) is subordinating thus the consequences of his act (obligations to repair). The desire to force the agent causing the damage, the repair it is inspired by the most elementary sense of justice. The damage caused by the wrongful act breaks the legal and economic balance existing

---

<sup>3</sup> Advogado; Docente da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

previously between the agent and the victim. Remember that both the civil liability for criminal liability arising in advance of the commission of an unlawful act, or a violation of law, creating social imbalance if excepting, except for technical accuracy, the possibility of the liability course also a legal obligation, either in lawful activities, whether due to the risk of the activity performed. With regard to the methodology, there is the use of bibliographic research through books and articles of renowned authors and experts in the theme.

**Keywords:** Liability. Conductors. Collision.

## 1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que a responsabilidade civil é um dos temas mais complexos e ao mesmo tempo problemáticos na atualidade jurídica, sua grande expansão trouxe para o Direito moderno seus reflexos nas atividades humanas.

Nos últimos tempos vêm surgindo grandes problemas envolvendo a responsabilidade civil, pois cada dano sofrido pelo homem, relativamente a sua pessoa ou ao seu patrimônio, ocasionando certo desequilíbrio. Para que sejam sanadas tais lesões, o direito não poderá aceitar que ofensas ou prejuízos fiquem sem reparação.

Em suma, por se tratar de um tema que traz certa complexidade, no qual deverão ser compreendidos vários aspectos que adentram sobre a responsabilidade civil, a população em si, sofre muito com essa questão, pois muitos não conhecem os seus direitos, a quem reclamar, o que gera várias dúvidas e questionamentos para compreender de quem é a responsabilidade.

Vale ressaltar, não obstante a responsabilidade do fornecedor por vício do produto, o legislador consumerista previu no art. 49 do CDC o direito de arrependimento, ao ampliar a defesa do consumidor, dando-lhe oportunidade de desistir da aquisição do produto, quando tiver sua expectativa frustrada, ou mesmo estando satisfeito com o produto, queira desistir da compra, sem ter que apresentar alguma justificativa sobre a desistência.

E tanto as pessoas, como a própria sociedade, se perguntam: a quem recai a responsabilidade pelo dano sofrido? Diante dessa problemática, pretende-se estudar e respondê-la, tendo como base a revisão bibliográfica, fundamentando em análise dos conteúdos que descrevem o fenômeno em questão. Contudo vale lembrar que foi feita pesquisa exploratórios nos mais diversos livros, artigos, periódicos dentre outros documentos bibliográficos. Assim, considera-se pertinente este trabalho que tem como

objetivo geral compreender a responsabilidade civil do fornecedor em caso de vício do produto ou serviço.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL**

O tema responsabilidade constitui como um dos assuntos mais problemáticos na atualidade brasileira, desde a sua evolução no direito moderno, tal definição traz a ideia da presença de culpa, quando se configura a existência do ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, que é a responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva). Diante de vários conceitos sobre o tema da responsabilidade civil, segundo o doutrinador Stolze e Pamplona Filho (2016, p. 51).

A responsabilidade Civil, trazendo este conceito para o âmbito de Direito Privado, poderíamos dizer que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando assim o infrator ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor *in natura* (o estado anterior das coisas).

Nesse sentido o estudo da responsabilidade civil não está ligado somente ao campo privado, pois a responsabilidade surge de um fato que venha de alguma maneira ferir um interesse particular, sendo aquele bem reparado ou uma compensação pecuniária caso não possa repor *in natura*. E nesse mesmo pensamento para Diniz (2011, p.51):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obrigue uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O tema responsabilidade constitui como um dos assuntos mais problemáticos na atualidade brasileira, desde a sua evolução no direito moderno, tal definição traz a ideia da presença de culpa, quando se configura a existência do ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, que é a responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).

### **2.1 Breve noção histórica da responsabilidade civil**

A responsabilidade e sua história remontam à origem da civilização, período em que o instituto refletia a ideia de punição privada, explicada pelo ditado popular que acompanha gerações "fazer justiça pelas próprias mãos". Período este, que o uso da força

era exclusivo ao particular que sofria ofensa, diante do dano, reagindo por impulso, de forma brutal. Nesse período, o Estado não intervinha, e a noção de culpa não existia.

Como admite Gonçalves (2005, p.04) não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, "[...] forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal [...]".

A pena de Talião já prevalecia, onde o ofensor pagava pelo dano muitas vezes com o próprio corpo, já que vigorava nesse contexto a máxima: "olho por olho, dente por dente".

Deixando para trás a pena mais rigorosa, adquiriu espaço a produção voluntária. Nessa fase, a vítima escolheria a substituição da vingança através do recebimento, pelo autor do dano, de quantia em dinheiro.

O Estado, naquela época, passava a estabelecer sua presença, colocando a vingança privada e exigindo que a recompensa fosse obrigatoriamente econômica, passando a impor o acordo através de tarifas, prevista na Lei das XII Tábuas, "que fixava, para cada caso concreto, o valor da pena a ser paga pelo ofensor".

A responsabilidade civil nasceu de um dever daquele que venha ferir, de alguma maneira, o patrimônio de alguém, tornando-se daí a repercussão do dano privado, surgindo do resultado de uma liberdade de agir e pensar do homem que, uma vez dotado de discernimento, deverá responder por seus atos danosos.

Da mesma forma, a discussão sobre o elemento culpa passou por profundo desenvolvimento, que se confunde com a própria evolução das teorias da responsabilidade civil. Para a cultura ocidental, toda reflexão, acaba encontrando sua origem no Direito Romano.

Com a responsabilidade civil, essa verdade não é diferente. De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção de vingança privada, forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal conta o mal sofrido (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2016, p.52).

É nessa visão do delito que parte o Direito Romano, que toma tal manifestação natural e espontânea como premissa para, regulando-a, intervir na sociedade para permiti-

la ou excluí-la quando sem justificativa. Trata-se da Pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas.

Ressalte-se, que o Direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois sua elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romanistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais.

Há, porém, ainda na própria lei mencionada, perspectiva da evolução do instituto ao conceber a possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião. Assim, ao invés de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério, uma importância em dinheiro ou outros bens (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2016).

Ainda com o mesmo fundamento normativo, observa Lima (1999, p.20):

Este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é uma questão entre particulares.

A Lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. A *actio de reputeis sarciendi*, que alguns afirmam que consagrava um princípio de generalização da responsabilidade civil, é considerada, hoje, como não contendo tal preceito (LIMA, 1999).

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome à nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanhos; e o segundo, o dano causado por um credor

acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a evolução da responsabilidade civil (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2016).

Para melhor compreender a responsabilidade, pode-se afirmar que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer; ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria (DANTAS, 2016).

No momento em que a responsabilidade como o seu principal objetivo é proteger o lícito, da mesma forma em que o homem vier a ferir uma norma jurídica ele está contrariando, uma vez que o Direito tem como finalidade reparar essa tal conduta.

Para atingir essa meta, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, com negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa, Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar a ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere* (CAVALIERI FILHO, 2015, p.76).

Alguns desses deveres atingem a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos; outros, nos direitos relativos, atingem a pessoa ou pessoas determinadas.

Entende-se, assim, ser dever jurídico, tudo aquilo que está determinado na Lei, ou seja, se exige uma conduta, e a violação desta conduta que lhe imposta, uma vez que parte de uma norma geral que no qual infringindo essas normas lhe importam criar certas obrigações.

### **3 CONCEITUANDO FORNECEDOR**

O conceito de fornecedor se relaciona a todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (SANTOS, 2004).

A palavra atividade do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor diz respeito ao significado de que todo produto ou serviço prestado deverá ser efetivado de forma tradicional, vale dizer, de forma profissional ou comercial.



É importante centrar a atenção no conceito de atividade, porque, de um lado, ele designará se num dos polos da relação jurídica está o fornecedor, com o que se poderá definir se há ou não relação de consumo. A pessoa será considerada fornecedora se exercer determinada atividade, como, por exemplo, aquelas descritas exemplificativamente no caput do art. 3º, de forma habitual, ou seja, com profissionalidade.

Isso deixa claro que para ser considerado fornecedor é necessário que a pessoa física ou jurídica exerça uma das atividades citadas em seguida, o que exclui da configuração de fornecedor pelo CDC, por exemplo, a venda esporádica que pode ocorrer entre duas pessoas físicas, como a venda de um celular, um carro, um eletrodoméstico, etc.

Vale ressaltar que o fornecedor pode ser: fornecedor de produtos e os prestadores de serviço, porém para compreender melhor ambos é necessário compreender o que os difere, ou seja, o objeto da relação de consumo.

Assim, fornecedor, em termos gerais, é toda pessoa natural ou jurídica que, de forma habitual, oferece produtos ou serviços mediante remuneração, observando que é dispensável que o fornecedor seja uma pessoa jurídica (empresa, indústria, etc.). O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor reconhece ainda como fornecedores os entes despersonalizados, como, por exemplo, o camelô, ambulante, a massa falida.

Portanto fornecedor é toda pessoa a quem, na relação de consumo, se dedica a atividade de prover o mercado uma necessidade do consumidor, sendo responsável pelo fornecimento do produto ou pela prestação do serviço ao consumidor (destinatário final).

### **3.1 Inversão do ônus da prova**

É fato que com a evolução no consumo e movimentação de produtos e serviços, ocorram também o número de conflitos judiciais em virtude de uma relação de consumo, visto que o maior acesso à informação faz com que muitos cidadãos exijam seus direitos conforme previstos na Constituição Federal e mais especificamente no Código de Defesa do Consumidor.

A reclamação deve ser comprovada a partir de uma prova, assim destaca-se que o conceito de prova abriga princípios que o institui, conforme pondera Leal (2010, p. 205):

Quais sejam a indiciariedade, ideariedade e instrumentalidade. Assim, aquele trata da "existência de elemento sensível na realidade

objetiva”, enquanto a ideariedade diz respeito a apreensão, somatização e transmissão do elemento de prova pelo intelecto”, sendo o último a “materialização gráfico-formal desses elementos pelos meios intelectivos ou técnico-jurídicos permitidos.

Trata-se de um ônus que deve ser carregado pelas partes do processo e, não de direito de um, ou obrigação de outro. Com isso, como o processo é composto de fatos e direito, os fatos devem ser demonstrados para que se sustente o direito. Dessa forma, estabelece-se a regra geral de que à parte que alega a existência de determinado fato, para que dele derive a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Cabe-lhe, então, o ônus de produzir prova dos fatos afirmados em juízo.

As teorias processuais modernas relacionam o princípio da iniciativa das partes à atividade probatória. Assim, defendem a distribuição do ônus da prova de acordo com o interesse das partes na demonstração da verdade dos fatos alegados.

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação – ensina Carnelutti (1999) – é o interesse da própria afirmação. Cabe provar – escreve ele – a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (SANTOS, 2004).

O ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por este tidos como verdadeiro. (SANTOS, 2004, p. 357).

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor trata dos direitos básicos do sujeito da relação de consumo, o consumidor. E, dentre outras tutelas, aborda nos incisos VI, VII e VIII acerca da tutela jurídica processual, quais sejam:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990).

Para o presente estudo, importante se faz a análise do inciso VIII do artigo supracitado e, para entendê-lo necessário se faz a alusão ao princípio constitucional da isonomia com previsão no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República de 1988. Assim, para que esse princípio se torne efetivo deve-se conferir "tratamento desigual aos manifestamente desiguais, na exata medida de suas desigualdades".

Com o intuito de adotar uma igualdade entre os sujeitos da relação de consumo, ou seja, entre fornecedor e consumidor, é que se assumiu a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Dessa forma, foi reconhecida a condição de inferioridade do consumidor dentro da relação de consumo. Isso porque o fornecedor, normalmente, é quem possui as melhores condições para realizar provas ligadas diretamente à sua atividade.

Por isso, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova, defendendo o ônus subjetivo da prova, diferente do que é adotado pelo CPC. Ou melhor, o CDC aplica a denominada inversão do ônus da prova na tentativa de igualar as partes presentes em uma relação de consumo.

A norma prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, trata-se da inversão judicial do ônus da prova, vez que não ocorre de forma automática a partir da previsão legal e, sim, a critério do juiz que diante de uma das duas alternativas previstas no referido artigo proferirá decisão judicial pela aplicação da inversão do ônus da prova. São as alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. A ideia que justifica essa inversão é aquela da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, na qual atribui o ônus a quem possui melhor condição de produzir provas no caso concreto.

Dessa forma, no que diz respeito a regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, não é suficiente para que haja a inversão do ônus probatório apenas que a relação de consumo se comprove, pois a hipossuficiência não é condição para que seja considerado consumidor, trata-se, sim, de requisito para efeito de prova. Com isso, cabe ao juiz analisar o caso concreto e verificar se estão presentes os requisitos legais.

#### **4 DIREITO DO CONSUMIDOR**

Existe um grande leque de compreensões para a definição de “consumidor”, uma vez que, existem diferentes conceitos acerca deste. Segundo Filomeno (2003), o consumidor pode ser encarado sob vários pontos de vista: econômico, psicológico, sociológico e ainda sob algumas considerações de ordem literária e filosófica.

O direito do consumidor é um ramo recente, porém, suas raízes remontam os costumes de diversos povos da antiguidade como os babilônios no Código de Hamurabi em 2.300 a.C. Nesse diploma constavam regras regulamentadoras do exercício do comércio sob competência do palácio real. Como exemplo, cita-se a existência de obrigação legal da responsabilização do fornecedor, bem como normas disciplinando direitos e deveres dos profissionais liberais e autônomos, impondo-lhes desde sanções pecuniárias até castigos corporais e a pena de morte. Filomeno (2003, p. 24), exemplifica algumas condutas previstas no referido Código:

Assim, por exemplo, a Lei nº 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las à suas próprias expensas. Extremas, outrossim, eram as consequências de desabamentos com vítimas fatais: o empreiteiro da obra além de ser obrigado a reparar cabalmente os danos causados ao empreitador, sofria punição (morte), caso houvesse o mencionado desabamento vitimado o chefe da família. Caso morresse o filho do dono da obra, pena de morte para o respectivo parente do empreiteiro, assim por diante. Da mesma forma o cirurgião que operasse alguém com bisturi de bronze e lhe causasse a morte por imperícia: indenização cabal e pena capital. Consoante a Lei nº 235, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano.

Também na Índia, Grécia e Roma encontra-se um embrião do direito do consumidor. Na Índia, o Código de Manu previa pena de multa, ressarcimento de danos para aqueles que entregassem coisa distinta da acertada, adulterassem alimentos ou vendessem coisas iguais por preços distintos. Na Grécia havia regulamentação e fiscalização quanto à qualidade e medidas dos produtos comercializados e ainda leis que limitavam os juros de 1% (um por cento) ao mês e 12% (doze por cento) ao ano. Por fim, em Roma, o vendedor era responsável pelos vícios da coisa mesmo que ignorando os defeitos (NUNES, 2012).

Enquanto na Idade Média, na França, a adulteração de alimentos era punida com castigos físicos. Mais recentemente, tem-se na revolução americana de 1776 um marco para o direito do consumidor: a população insurgiu-se contra a metrópole, Inglaterra, em relação aos preços exorbitantes dos produtos manufaturados (NUNES, 2012).

Com a Segunda Guerra Mundial, o direito do consumidor teve um grande desenvolvimento, gerado pelo surgimento da mídia e os avanços tecnológicos, conforme explicita Souza (1996, p.54):

A guerra intensificou a produção industrial em massa, e contribuiu para as grandes invenções e o aprofundamento da produção em série. Todo o esforço da guerra resultou, inevitavelmente, em aumento substancial de produção no posterior tempo de paz. O know-how gerado para a guerra provocou, então um crescimento em vários segmentos industriais, gerando um arsenal de produtos supérfluos e diversificados, em um mercado antes restrito somente ao essencial. Com o advento da televisão, resultou da propaganda informativa o marketing (desenvolvido em forma de propaganda de guerra), com o objetivo de escoar a produção no mercado. Com isso, aumentaram os problemas relacionados à produção e ao consumo, em face de uma competitividade altamente sofisticada por causa das novas mídias e das próprias complexidades dos mercados surgidos no pós-guerra, e do advento do marketing científico. Passou-se então a praticar uma concorrência desleal, fortalecendo a tendência da formação dos cartéis, trustes e oligopólios, o que sem dúvida, colaborou, dentre outros motivos, para o agravamento dos problemas sociais e conflitivos urbanos em decorrência da concentração de renda.

Os Estados Unidos elaboraram sua primeira lei de proteção do consumidor em 1890, a Lei Sherman, que é a lei antitruste americana. Todavia, a proteção do consumidor teve seu maior crescimento por volta dos anos 1960, quando, através dos esforços do presidente americano John Fitzgerald Kennedy, aconteceu a concretização do Direito do Consumidor nos Estados Unidos, identificando-se os pontos mais importantes em torno da questão, tais quais: o consumidor tem o direito de ser informado sobre as condições e serviços; o direito a preços justos; que sua voz seja escutada; e, a clareza dos bens e serviços colocados à sua disposição (NUNES, 2012).

Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, na sua 29ª Sessão, em Genebra, reconheceu os princípios inerentes ao consumidor, intitulado-os de Direitos Fundamentais do Consumidor. A 106ª Sessão plenária da ONU editou, em 9 de abril de 1985, a Resolução n.º 39/248, que retrata no art. 1 que o consumidor é parte mais fraca nas relações de consumo (MARTINS, 2002).

Já em 1985, os direitos básicos do consumidor foram reconhecidos mundialmente por meio da Resolução n.º 39/248 das Nações Unidas, que estabeleceu objetivos, princípios e normas para os países atuarem frente à proteção consumerista.

Vale ressaltar que o consumidor brasileiro, assim como, qualquer pessoa que vive no sistema capitalista, luta constantemente para atingir a tão almejada equação no que se refere a produtos e serviços, ou seja, a perfeita conjunção entre preço e qualidade. O consumidor quer adquirir produtos ou serviços de qualidade sempre pelo menor preço. Para tanto, vale-se de diversos instrumentos: reclama, denuncia, exige tratamento digno e respeito aos seus direitos.

O consumo deixou de ser algo extravagante na vida humana, para ser essencial. Passamos a maior parte de nossas vidas consumindo, água, luz, telefone, educação, saúde e justiça, são apenas alguns exemplos dos bens fundamentais que elas consomem (GONÇALVES, 2005, p. 1).

Então, como querer que as pessoas reclamem e denunciem num país recém-saído de uma ditadura que calou a voz dos brasileiros? Como querer que as pessoas exijam tratamento digno e respeito aos seus direitos no país campeão mundial das desigualdades (renda, concentração de terras, saúde, educação, etc.), onde a grande maioria desconhece os seus direitos? Como vencer a utilização desenfreada do marketing e da informática que, se mal manipulados pelos fornecedores, vilipendiam o consumidor e sua dignidade.

O homem do século XX, em função de um modelo novo de vida, dentro de uma sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de oferta de produtos e serviços, pelo domínio de crédito fácil e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça, são esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor no Brasil, como disciplina jurídica autônoma, foi implantada inicialmente em 1992, pela Universidade Gama Filho, do Rio de Janeiro, a cadeira de direito do



consumidor de natureza universal e em caráter optativo para todos os seus cursos (GAMA, 2004, p. 6).

Devido inúmeros litígios nas relações de consumo, o marco inicial veio através do associativismo da sociedade de consumo, bem presente no século XX, já na década de 1970, criou-se uma associação de defesa do consumidor, em Porto Alegre – RS, que edita uma importante Revista de informações ao Consumidor. Outras associações foram criadas no Rio de Janeiro e São Paulo nos anos de 1980, dentre elas o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), que edita mensalmente a revista “Consumidor S.A.” que tem prestado relevantes serviços às causas dos consumidores, atuando em seus nomes em diversos órgãos e entidades (GAMA, 2004).

Hoje o Brasil tem um Código de Defesa do Consumidor, que é um conjunto de normas e regras gerais que tutela o consumidor de modo sistemático, modelo de codificação defendido e organizado pelos maiores juristas da matéria. O Brasil foi pioneiro em codificar o Direito do Consumidor em todo mundo e adotou a concepção dos passos da melhor doutrina estrangeira.

#### **4.1 Da responsabilidade por Vício do Produto**

A legislação de defesa do consumidor dividiu a responsabilidade por vício de inadequação entre duas vertentes, os vícios nos produtos nos artigos 18 e 19, e os vícios nos serviços nos artigos 20 e 21. Passa-se, portanto, para a análise dos vícios de qualidade e quantidade de produtos, para a *posteriori* estuda-se tais vícios nos serviços.

##### **4.1.1 Dos Vícios de Qualidade dos produtos**

O artigo 18 do Código de Defesa do consumidor apesar de mencionar expressamente os vícios de quantidade, trata das regras de reparação dos vícios de qualidade do produto.

Entende-se por vício de qualidade, conforme visto anteriormente, aqueles que tornam o produto impróprio ou inadequado ao seu uso ou fruição. O parágrafo 6º do artigo 18 dispõe que são impróprios ao uso e consumo:

I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida e à saúde, perigosos ou,

ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

O Vício de Qualidade, também chamado de “vício exógeno”, é aquele que torna o produto impróprio para o consumo ou por encontrar-se fora dos padrões normais de consumo ou por ser comprovadamente nocivo ou perigoso, ou seja, sem qualidade mínima.

Os vícios de qualidade podem ser ocultos, como por exemplo, o defeito no ferro de passar roupa que aquece demasiadamente, ou o defeito no sistema de “air bag” de um veículo. Também podem ser aparentes, os vícios de qualidade, como ocorre com aqueles produtos com data de vencimento ultrapassada, ou que apresente alguma avaria aparente (ANTUNES JÚNIOR, 2003).

Vale frisar que os fornecedores não estão impedidos de colocar no mercado de consumo, com abatimento do preço, produtos levemente viciados, desde que forneçam informações claras, corretas e precisas a respeito (DENARI, 2012).

Já os vícios de quantidade, que estão regulados pelo artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles que possuem um defeito econômico que ocorre quando o produto encontra-se com o conteúdo ou com a medida inferior às indicações da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária.

É de grande valia a ressalva do texto legal ao tratar das “variações decorrentes de sua natureza”, pois há produtos que podem apresentar durante seu processo distributivo sensível perda de conteúdo líquido (DENARI, 2012).

Neste caso, somente variações de quantidade expressivas e fora dos padrões normais serão objeto de responsabilidade civil por parte do fornecedor.

#### 4.1.2 Dos Responsáveis

Conforme dispõe o *caput* do artigo 18 do CDC os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade e quantidade.

De acordo com o acima disposto, no polo passivo desta relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente

responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade ou quantidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos (DENARI, 2012).

Portanto, ao contrário do que sucede no caso da responsabilidade decorrente de acidente de consumo, o consumidor poderá exigir o cumprimento da obrigação perante todos os fornecedores que compuseram a cadeia de consumo (SCAVONE JÚNIOR, 2012).

Nada impede, também, que o consumidor apresente sua demanda diante de somente um dos fornecedores dentro da cadeia de produção, posto que os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ocultos ou aparentes.

Em relação aos vícios de quantidade, a disposição do artigo 19 é a mesma que as disposições do artigo anterior, ou seja, os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto.

Vale lembrar que o § 2º do artigo 19 do CDC dispõe que o fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo padrões oficiais. Nesta hipótese podemos citar os “mercados” comuns em bairros e “feiras livres” que vendem produtos alimentícios por peso, como por exemplo, feijão, arroz, e outras sementes.

Assim tais fornecedores respondem caso os instrumentos de medidas, como balanças, estiverem desregulados. Se o fornecedor for acionado judicialmente, caberá a ele demonstrar que o instrumento utilizado estava aferido segundo os padrões oficiais (LAZZARINI, 1991).

#### 4.1.3 Das Sanções

As sanções previstas para os vícios de qualidade estão dispostas no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor e para os vícios de quantidade, o artigo 19 do CDC dispõe quais são as regras aplicáveis.

O parágrafo 1º do artigo 18 do CDC dispõe não sendo sanado o vício no prazo máximo de 30 dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – abatimento proporcional do preço.

O código disponibiliza ao fornecedor o prazo de 30 dias para sanar o vício do produto, o qual não sendo efetuado, dá o direito ao consumidor de exigir alternativamente e à sua escolha uma das três opções dispostas no artigo. Quanto ao referido prazo, o código disciplina no parágrafo 2º que poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionalizada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Neste sentido, o prazo legal de 30 dias para que seja sanado o vício pode ser estipulado de forma diversa pelos contraentes, desde que respeitado os limites de no mínimo 07 (sete) dias e no máximo 180 (cento e oitenta) dias. O código faz uma ressalva quanto aos contratos de adesão, nos quais havendo estipulação diversa da legal, esta deverá estar convencionalizada em contrato em separado (ANTUNES JÚNIOR, 2003, p.103).

A primeira opção dada ao consumidor é a substituição do produto por outro da mesma espécie e em perfeitas condições de uso (inciso I).

O referido artigo deve ser interpretado no sentido de permitir a substituição por outro de mesma espécie, marca e modelo, posto que não é razoável exigir do fornecedor a substituição do produto por outro de mesma espécie, mas de maior valor (DENARI, 2012).

Com relação à substituição do produto, o parágrafo 4º do artigo 18 do CDC dispõe que tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do §1º, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos I e II do §1º deste artigo.

Assim, este parágrafo complementa o entendimento anterior, e soluciona a eventual impossibilidade de substituição do produto, dispondo que o consumidor poderá optar por outro produto de marca ou modelo diverso, mediante o pagamento ou a restituição da diferença de preços. Neste caso, o consumidor terá que propor uma ação de preceito cominatório, ou seja, de obrigação de fazer (SCAVONE JÚNIOR, 2012).

Como segunda opção, o código dá o direito de o consumidor ser restituído imediatamente da quantia paga, aplicada a devida correção monetária, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (inciso II, Art. 18).

O dispositivo faz alusão ao ressarcimento de eventuais perdas e danos, porém não se confundem estas com a responsabilidade do artigo 12, posto que neste caso o dever de indenizar deriva da inexecução contratual. Por exemplo, fornecedor deve devolver a quantia paga, monetariamente atualizada e acrescida das despesas incorridas a título de transporte ou guarda da mercadoria (DENARI, 2012).

A ação cabível para esta opção é a Ação redibitória. Com última opção, teremos o abatimento proporcional do preço, alternativa comum nos casos de produtos em escassez de ofertas (inciso III). Nesta hipótese caberá ao consumidor a propositura da ação *quantum minoris* ou estimatória (SCAVONE JÚNIOR, 2012).

O inciso III do artigo em estudo dispõe que o consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

Portanto, o consumidor tem o direito de exigir imediatamente uma das alternativas do § 1º sempre que, em razão da natureza do vício, a substituição acarrete alteração das qualidades essenciais do produto, ou que lhe diminua o valor.

Como por exemplo, o consumidor não está obrigado a suportar a troca do motor de um veículo novo em virtude de um vício de qualidade, podendo optar por uma das alternativas acima expostas. Produtos que não são compósitos, ou seja, que não são formados pela justaposição dos respectivos componentes (como por exemplo um vaso de cerâmica, uma peça de roupa, entre outros), ensejam a imediata faculdade do consumidor de exercer o disposto no § 1º do artigo 18 (SCAVONE JÚNIOR, 2012).

Tratando-se dos vícios de quantidade, o consumidor poderá exigir, alternativamente e à sua escolha: I – o abatimento proporcional do preço; II – complementação do peso ou medida; III – a substituição do produto por outro de mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

O primeiro aspecto a se destacar, no caso de responsabilidade por vício de quantidade, é o fato de que o consumidor ter o direito de exercer de imediato uma das alternativas do artigo 19 do CDC, ou seja, em razão da própria natureza do vício, o fornecedor não tem prazo para tentar reparar o vício.

As alternativas propostas pelo CDC, neste caso, são as mesmas do artigo 18, com exceção do inciso II que trata da “complementação do peso ou medida”.

O parágrafo 1º deste artigo dispõe que aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior, ou seja, no caso de impossibilidade de troca por produto de mesma espécie, cabe ao consumidor a troca por outro de modelo ou marca diversa, com restituição ou pagamento da diferença de preços.

#### 4.1.4 Responsabilidade Civil Objetiva à Luz do Art. 14 do CDC

Dentro de uma dinâmica de argumentação voltada para a responsabilidade objetiva nas relações de consumo dentro da logística do Código de Defesa do Consumidor, fica evidente que pelo descumprimento de relação de natureza obrigacional, em especial a relação de consumo, dar-se-á ensejo a um débito reparatório do dano causado ao consumidor.

Nesse sentido, e sendo analisado o teor da norma infraconstitucional contida no artigo 14 do Estatuto Consumerista (CDC), percebe-se que ao buscar a proteção da parte mais fraca da relação de consumo – que é o consumidor – não há a necessidade deste apresentar provas que garantam o seu direito. Esse direito tem o caráter objetivo e ficará com o ônus da prova a parte responsável pela reparabilidade do dano.

Portanto, à parte mais forte da relação de consumo, ou seja, o fornecedor ficará a incumbência de responder pelos danos sofridos pelo consumidor mesmo que não tenha culpa por estes danos e nem a estes tenha dado causa. Isso se explica pela adoção da “teoria” do risco nas relações de consumo, onde o fornecedor é que deve avocar o dano em função da atividade que concretiza.

Sabe-se que também é amplamente debatido o conceito de dano, assim, faz-se necessário estabelecer a ligação existente entre o dano sofrido pelo consumidor e o prejuízo efetivamente concretizado na relação de consumo. Dano e prejuízo são utilizados com o mesmo sentido, daí a importância de entender o que vem a ser então a relação existente entre tais figuras.

A palavra dano, deriva do latim - *damnum* - significando de forma genérica, qualquer ofensa ou mal que uma pessoa cause a outra. Como sendo o dano a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer que se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a honra, imagem, liberdade e etc. (FILHO CAVALIERI, 2015).



A palavra prejuízo vem do latim – *prejudicium* – sendo o ato ou efeito de prejudicar, causar o mal, entre outros aspectos, tem-se, portanto que este é a razão da existência do ano. O dano engloba o prejuízo, sendo sua consequência CAVALIERI FILHO, 2015).

Dando continuidade ao estudo, torna-se relevante conhecer a Responsabilidade do Fornecedor de Reparar o dano e suas excludentes. Portanto, tratando da responsabilidade civil do fornecedor pelos defeitos do produto e do serviço assim dispõe em seus artigos 12 e 14 do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Prevê claramente que tal responsabilidade de reparação pelos danos causados, não necessita da comprovação da culpa para se configurar, bastando a demonstração entre o dano sofrido pelo consumidor e o vício ou defeito no serviço ou produto. Sendo, portanto, uma responsabilidade objetiva.

Na responsabilidade objetiva, é desnecessário que o consumidor prove a culpa do fornecedor, sendo requerido apenas que esteja presente o nexo de causalidade entre o dano sofrido e o defeito ou vício do produto, restando assim o dever de indenizar do fornecedor. Claramente dispõe Sérgio Cavalieri Filho (2015, p.72):

Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decore do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O

fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

Há, no entanto algumas hipóteses previstas no Código do Consumidor, que retiram do fornecedor a obrigação de reparar o dano, são as chamadas excludentes de responsabilidade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em uma cadeia consumerista, no qual busca-se o lucro a todo instante, consumidores são entes vulneráveis, considerados mais fracos que os comerciantes, produtores e/ou fornecedores, dentre outros. Daí, a importância de buscar na justiça os direitos legais como consumidor brasileiro que muitas vezes é vítima e sofre algum dano ou prejuízo.

Reconhecendo tal fraqueza, a Constituição Federal de 1988, no seu generoso art. 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, estabelece que *“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”*. Deste comando normativo constitucional, nasceu a Lei nº 8.078, de 11 de dezembro de 1990. A referida lei alberga uma gama infindável de normas que garantem uma efetiva proteção aos consumidores, sendo mais conhecida como *“Código de Defesa do Consumidor”*.

O teor da protetora Lei nº 8.078/90 é desconhecida da grande maioria dos consumidores, destinatários diretos e imediatos do texto legal. Continuam, dia após dia, a ter seus direitos vilipendiados por fabricantes que não especificam corretamente o que produzem, por fornecedores que negam garantia necessária nas prestações de serviço e por comerciantes que repassam produtos que sabem não apresentar a segurança necessária. De maneira direta, renegam aos consumidores informações e garantias que obrigatoriamente devem prestar.

Diante dos fatos relatados anteriormente, acredita-se que a problemática foi respondida e o objetivo geral alcançado, uma vez que foi possível estudar o direito do consumidor, conceito de fornecedor e sua responsabilidade civil em caso do vício no produto. Logicamente que a pesquisa não se esgota aqui, mas abre uma reflexão para estudos mais aprofundados acerca do direito do consumidor entre professores e acadêmicos do curso de Direito como a sociedade brasileira de uma forma geral.

## **REFERÊNCIAS**

ANTUNES JÚNIOR, Antonio Carlos. Da responsabilidade pelo vício por inadequação do produto ou serviço. **Revista Jus Vigilantibus**, Outubro, 2003. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/465>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Anne Joyce Angher, organização, 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília-DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** – CDC. Brasília-DF, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 20 ago. 2022.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Editora Lejus, 1999. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario/Meus%20documentos/Downloads/8666-31488-1-PB.pdf> Acesso em: 20 set. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DANTAS, San Tiago. **Responsabilidade civil no Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

DENARI, Zelmo. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Malheiros, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro**, Responsabilidade Civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, Helio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAZZARINI, Marilena; RIOS, Josué de Oliveira; NUNES JR., Vidal Serrano. **Código de Defesa do Consumidor** – Anotado e exemplificado pelo IDEC, São Paulo: ASV, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 9 ed. São Paulo: Forense, 2010.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, A. M. **Consumidor e fornecedor**. Revista digital Comunicação e Saúde. Contexto, Volume 1, Rio de Janeiro, 2004.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Direito do consumidor**: teoria geral. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOUZA, Miriam de Almeida. **A política legislativa do consumidor no Direito comparado**. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Responsabilidade civil. Volume III, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

## **NULIDADES: PREVISÃO LEGAL E ARGUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL**

**MÔNICA REGINA TEIXEIRA:**  
Advogada. Mestranda em Processo Penal. PUC/SP.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo o estudo e análise das nulidades processuais penais, dentro do Estado Democrático de Direito. No direito brasileiro, a nulidade do ato do procedimento está vinculada à comprovação do prejuízo. Na realidade, o entendimento daquilo que de fato configura “prejuízo” para efeitos do artigo 563 do Código de Processo Penal se perdeu em meio a decisões controversas e confusas acerca do tema. O que a presente pesquisa busca é demonstrar as imperfeições do tratamento dado às nulidades e encontrar um referencial seguro para aplicação das nulidades a partir da noção principiológica do processo constitucional.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Forma. Ato processual. Nulidades processuais penais. Regra do prejuízo.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Estado Democrático de Direito. 2 O Processo como Garantia Constitucional. 3 dos Atos Processuais. 3.1 Da Existência, Eficácia e Validade dos Atos Processuais. 4 dos Sistemas Elaborados para Definição das Nulidades Processuais. 4.1 Sistema do Absolutismo da Lei. 4.2 Sistema da Equidade. 4.3 Sistema da Má Fé. 4.4 Sistema da Distinção das Formas. 4.5 Sistema da Finalidade da Lei e do Prejuízo. 5 Princípios Gerais da Teoria das Nulidades. 5.1 Princípio da Instrumentalidade das Formas. 5.2 Princípio do Interesse. 5.3 Princípio da Causalidade. 6 O Tratamento do Prejuízo No Código de Processo Penal. 7 do Interesse na Alegação da Nulidade. 8 Das Nulidades em Fase de Inquérito Policial. 9 A Releitura das Nulidades no Processo Penal Brasileiro. 10 Conclusão.

### **INTRODUÇÃO**

A forma como o tema das nulidades é abordado no âmbito do processo penal brasileiro é vaga, imprecisa e deixa uma margem muito grande para interpretação do julgador. Logo, a necessidade de revisão do tema é medida urgente.

O corte a ser problematizado é o princípio do prejuízo ou critério do prejuízo para o reconhecimento das nulidades no processo penal, principalmente porque a legislação processual em vigor o adota expressamente. Por isto, foi necessário demonstrar a origem do sistema que adotou o critério do prejuízo para caracterização das nulidades processuais, bem como se a interpretação que se dá a ele é compatível com o Estado Democrático de Direito e com o modelo constitucional de processo traçado na Constituição.

Dentro dessa perspectiva, o papel da forma dos atos dos procedimento será analisado, além de se demonstrar a incompatibilidade das os autores definições tradicionalmente fazem sobre o tema, principalmente quanto à gradação dos vícios entre os atos inexistentes, irregulares e nulos.

O presente estudo, destarte, tem como objetivo central o estudo da regra do prejuízo e seus efeitos para a correta compreensão do tema das nulidades. Parte-se do pressuposto de que o princípio *pas de nullité sans grief* está sendo mal aplicado no processo penal, passando-se, então, a pesquisar as razões que poderiam explicar os motivos para essa equivocada utilização.

Exposta a maneira pela qual o tema é tratado pela doutrina, entende-se que, com essa pesquisa, além de se promover uma releitura do conceito de nulidades no processo penal, é necessário também avaliar se as definições tradicionais e legais se coadunam com o quadro normativo processual instaurado com a Constituição Federal de 1988.

## 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é a modalidade do Estado constitucional e internacional de direito que, com o objetivo de promover e assegurar a mais ampla proteção dos direitos fundamentais, tem na dignidade da pessoa humana o seu elemento nuclear e na soberania popular, na democracia e na justiça social os seus direitos 4

Na visão de Canotilho (2003, p. 231), “o Estado constitucional é também um Estado democrático. A legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício do poder radicam na soberania popular e na vontade popular”.

Quando lemos o artigo 1º da Constituição de 1988, é clara a afirmativa de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando. A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito democrático, com o “democrático” qualificando o Direito, e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica. O Direito, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá de se ajustar ao interesse coletivo.

---

4 Ranieri, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2018.



Nesse sentido, quando se estuda a proposta constitucional brasileira, verifica-se claramente que os direitos fundamentais são assegurados pelo devido processo e conseqüentemente, ao analisar o Estado Democrático de Direito, fala-se em uma estrutura que se mantém sempre aberta à revisão.

## 2. O PROCESSO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Importante tratar, dentro do conceito de Estado Democrático, da concepção de processo como relação jurídica entre juiz e partes, de que decorre, inclusive, a Escola Instrumentalista do Processo.

A teoria do processo como relação jurídica entre juiz e partes não nos parece adequada ao Estado Democrático de Direito, em razão do enaltecimento da figura do juiz em detrimento dos outros sujeitos do processo.

A Escola Instrumentalista do processo, que foi divulgada no Brasil por Enrico Tulio Liebman, Ada Pellegrini e por Cândido Rangel Dinamarco, é fruto da influência de Bülow e de sua concepção relacionista de processo. A Escola Instrumentalista também nos parece inadequada ao cenário democrático, uma vez que na visão dos instrumentalistas, o juiz é um ser dotado de capacidade intelectual para impor o direito às partes, já que ele, através da sua visão solipsista do direito, tem por esta razão, a possibilidade de fundamentar sua decisão com argumentos metajurídicos (econômicos, sociais e políticos), não ficando adstrito à argumentação trazida pela parte no processo por meio do contraditório que, neste contexto é entendido como o simples dizer ou contradizer, sem influência sobre a atuação do juiz.

Em razão de tais objetivos metajurídicos do processo, admite-se, portanto, uma atuação livre do magistrado.

Danilo Chimera Piotto<sup>5</sup>, afirma que "Em verdade, o juiz é a figura central do processo, e deve participar ativamente da relação jurídica que nele se desenvolve, equilibrando as partes e permitindo a efetivação do devido processo legal. Ao Estado cabe a pacificação social com justiça, escopo que se não atingido implica na ruína de todo um sistema.

Contudo, foi com Elio Fazzalari, que o conceito de processo, como procedimento em contraditório foi renovado, o contraditório, como estrutura dialética do procedimento,

---

<sup>5</sup> PIOTTO, Danilo Chimera. O que se Esperar de um Juiz na Era do Estado Democrático de Direito. **Jus Societas**, nº 3, jul./dez. 2009, p. 6.

onde as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, não sendo, assim, o juiz o único responsável pelo provimento final.

Acerca da teoria de Fazzalari, é o ensinamento de Rosemiro Pereira Leal:

O ilustre processualista explicitou que o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual<sup>6</sup>.

Como complementação da teoria de Fazzalari, tem-se a teoria constitucionalista do processo, que não afasta a alegação de ser o processo um procedimento em contraditório, apenas acrescentando que seria o processo também uma garantia ao exercício dos direitos fundamentais, o que concede ao processo uma perspectiva constitucional.

Segundo Brêtas,

a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da coparticipação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada.<sup>7</sup>

Consoante José Alfredo de Oliveira Baracho, somente nas Constituições do século XX a concepção de processo como garantia constitucional está consolidada por meio da "consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis".

---

<sup>6</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 83.

<sup>7</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

No entanto, parte da doutrina e dos aplicadores do direito continuam atrelados à visão instrumentalista do processo, reconhecendo-o como uma relação jurídica e conferindo um excesso de poderes ao julgador.

Assim, a Constituição desempenha papel relevante e imprescindível, ao estabelecer os princípios que constituem a base uníssona conexa e codependente – contraditório, ampla defesa, terceiro imparcial e fundamentação das decisões que integram a garantia do devido processo constitucional.

### 3. DOS ATOS PROCESSUAIS

O anteprojeto do Código de Processo Penal, originalmente definia, em seu artigo 179, o ato processual, como sendo “*todo acontecimento natural que tem influência no processo*”, mas o Código de Processo Penal, efetivamente, não cuidou de conceituar exatamente o ato processual.

O conceito do termo deve ser extraído implicitamente do diploma legal e da doutrina, até mesmo para definir aquilo que pode estar sujeito como ato propriamente do processo, à aferição do *pas de nullité sans grief* como pressuposto para aplicação da sanção de nulidade.

O ato processual é espécie da qual ato jurídico é gênero. Portanto, o ato processual, assim como qualquer ato jurídico, nasce da vontade do ser humano, ou, como afirma Calmon de Passos, “podemos distinguir no gênero fato, fato natural, em que o agente causador é algo que não o homem, do fato do homem, chamado de ato, justamente por ser agente causador da transformação ocorrida.”<sup>8</sup>

Grande parte dos problemas relacionados às nulidades está na equiparação dos atos jurídicos, frequentemente defendida. Com efeito, a aplicação de uma espécie de teoria geral dos atos faz com que conceitos do direito privado sejam transportados diretamente para o processo penal.

Antonio do Passo Cabral<sup>9</sup> afirma que é necessária a separação entre o estudo dos atos, mormente porque o processo, ramo do direito público, deve conviver com especificidades normativas não encontradas no direito privado, onde há uma autonomia individual muito maior.

---

8 CALMON DE PASSOS, Joaquim. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

9 CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 20.

Embora estreitamente ligado ao processo civil, o doutrinador italiano Salvatore Satta, defende que o ato processual constitui elemento indissolúvel do próprio processo, sendo certo que ao se examinar o diploma processual verifica-se que determinado ato se reveste de processualidade. Dessa forma, o ato seria processual justamente porque é “ato do processo”

Há também quem entenda que o critério de *loco* (sede) é inapto a distinguir o ato processual, sendo possível haver atos processuais praticados fora do processo. Para apoiar essa posição, normalmente são mencionados os exemplos da cláusula arbitral ou mesmo da transação, os quais seriam atos processuais cíveis praticados fora do processo.

É necessário afastar a ideia de que o ato processual, sobretudo na área penal, pode ser definido pela sede, ou seja, apenas pelo fato de ter sido ele praticado dentro do processo. E é necessário lembrar que os atos de investigação levados a efeito no decorrer do inquérito policial também se enquadram na categoria de atos processuais. Assim, ainda que praticados na fase pré- processual, estão englobados pela definição de ato processual.

Não é de hoje que os tribunais pátrio se inclinam pela tese de que, por ser supostamente um procedimento administrativo, o defeito cometido no inquérito policial não acarreta a nulidade do ato, ou, ainda, que eventuais nulidades cometidas no curso da investigação não contaminariam atos posteriores, na ação penal.

Esse entendimento não deve prosperar. Como veremos detalhadamente adiante, o modo de conduzir o inquérito policial não é absolutamente discricionário, pois isso poderia resultar em uma espécie de terra de ninguém. A investigação policial, além de ser um momento, em toda persecução penal, em que muitas vezes as garantias fundamentais do indivíduo estão mais vulneráveis, os elementos informativos colhidos nessa fase são de extrema importância para desenvolvimento da ação penal.

Paolo Tonini<sup>10</sup> define brilhantemente que ato processual penal, é aquele produzido por um sujeito processual e cuja finalidade é a imposição de uma medida penal. Muito embora aparentemente simples, essa definição torna possível enfrentar as consequências relativas aos vícios do ato processual.

### 3.1. DA EXISTÊNCIA, EFICÁCIA E VALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Araken de Assis<sup>11</sup> dispõe que “na verdade, sem a exata distinção dos planos de inexistência, da invalidade e da ineficácia, jamais se chegará a soluções convincentes nesta matéria”.

10 TONINI, Paolo. **Lineamenti diritto processuale penale**. 8. ed. Milano: Guiffre, 2010. p. 86.

11 ARAKEN. Assis de. **Manual da Execução**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1268.

O ato existe juridicamente quando reúne os requisitos mínimos necessários para a sua composição. Assim, não será a ausência qualquer requisito que ensejará a sua inexistência jurídica, mas somente aqueles inerentes e essenciais à sua estrutura. A validade do ato diz respeito à eficiência com que os seus requisitos foram preenchidos.

Segundo Fredie Didier, “se houver o preenchimento da hipótese de incidência (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do ato (invalidação, que se refere tanto à decretação do nulo quanto a anulação)”<sup>12</sup>. Além disso, ao concebermos o ato como viciado já pressupomos que ele existe. Prossegue o autor, afirmando que “o ato jurídico inválido existe. Ato inexistente não tem defeito”. Como o ato inválido existe, este pode produzir efeitos até a sua desconstituição e isso que ocorre com as invalidades no âmbito processual. Nem todo defeito acarretará a invalidação do ato.

No que tange à eficácia, a doutrina diverge se o referido termo diz respeito à efetiva produção de efeitos ou à aptidão para produzi-los. Com relação ao primeiro sentido do termo, Tereza Arruda Alvim Wambier anota que eficácia “terá o sentido de efetiva produção dos efeitos típicos”, ou seja, aqueles efeitos “queridos pelo agente”.

No entanto, é tecnicamente mais adequado o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual o termo eficácia pode ser entendido como a “aptidão, *in abstracto*, para gerar efeitos próprios e pode dizer respeito aos efeitos que podem ser produzidos *in concreto*, numa perspectiva potencial e atual, respectivamente”.

Como se vê, validade e eficácia são fenômenos totalmente distintos. Pode ocorrer, por exemplo, que um ato nulo nunca venha a ser decretado como tal e que, em virtude disso, tenha sido eficaz por toda a sua vida. Nessa linha de raciocínio, Adolfo Gelsi Bidart comenta que: “dizer, seguindo o velho adágio, que nulo é o que não produz efeitos, implica tomar a consequência por antecedente, designando o fenômeno por forma indireta, com menção aos resultados que provoca”. Nesse mesmo sentido, José Joaquim Calmon de Passos: “o ato processual típico é o que se ajusta, com perfeição, ao modelo legal. A atipicidade é a imperfeição do ato. O ato imperfeito é eficaz (ato irregular) e somente perde a eficácia que lhe é própria quando judicialmente sancionado com a nulidade”.

Essas noções são conceitos lógico-jurídicos, ou seja, independem do direito positivo que se examina. São premissas construídas pela dogmática jurídica, aplicando-se, portanto, ao direito processual geral.

---

<sup>12</sup> DIDIER JÚNIOR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 256.

## 4. DOS SISTEMAS ELABORADOS PARA DEFINIÇÃO DAS NULIDADES PROCESSUAIS

Para entender o modelo vigente no Código de Processo Penal brasileiro e suas especificidades, é necessário analisar brevemente os principais sistemas teóricos sobre as nulidades processuais, que são elencados pela doutrina de Inocêncio Borges da Rosa em cinco sistemas.

### 4.1. SISTEMA DO ABSOLUTISMO DA LEI

Esse sistema é originário do Direito Francês com base na ideia de que não haveria possibilidade do reconhecimento judicial de uma nulidade processual se não houvesse a previsão na lei autorizando o juiz ou tribunal a aplicar tal consequência. Logo, prevalecia a regra de que não há nulidades sem previsão legal.

Muito embora as leis regulem formalmente os procedimentos, nos diversos microsistemas, seria impossível prever todas as formas de inobservância das regras procedimentais antes de sua violação. Esse sistema não chegou a ser contemplado no Brasil.

### 4.2. SISTEMA DA EQUIDADE

A doutrina cataloga a existência do sistema da equidade como forma de definição das nulidades processuais.

Inocêncio Borges da Rosa afirma que, "a nulidade deve ser apreciada pelo Juiz, caso a caso, segundo os preceitos da equidade".

Esse sistema não encontra legitimidade no Estado de Direito, já que a definição da nulidade seria tarefa exclusiva do juiz no julgamento de sua equidade.

### 4.3. SISTEMA DA MÁ FÉ

Somente haverá nulidade quando houver má-fé da parte contrária ao praticar um ato processual irregular.

Desconsidera-se totalmente que a demonstração de má-fé em direito é ônus exclusivo de quem alega. Assim, acaso houvesse a prática de um ato processual contrário à forma, chegaríamos a risível situação de exigir o ônus probatório da parte processual contrária que praticou o ato viciado.

### 4.4. SISTEMA DA DISTINÇÃO DAS FORMAS

Esse sistema distingue os atos processuais entre intrínsecas ou essenciais, das extrínsecas ou acidentais.



Ao ver de Inocêncio Borges da Rosa, na falta das formas intrínsecas, não haveria que se falar em nulidade, eis que o ato é tido como inexistente, mas, no caso da falta das fórmulas extrínsecas, deve ser verificado se a lei prescreveu essa violação como passível de nulidade.

Aqui não se indaga a existência de prejuízo para o processo, ou para as partes, ou para o resultado e parece um resgate do absolutismo legal.

#### 4.5. SISTEMA DA FINALIDADE DA LEI E DO PREJUÍZO

Esse sistema obedece a uma ideia advinda do direito francês, segundo a qual somente poderia haver o reconhecimento de uma nulidade de um ato jurídico se houver um prejuízo

Inocêncio Borges da Rosa assenta que:

Ora, sucedendo que se viole o texto legal processual, pode suceder que não se atinja o escopo ou a finalidade que o mesmo tinha em vista, e, não se atingindo dito escopo, pode suceder também que se verifique um prejuízo para a Justiça, para a acusação, ou para a defesa. Daí a íntima correlação existente entre o critério da finalidade da lei e o do prejuízo de maneira a se tornarem inseparáveis.

O critério da finalidade da lei vem expresso no art. 572, n. II, que considera sanadas as nulidades, quando, praticado por outra forma, o ato tiver atingido seu fim.

Essa definição é de suma grande importância para ver como o sistema foi deturpado quando da regulamentação da matéria pelo atual Código de Processo Penal Brasileiro.

Até então, a legislação brasileira nunca havia estabelecido um número de nulidades a servir como referência quando da discussão dos casos, nos moldes do que tem hoje.

### 5. PRINCÍPIOS GERAIS DA TEORIA DAS NULIDADES

#### 5.1. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Para o autor Magalhães de Noronha<sup>13</sup>, o princípio básico do Código é enunciado logo no início no título referente às nulidades. Segundo o autor, para explicar o aludido princípio, “não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo

---

<sup>13</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 325.

para uma das partes. Este existe quando não foi alcançado o fim a que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.”

Hélio Tornaghi<sup>14</sup>, ensina: “A forma é puramente instrumental; é meio, e não fim.”

Trata-se de diretriz que confere aspecto teleológico aos atos processuais, exigindo que o magistrado não se adstrinja somente à literalidade dos dispositivos legais, mas, acima de tudo, verifique se o vício, no caso concreto, prejudicou a finalidade pretendida pelo legislador.

Não é difícil encontrar doutrinadores que, como Magalhães Noronha, tratam o princípio da instrumentalidade das formas como sinônimo de princípio do prejuízo. Ocorre que o prejuízo exigido pela lei para configuração da nulidade não deve ser confundido com a ideia de instrumentalidade das formas. É clara a existência de uma estreita relação entre ambos, mas não há uma identidade absoluta entre os conceitos, já que distintos.

A instrumentalidade não se limita apenas às nulidades. Ela serve de base, de fundamentação para aplicação das formas processuais. Ao ser suscitado um vício no decorrer do processo, cabe ao Juiz proceder à análise da correlação meio-fim, isto é, verificar se o ato, ainda que defeituoso, cumpriu a função para o qual havia sido estabelecido.

É sob essa perspectiva, aliás, que o legislador de 1941, citando doutrina italiana, justifica a flexibilização de certas formas na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: “um bom processo penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses dos Estados e cidadãos”.

O grande problema envolvendo a instrumentalidade das formas não está, logicamente, em sua essência, mas, sim, na deturpação do seu sentido. A base instrumental do ato não significa uma concessão para condução do processo conforme a vontade do juiz. Se, de um lado, é verdade que não se deve defender um formalismo cego do processo penal, de outro, é preciso entender que a forma, notadamente no processo penal, tem função garantidora, sendo certo que ela somente será dispensável em casos estritamente delineados pela lei.

## 5.2. PRINCÍPIO DO INTERESSE

O brocardo jurídico “a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza”, reflete em diversas áreas do direito e constitui uma base semântica por trás do princípio do interesse, segundo o qual é vedado à parte que deu causa ao vício processual, ou àquela que não

---

<sup>14</sup> TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal**, cit., p. 293.

tenha interesse no seu reconhecimento, pleitear a declaração de nulidade (artigo 565 do Código de Processo Penal).

Em matéria de vícios, parece ser indispensável que a parte supostamente prejudicada não tenha contribuído propositalmente para a ocorrência do efeito. A nulidade, à evidência, há de servir para reestruturar um processo desalinhando, e não como instrumento a serviço de manobras processuais.

Na tradicional separação entre nulidades absolutas e relativas, há doutrinadores que defendem ser o princípio do interesse apenas aplicável a essas últimas. Isso porque, as nulidades absolutas cuidariam de vícios de ordem pública, de interesse transcendente às partes, razão pela qual inexistiria óbice para seu reconhecimento. Seguindo essa lógica, se o julgador pode decretar a nulidade *ex officio*, tem ele o dever de reconhecê-la no caso concreto, independentemente de quem tenha dado causa à imperfeição.

Para Ada Pellegrini Grinover<sup>15</sup>, o princípio em questão é de aplicabilidade limitada no processo penal, já que o Ministério Público tem o dever de buscar um título executivo válido. Dessa forma, portanto, a acusação, nas ações estritamente públicas, não pode negar seu interesse na observância das normas legais.

### 5.3. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE

O princípio da causalidade trata dos efeitos da decretação da nulidade, considerando que os diversos atos formadores do procedimento são interrelacionados e configuram uma cadeia de atos.

Este princípio prescreve que a nulidade de um ato processual contamina todos os posteriores que sejam dele diretamente dependentes, ou mesmo aqueles que surjam como consequência do ato viciado. Assim, os atos não prejudicados pelo ato nulo, por serem independentes, serão conservados.

Ao Magistrado cabe, portanto, no momento da decretação da nulidade, verificar a extensão do dano processual gerado pela atipicidade, de modo a definir quais atos devem ser necessariamente refeitos.

## 6. O TRATAMENTO DO PREJUÍZO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

---

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres do processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 115.

“Nenhum ato será declarado nulo, se dá nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa.” No primeiro artigo do Título I Das Nulidades, o prejuízo é estampado como a viga mestra para se reconhecer a nulidade.

Na nossa legislação, a interpretação do conteúdo do prejuízo ficou basicamente a cargo do intérprete da norma. Não obstante a sua importância, a lei não indica em que consistiria, precisamente, o conteúdo do prejuízo, mencionando apenas que ele poderia ocorrer em relação à acusação ou à defesa.

O Código de Processo Penal Uruguaio (1980), faz uma abordagem similar ao tratar as nulidades em seu artigo 98: “*No hay nulidade sin perjuicio*”.

O Código de Processo Penal para a Ibero América, também traz no artigo 225:

225. Principio. No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código, salvo que el defecto haya sido subsanado (art. 228) o no se hubiera protestado oportunamente por él (art. 226).

El ministerio público y los intervinientes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen gravamen, con fundamento en el defecto, en los casos y formas previstos por este Código, siempre que el interesado no ha contribuido a provocar el defecto. Se procederá del mismo modo cuando el defecto consista en la omisión de un acto que la ley prevé.

El imputado podrá impugnar, aunque hubiere contribuido a provocar el defecto, en los casos previstos por el art. 227.

Mais à frente, no artigo 566, o Código do Processo Penal brasileiro estatui que “não será declarada a nulidade processual que não tiver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”

E novamente aborda a questão do prejuízo, em complementação ao artigo 563, só que aqui em prol da apuração da verdade no processo, que seja relevante à decisão da causa.

A abordagem é muito imprecisa, vaga, e isso pode levar a decisões questionáveis na averiguação da ocorrência da nulidade, como bem afirma Ergas Dirceu Moniz de Aragão<sup>16</sup>:

é fácil para o juiz dizer que a parte não teve prejuízo; mais difícil é, para esta, demonstrá-lo, pois o juiz, ou tribunal, chega à conclusão de não ter havido prejuízo argumentando com o que sucedeu após o ato viciado, ao passo que a parte, quando impugna, fá-lo no momento em que ocorreu, sem condições de imaginar o que ainda virá a acontecer. Ademais, não se sabe que rumo poderia ter tomado o processo se tivesse sido acolhida incontinenti a alegação de existência do vício. Por isso, convém olhar com muita cautela e reserva os precedentes judiciais a respeito do assunto.

Não são incomuns situações em que se leva adiante o processo viciado e, uma vez proferida sentença condenatória, considera-se não ter havido prejuízo.

Outra questão a ser sopesada é quando o vício não irá influir a busca pela verdade. Na prática, o que tem ocorrido é que, sob o argumento de que o ato não foi valorado na sentença, a nulidade não teve influência no deslinde da causa, de modo que não houve mácula ao processo. Mas isso é um grave equívoco, pois a sentença deve vir motivada, abarcando todo os elementos produzidos no processo; de duas, uma: ou haverá nulidade pelo vício originário ou haverá nulidade da sentença por falta de valoração daquele ato imperfeito.

Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>17</sup>, afirma que “basta ao juiz deixar de analisar a prova em sua sentença para que a nulidade daquele ato não possa ser suscitada (...) A não fundamentação da decisão nestes atos permite assim seguir acreditando que tal ato não contribui para a tomada de decisão. O que por si só denuncia a corrupção da forma e a perversão do sistema”.

Apesar de a doutrina conceituar de forma semelhante o princípio do prejuízo, ela diverge substancialmente na aplicação dele, principalmente quanto à necessidade de demonstrá-lo nas nulidades. Assim, há duas correntes dentro da doutrina tradicional, uma majoritária e outra minoritária, que estabelecem como se aplica o artigo 563 do Código de Processo Penal.

---

<sup>16</sup> ARAGÃO, Ergas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. V. II. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 272.

<sup>17</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A divisão entre a doutrina ocorre basicamente na aplicação ou não do princípio do prejuízo nas nulidades absolutas. Por aplicação, refere-se à necessidade de a parte comprovar o prejuízo ou este ser presumido. Diversos doutrinadores<sup>18</sup> trazem, que o artigo 563 não tem aplicação às nulidades absolutas, visto que elas não dependem de demonstração do prejuízo para serem declaradas, porquanto o dano processual é presumido. Assim, o prejuízo seria *juris et de jure*, inadmitindo prova em contrário. A corrente majoritária, então, entende que não se demonstra o prejuízo nas nulidades absolutas, tendo autores que defendem, inclusive, a inaplicabilidade do artigo 563 à referida espécie de nulidade e sendo este, portanto, presumido pela simples ocorrência de determinadas atipicidades formais.

Para a corrente minoritária, há uma flexibilização quanto à presunção do prejuízo nas nulidades absolutas e, assim, a simples possibilidade de prejuízo não causaria a sanção de nulidade. Os argumentos para fundamentar tal posição são variados na doutrina. Para Grinover, uma concepção contrária implicaria a demora da prestação jurisdicional almejada pelo processo e na perda dos atos processuais já realizados. O dano ensejador de nulidade, então, deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Grinover, Gomes Filho e Scarance<sup>19</sup> afirmam que:

as nulidades absolutas não exigem demonstração do prejuízo porque nelas o mesmo costuma ser evidente. Alguns preferem afirmar que nesses casos haveria uma presunção de prejuízo estabelecida pelo legislador, mas isso não nos parece correto em todos os casos, pois as presunções levam normalmente a inversão do ônus da prova, o que não pode ocorrer quando a existência de dano estiver fora de dúvida. No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência do prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem praticamente de maneira uníssona que o artigo 563 do Código de Processo Penal exige a demonstração do prejuízo para a declaração das nulidades processuais penais. Entendem pela aplicação de "o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente se declara nulidade de um ato se dele resultar prejuízo para acusação ou para a defesa."<sup>20</sup>

18 NASSIF, Aramis; NASSIF, Samir Hofmeister. **Considerações sobre nulidades no processo penal**. 2. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. In: CAPEZ, 2014, p. 558.

1919 FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 28.

20 STJ, *Habeas Corpus* nº 126.931/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, DJ de 29/06/2009.



O Supremo Tribunal Federal possui ampla jurisprudência fixando o entendimento da corte da seguinte maneira, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: “O entendimento desta Corte também é no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorre na espécie.”<sup>21</sup>

Desse modo, exige-se a efetiva demonstração do prejuízo às partes ou ao julgamento para o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual. Em outras palavras, não é aplicada, na jurisprudência, a presunção de prejuízo no caso das nulidades absolutas.

Ilustrativo é o caso dos Estados Unidos, cabendo recordar, adicionalmente, que boa parte da doutrina brasileira das nulidades está baseada na doutrina norte-americana. A *exclusionary rule*, ou regra de exclusão da prova ilícita, e a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou dos frutos da árvore envenenada, de origem anglo-saxã, vêm guiando nossa doutrina e jurisprudência há décadas. Contudo, a doutrina e a jurisprudência brasileiras negligenciaram a evolução do direito anglo-saxão nessa matéria.

No caso *New York v. Harris* (1990), a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a regra de exclusão da prova ilícita não pode conduzir automaticamente à exclusão de toda evidência cuja existência decorre da ilegalidade.

Nos casos *US v. Leon* (1984) e *MA v. Sheppard* (1984), a Corte Suprema norte-americana afirmou expressamente que a regra de exclusão é um remédio criado, e não um direito subjetivo constitucional, e por isso deve haver uma análise de proporcionalidade na exclusão da prova ilícita. Afirmou ainda que a regra de exclusão objetiva prevenir conduta abusiva policial, e não judicial.

No caso *Herring v. US* (2009), a Suprema Corte reafirmou que a regra de exclusão da prova ilícita não pode ser aplicada automaticamente. Deve ser o “último recurso, não nosso primeiro impulso”. Aqui a Corte foi além para dizer que o efeito dissuasório é necessário, mas não suficiente para a exclusão da prova. Para a prova ser excluída, a ilegalidade na sua produção deve ser deliberada (justificando a busca do efeito dissuasório) e culpável (pois os efeitos dissuasórios devem superar os custos de exclusão da prova). Deve ser aplicado, portanto, um teste de proporcionalidade (“*balancing test*”) para se determinar ou não a exclusão da prova.

Essa perspectiva das nulidades, em que se sopesam custos e benefícios da exclusão da prova ilícita, tomando em consideração um balanceamento das circunstâncias, é

---

<sup>21</sup> STF, *Habeas Corpus* nº 116.132/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 03/10/2013.

também adotada em outros países, como por exemplo Inglaterra, Canadá, Japão, Taiwan, Israel, Alemanha, Grécia, Holanda e Bélgica (neste último caso, desde 2003). Na percepção internacional, aliás, se reconhece que os Estados Unidos são, em regra, muito mais rígidos na exclusão de provas, tendo uma doutrina de exclusão muito mais sedimentada do que a maioria dos demais países. A Corte Europeia de Direitos Humanos – uma corte libertária – tem, no mesmo sentido, entendido que a eventual exclusão da prova ilícita só se justifica quando houve um julgamento injusto, aplicando uma ponderação de custos e benefícios bastante flexível, sob a égide do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, conforme se observou no célebre caso *Gäfgen v. Germany*. 22A chave, aqui, para analisar a exclusão da prova, é o direito do réu a um julgamento justo.

## 7. DO INTERESSE NA ALEGAÇÃO DA NULIDADE

O Código de Processo Penal, não especifica como deve ocorrer o prejuízo para o pronunciamento das nulidades processuais. Alguns interpretam que o prejuízo deve ser efetivo.

Na jurisprudência tem vigorado o entendimento de que o prejuízo tem que ser efetivo e deve ser comprovado pela parte que alegou a nulidade, não podendo ser reconhecido caso o sujeito tenha contribuído para a imperfeição do ato. Aqui entra em discussão o interesse, que tem umbilical relação com o prejuízo das nulidades processuais.

A esse respeito; dispõe o artigo 565, do Código de Processo Penal, que “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só a parte contrária interesse.”

Aqui tem-se que a nulidade não pode ser reconhecida em favor daquele que lhe deu causa. Seria, até certo ponto, a consagração do brocardo jurídico de que ninguém pode alegar em seu favor a própria torpeza.

Afirmam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que “dar causa, nessa hipótese, não exige dolo ou culpa da parte, mas apenas fato objetivo.”

---

22 O caso ganhou destaque porque a polícia ameaçou torturar Gäfgen para que ele revelasse o esconderijo do garoto.

Ao condenar Gäfgen à prisão perpétua o Tribunal Estadual de Frankfurt classificou o crime como hediondo, eliminando a possibilidade de que o estudante fosse solto após cumprir 15 anos de pena. Os métodos policiais para arrancar a verdade foram muito criticados e o juiz invalidou a primeira confissão do estudante, na delegacia. Magnus Gäfgen tornou a admitir o crime no julgamento, mas tratou de negar que houvesse planejado desde o início a morte do menino.

Com as ameaças de tortura, os policiais envolvidos “causaram graves danos ao Estado de direito”, disse o juiz, acrescentando que esse comportamento, porém, nada tem a ver com a culpabilidade do réu.

A esse respeito, o ordenamento jurídico italiano, de acordo com o Código Processo Penal, de 1988, prevê no artigo 185, §2º: *"Il giudice che dichiara la nullità di un atto ne dispone la rinnovazione, qualora sia necessaria e possibile, ponendo le spese a carico di chi há dato causa ala nullità per dolo o colpa grave"*. A parte que deu causa à nulidade, se houve dolo ou culpa grave, deverá pagar as despesas da renovação do ato.

A maioria dos casos que envolvem a nulidade, o vício para o qual parte possa ter concorrido deve ser fiscalizado pelo juiz, ou seja, aliado à "torpeza da parte, que com seu comportamento, teria causado a nulidade, haveria a própria torpeza da justiça, que não desempenhou bem o seu papel de prover a regularidade do feito.

O Juiz assume uma função de "garantidor", em certo sentido corresponsável pela ocorrência da nulidade sendo que, por isso, o artigo 565 deveria ter aplicabilidade reduzida no processo penal, isto é, somente em casos excepcionais.

Acerca desse tema, uma das últimas e de maior notoriedade atuação do Supremo Tribunal foi em 25 de agosto de 2020, quando a 2ª Turma anulou a sentença condenatória proferida pelo então juiz Sergio Moro no caso Banestado, com entendimento de que o magistrado que homologa acordo de delação não deve participar das negociações feitas entre as partes, muito menos tomar depoimento de um dos envolvidos<sup>23</sup>.

## **8. DAS NULIDADES EM FASE DE INQUÉRITO POLICIAL**

No inquérito policial seria possível vislumbrar hipóteses de nulidades nos moldes das nulidades de cunho processual?

A questão é muito controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Apesar de admitir a possibilidade de nulidades no inquérito policial, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que eventuais nulidades ocorridas no curso desse procedimento não contaminam a ação penal, devendo o magistrado, se for o caso, desconsiderar, quando receber a denúncia, as provas ilegalmente obtidas.

Excepcionalmente no julgado do RHC 23.945/RJ, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade dos atos praticados no curso do inquérito, os ministros entenderam que o magistrado não poderia agir como um juiz inquisidor, fazendo o papel de Polícia

---

<sup>23</sup> Os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski entenderam que Moro pulou o balcão para se tornar acusador por ter colhido depoimento da delação premiada de Alberto Youssef e por ter juntado documentos aos autos depois das alegações finais da defesa.

Já o relator, ministro Luiz Edson Fachin, e a ministra Cármen Lúcia, entenderam que o então juiz não estava impedido. De acordo com Fachin, ainda que fosse o caso de questionar os limites dos poderes instrutórios do juiz, não seria o caso de declarar a imparcialidade judicial e afastá-lo do processo.

Judiciária, seja ao ordenar diligências, seja ao interrogar o acusado, tendo a Corte Superior anulado todos esses atos.

No Supremo Tribunal Federal é incomum encontrar decisões a respeito das nulidades no inquérito policial. Em geral, falam em irregularidades ou vícios incidentes, que não maculariam a ação penal, mas há alguns poucos julgados, como o HC 103660 / SP24, onde se reconhece a nulidade no inquérito policial.

Isso é preocupante, porque em nosso ordenamento jurídico, os autos do inquérito policial acompanham o processo penal, caso haja a dedução da ação e que, não raro, são valorados pelo magistrado no momento da sentença. Se não houver um sistema sancionatório eficaz para coibir abusos nessa fase preliminar da persecução, podemos permitir que diversos atos ilegais sejam valorados e considerados no processo, inclusive na sentença.

Parte da doutrina também observa que não seria possível reconhecer nulidades nessa fase, já que a própria lei processual não prevê nulidades no inquérito, o que hoje não é uma afirmativa muito correta, se considerarmos o conceito amplo de prova ilícita, do Código de Processo Penal, disposto no artigo 157, muito próximo ao da nulidade processual, que pode ser aplicável à persecução penal preliminar.

Embora os elementos informativos do inquérito não possam ser qualificados como provas no sentido técnico jurídico porque não há contraditório, nada obsta que eles sejam enquadrados na categoria de prova ilícita, cuja conceituação é ampla, abarcando tanto aquelas obtidas em violação a normas constitucionais quanto infraconstitucionais.

Diferente é o tratamento do Código de Processo Penal Italiano, no artigo 181, §2º e no Código de Processo Penal Português, no artigo 120, §3º, que prevê a possibilidade de haver nulidade em inquérito.

## **9. A RELEITURA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

No atual momento metodológico do direito se faz necessária uma mudança na atuação dos juízes e demais agentes constitucionais na interpretação e aplicação das leis. A interpretação e aplicação do direito pressupõem uma tarefa valorativa, de modo a permitir a concretização dos princípios constitucionais no caso, diante do complexo jurídico das normas.

Não encontra ressonância a adoção do sistema do absolutismo da lei no aforismo *pás de nullite sans text*. A análise do ato do procedimento a ensejar a nulidade não se dá

---

24 HC 103660/SP, São Paulo, Habeas Corpus, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/11/2010, DJ de 07/04/2011.

simplesmente a partir de uma visão binária: forma prescrita em lei e violação. Esse sistema, por qualificar a nulidade como próprio vício do ato, possibilita a sua declaração por um juízo de direito apenas se houver sua previsão abstrata em lei. Por consequência desse raciocínio, a tutela jurídica não é a de dar alcance à norma que emana daquela regra referente ao procedimento, mas a proteção da própria lei, que teve seu conteúdo violado.

O que resta, a respeito dos sistemas referentes às nulidades no direito processual, é o sistema do binômio finalidade da lei prejuízo. Em verdade, as duas premissas que fundamentam esse sistema caminham juntas, já que, segundo a sua caracterização inicial, onde o objetivo da lei não foi cumprido, em razão da prática de um ato irregular, haverá, conseqüentemente, prejuízo.

Esse sistema, portanto, cria a necessidade de se analisar o caso para se concluir pela existência ou não do prejuízo e, em havendo, autorizar o reconhecimento da nulidade processual. Não se faz, portanto, qualquer juízo valorativo apriorístico a respeito do ato irregular.

Essa dificuldade de compreender o sistema da finalidade da lei e do prejuízo tem gerado algumas discussões e conceituações desnecessárias, tornando o tema ainda mais complicado de se compreender.

O objetivo do processo penal é o acertamento do caso penal apresentado no espaço do contraditório para que os sujeitos processuais debatam acerca da imputação e demonstrem ao terceiro imparcial, mediante argumentação jurídica e por meio da prova, se o fato ocorreu e se o acusado tem responsabilidade penal por ele.

## **10. CONCLUSÃO**

A adoção do Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico eleva o processo à garantia constitutiva dos direitos fundamentais.

O processo, no atual marco, é regido por um conjunto principiológico, como forma de implementar a procedimentalidade da participação dos legitimados ao poder e, por conseguinte, nas decisões estatais.

O sistema das nulidades que serve ao Estado Democrático de Direito é o sistema do prejuízo. Mas a ótica deve ser completamente distinta da que se utilizou o atual Código de Processo Penal, pois num modelo principiológico, o que se interessa indagar é se houve ou não violação aos princípios do modelo constitucional, esses, verdadeiros fatores de legitimação do processo e, conseqüentemente, da decisão.

A ratificação das nulidades pela preclusão não vai de encontro aos preceitos do processo penal que segue o modelo constitucional. A violação dos princípios não pode se restringir ao interesse e oportunidade das partes, ainda mais em relação ao acusado, justamente em razão da previsão constitucional do princípio do *favor rei*.

Por derradeiro, não podemos permitir que o processo penal, como garantia fundamental da liberdade, não pode ser visto como forma de tutela de interesses individuais.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Ergas Dircey Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Volume II. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 103660/SP**, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, j. em 30/11/2010, DJe em 07/04/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur190504/false>. Acesso em: 12 out 2020.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CABRAL, Antonio dos Passos. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 20.

CALMON DE PASSOS, Joaquim. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao Processo Penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 256.

ESTADO DE S. PAULO. **Os muitos efeitos de uma nulidade**. 27 de agosto de 2020. Disponível em: [https://digital.estadao.com.br/@Reader14720580/csb\\_bZhghm9ulQU0rQ8dSxDOr43YT-sAQSi5NNko6W5b5t1YStcC4-0euplcNZBXsBM](https://digital.estadao.com.br/@Reader14720580/csb_bZhghm9ulQU0rQ8dSxDOr43YT-sAQSi5NNko6W5b5t1YStcC4-0euplcNZBXsBM). Acesso em: 27 ago 2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.



FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 28.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **Código de Processo Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional**. Tese (Doutorado) apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Paraná, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: III Série: estudos e pareceres dos processo penal**. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal, Vol. II**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000.

NASSIF, Aramis; NASSIF, Samir Hofmeister. **Considerações sobre nulidades no processo penal**. 2. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidade Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

1 PIOTTO, Danilo Chimera. O que se Esperar de um Juiz na Era do Estado Democrático de Direito. **Jus Societas**, nº 3, jul./dez. 2009.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2018.

ROBL FILHO, Ilton Noberto. **Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability**. 1. ed. Saraiva, 2012.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. Padova: Cedam, 1948

TONINI, Paolo. **Lineamenti di diritto processuale penale**. 8. ed. Milano: Guiffre, 2010.p. 86

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal, Vol. IV**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142.

## **A MÍDIA COMO O QUARTO PODER E SUA INFLUÊNCIA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

**MARIA EDUARDA MOREIRA BARROS:**  
graduanda do curso de Direito pela  
Unidade de Ensino Superior do Sul do  
Maranhão – UNISULMA.

TANIRA ALVES NOVAES DE OLIVEIRA  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo teve como objetivo analisar a influência dos meios de comunicação sobre os julgamentos pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Neste contexto, questiona-se quais as principais implicações que a veiculação e os excessos da mídia podem ser preponderantes quanto a sua influência nas decisões proferidas no Tribunal do Júri? A proposta empregada para tanto, possui natureza bibliográfica, fundamentada a partir de doutrinas, artigos jurídicos, revistas e legislação vigente Constituição Federal de 1988. Diante da revisão de literatura, constatou-se que os tribunais do júri são formados por leigos que devem ser imparciais, mas sua decisão é muitas vezes influenciada pela opinião pública formada pela mídia. Em nosso país, a liberdade de expressão é um direito fundamental, mas o uso deste direito às vezes tem consequências negativas para o direito penal. Existe um sério conflito entre a liberdade de expressão e o princípio da presunção de inocência. Portanto, pode-se concluir que a influência da mídia na sociedade é tão grande que a liberdade de imprensa deve ceder para que os direitos fundamentais não sejam violados e o processo criminal não seja afetado pela constante busca do lucro. Portanto, o Judiciário não deve permanecer inerte diante desta influência, medidas urgentes devem ser tomadas, não somente a nível do júri, mas de todo o sistema judiciário.

**Palavras Chave:** Tribunal do júri. Imprensa. Julgamentos.

### **1 INTRODUÇÃO**

Hodiernamente, é indubitável a capacidade que os meios de comunicação detêm sobre o processo de formação da opinião pública. Devido às transformações tecnológicas, as relações interpessoais ganharam novas formas, e sobretudo os meios de comunicação como por exemplo: jornais, revistas, televisão, internet, etc., se utilizam dessa nova forma de transmissão de informações, cuja característica precípua é o alcance e a velocidade apta a alcançar os telespectadores em fração de segundos.

Neste contexto, desde o início da vida em sociedade, as pessoas estão fascinadas por notícias e fatos socialmente condenáveis, concentrando-se nas sanções e sentenças impostas aos infratores, e parecem gostar de assistir as mazelas dos outros (CORRÊA, 2017). O confronto entre os envolvidos em processos judiciais e a imprensa é inegável, este debate existe há muito tempo em nossa sociedade e o impacto negativo da mídia sobre a imagem do acusado não está em dúvida.

Os meios de comunicação, especialmente aqueles que sensacionalizam, acabam suprimindo o princípio constitucional da presunção de inocência e dificultando a defesa em geral, levando à condenação mesmo antes da investigação policial ou do veredicto judicial final (DIANA, 2020).

Desse modo, o artigo 2º da Constituição Federativa Brasileira estabelece que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são os poderes da União, independentes e coerentes entre si. O artigo 5º da Carta Magna define os direitos e estabelece os deveres dos patriotas desta nação.

Neste ínterim, o Tribunal do Júri foi estabelecido como o principal meio de julgar crimes contra a vida, ou seja, um meio de assegurar que os acusados sejam julgados por seus pares em circunstâncias iguais, protegendo-os assim de possíveis excessos do poder do Estado. No entanto, a verdade é que a influência da mídia nos julgamentos não foi prevista e, quando sem escrúpulos, é fatal para os direitos e garantias do acusado.

Nesta seara, questiona-se: quais as principais implicações que a veiculação e os excessos da mídia podem ser preponderantes quanto a sua influência nas decisões proferidas no Tribunal do Júri?

Para tanto, trata-se de um tema de suma relevância, visto que o Direito, sobretudo em sua esfera penal, sempre foi objeto de interesse e curiosidade da população. Essa problemática leva à questão sobre até que ponto as decisões judiciais proferidas pelo Tribunal do Júri estariam sendo influenciadas pelos posicionamentos expostos na mídia, sendo este formado, via de regra, por pessoas que não têm o conhecimento técnico da área jurídica.

Nesse sentido, os meios de comunicação, ao desconsiderarem os preceitos constitucionais, em alguns casos, condenam o réu antes mesmo de seu julgamento, não raras vezes contribuindo para um julgamento antecipado em virtude da (des)informação propagada por meios midiáticos, além de aumentarem o risco de um possível erro judiciário e gerar insegurança jurídica. Essa massificação midiática, bem como a ausência de conhecimento por alguns profissionais, advém em distorção dos acontecimentos, o que influencia gravemente no processo penal, porquanto a coletividade passa a adotar a visão de uma justiça deturpada, punitivista e não garantista.

O objetivo deste artigo foi analisar a influência dos meios de comunicação sobre os julgamentos pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Para chegar a esta conclusão, são necessários objetivos específicos, como analisar a origem e evolução histórica do Tribunal do Júri no Brasil, relatar a relação da mídia com as decisões do tribunal do júri, analisar a possibilidade de manipulação da opinião pública pela mídia nas decisões do Tribunal do Júri, e, por fim, elaborar uma breve explanação de alguns julgados do Tribunal do Júri que podem ter sido influenciados pela mídia, considerando o choque entre os princípios da liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

Portanto, diante do que foi exposto, vislumbra-se a importância do tema em questão, tanto para profissionais na área do Direito, como para a sociedade em geral, pois é um tema que precisa ser difundido com mais clareza e cautela, além colocar em evidência o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à informação. De igual forma, objetiva-se analisar como a mídia exerce papel fundamental na formação da convicção do ideário daquelas pessoas que, posteriormente, serão chamadas a compor o Conselho de Sentença, já que enquanto cidadãos do povo são mais suscetíveis de serem influenciados pelas informações difundidas pelos meios de comunicação.

Além disso, a proposta utilizada para este fim é de natureza qualitativa, pois se baseia em dados qualitativos para sustentar as hipóteses levantadas durante os trabalhos. Além disso, a revisão literária é referida como um estudo bibliográfico e é utilizada como parâmetro para encontrar respostas. Será realizado um estudo exploratório de autores que trabalham no campo do Direito Penal.

## **2 A ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL**

O Tribunal do Júri é uma instituição antiga, anterior a Cristo e que remonta aos povos antigos. Portanto, Ruy Barbosa (1950) rejeita a hipótese de que suas origens sejam na Inglaterra. Segundo Távora e Alencar (2017, p. 1231), "suas origens estão tanto em Roma quanto na Grécia, onde a religião era a base de tudo, onde a divindade era buscada, carecendo de apoio e proteção, tal como o julgamento de Jesus Cristo". De acordo com Tucci (2019), as origens dos julgamentos dos jurados estão na lei de Moisés, mas ele não descarta que ele teve origem na Inglaterra, por volta de 1915, e depois se espalhou para os Estados Unidos e outros continentes.

Na Inglaterra, os tribunais do júri só apareceram depois que o rei João Sem Terra assinou o documento que deu origem à Carta Magna, o documento legal original que estipulava, nos parágrafos 20 e 21, que o júri era composto de pessoas acusadas de processos, que seriam então julgadas por juízes chamados de bons homens, compostos de 12 pessoas que decidiriam; na Inglaterra, o povo conquistou o direito de julgar seus

semelhantes, de modo que o julgamento do júri se deslocou rapidamente para a França e se espalhou pelo mundo (FRAGOSO, 2016).

No Brasil, o Tribunal do Júri foi incorporado à legislação brasileira em 18 de junho de 1822 pelo Príncipe Regente Dom Pedro para tratar de crimes de imprensa, e era composto por 24 (vinte e quatro) cidadãos honestos, competentes e nacionalistas, nomeados pelo Corregedor para crimes de Tribunal e Câmara, com o único desejo de preservar a imprensa brasileira (NUCCI, 2018).

Em seguida, o tribunal do júri foi incorporado nos artigos 151 e 152 da Constituição Imperial de 1824 (BRASIL, 1824) e passou a fazer parte de um sistema judicial que se tornou autônomo, formado por juízes e júris, com o júri decidindo as situações e os juízes aplicando as leis, tanto civis quanto penais (NUCCI, 2015).

Neste segmento, a Constituição do Império de 1824 incluiu o julgamento pelo júri como autoridade judicial, mas não foi incluída na lista de direitos e garantias fundamentais (PORTO, 2017).

Explica Fragoso (2016) que, em 1832, depois da reestruturação, o julgamento do júri foi desenvolvido seguindo o modelo inglês, criando dois júris, um composto de 24 jurados que faziam parte da acusação e outro de 12 que emitiam o veredicto e que só podiam constituir como jurados "homens" com direito a voto, mas em 1841, pela Lei 261, o júri da acusação foi eliminado e apenas o júri do veredicto permaneceu.

### **3 A RELAÇÃO DA MÍDIA COM AS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Ao abordar o assunto e considerar o impacto negativo da mídia, deve-se primeiro conceituá-lo. A mídia é a principal responsável pelas consequências sociais, este é um fato quase irrefutável, pois basta ver que ela transforma crimes em novelas e filmes, cujo resultado o público aguarda ansiosamente. Chama-se isso de medo das repercussões sociais.

A priori, o termo "mídia" tem vários significados. Hoje, é considerado o principal meio de transmissão de informações sobre diversos tópicos e fatos, do remetente ao receptor. A mídia utiliza muitas ferramentas, seja mídia impressa, televisão, programas de rádio, *outdoors*, Internet, cinema, telefonia e outras. Esta é um meio de disseminação de informações que fornece uma forma intermediária de expressão através do qual as mensagens podem ser transmitidas, são utilizados meios de comunicação de massa (KELLNER, 2021).

Entretanto, o ponto de partida para a compreensão do assunto não se limita a definições semânticas. A palavra meio vem do latim: "o meio é o meio, o modo, a maneira,



o modo, o estado em que uma tarefa é realizada". Na linguagem técnica de comunicação, o meio se refere ao canal pelo qual o remetente transmite sua mensagem para o receptor, que é chamado de audiência. Por outro lado, a palavra mídia vem da palavra inglesa media, que pode ter duas definições: meio de transmissão de algo e também centro e ponto de equilíbrio entre os dois extremos (FRAGOSO, 2016).

A partir da concepção da mídia como um veículo, pode-se afirmar que sua função é organizar, produzir e disseminar informações que servem para entender e/ou transformar certos fatos sociais. Em contrapartida, a partir da concepção da mídia como um centro, pode-se imaginar que ela cumpre (ou pelo menos deveria cumprir) a função de difusor de equilíbrio.

Destarte, entende-se que a mídia é um meio que pode contribuir para um equilíbrio entre os diferentes componentes da sociedade através da disseminação da informação. Portanto, pode-se esperar que os meios de comunicação promovam o diálogo.

Kellner (2021) relata que, no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, o termo "mídia" não era amplamente utilizado no Brasil, a palavra ainda era vista de forma limitada por publicitários e jornalistas para se referir à disseminação de informações através da mídia. Até os anos 1980, as palavras-chave intelectuais eram mídia de massa, cultura de massa, indústrias culturais e, com menos frequência, tecnologia de comunicação. De acordo com Douglas Kellner (2021),

Rádio, televisão, cinema e outros produtos culturais fornecem modelos do que quer dizer gênero masculino ou feminino, ser bem-sucedido ou fracassar, ser forte ou fraco. A cultura da mídia também oferece o material através do qual muitas pessoas constroem seu senso de classe, etnia, raça, nacionalidade, sexualidade, "nós" e "eles". Ela ajuda a moldar a visão de mundo dominante e os valores subjacentes: ela determina o que é considerado bom ou mau, positivo ou negativo, moral ou imoral (KELLNER, 2021, p 9).

Diante da citação de Kellner, pode-se ver que a mídia tem uma grande influência na construção de modelos sociais e na imagem difundida para o público em geral.

Quanto a relação da mídia com as decisões do tribunal do júri, tendo dado o conceito da mídia, agora é necessário considerar a influência da mídia nas decisões dos juízes. Sobre esta questão, a promotora Ana Lucia Menezes Vieira (2018, p. 52-53) cita:

A linguagem sensacionalista, caracterizada pela falta de restrições, procura chocar o público, provocar um impacto e exigir seu

envolvimento emocional. Desta forma, a imprensa e a mídia televisiva constroem um modelo de informação que esbate os limites da realidade e da fantasia. Nada que uma pessoa vê (imagem televisiva), ouve (rádio) e lê (imprensa jornalística) deixa o consumidor de notícias sensacionalistas indiferente. As fortes emoções evocadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O assunto não se afasta das notícias, mas faz parte delas. A mensagem agarra o destinatário e permite que ele escape da vida cotidiana, nem que seja só por um momento. A imaginação é atraída para este mundo e o leitor ou espectador se torna inerte, incapaz de colocar uma barreira aos sentidos, de distinguir entre o real e o sensacional.

Esta incapacidade do receptor de distinguir acarreta grandes problemas e simultaneamente o maior poder para a mídia, pois, se o espectador fosse capaz de filtrar racionalmente as informações que lhe são transmitidas, ele ficaria frustrado com o sensacionalismo. Mas a mídia conhece os pontos fracos de seus receptores e os explora a seu favor.

A manipulação e interferência da mídia na esfera social é tão forte que tem consequências sociais e move a população em todas as direções: da tristeza por um incidente isolado à raiva e à necessidade urgente de tomar a justiça em suas próprias mãos ou de pressionar o próprio sistema judiciário, com implicações para o sistema penal.

Neste diapasão, a liberdade de informação é garantida por várias disposições constitucionais, tais como o Artigo 5º, parágrafos IV, IX e XIV, e o Artigo 220. Sérgio Ricardo de Souza (2018, p. 103) ressalta que:

De fato, a informação como meio de adquirir conhecimento, de conter os acontecimentos que advêm no local em que a pessoa atua, é agora mais do que um direito: é uma necessidade inegável, sem a qual não existe conhecimento, não há liberdade, a igualdade se desmorona, a existência da democracia é impedida, e a possibilidade de se alcançar uma sociedade justa e participativa é suprimida, fornecendo uma exceção indesejada e até inaceitável - de excluir a capacidade do indivíduo de interagir socialmente de uma forma que permita compreender a própria sistemática de funcionamento social e de atuar de forma crítica, tornando-se um insulto a Constituição Brasileira em seus próprios fundamentos.

O que Sergio Ricardo aponta são as diversas violações dos princípios constitucionais implícitos e explícitos devido à influência da mídia. Pode-se dizer com certeza que o problema está longe de ser conclusivo, pois a própria mídia condena a priori qualquer

cidadão envolvido em um crime, horrível ou não, eliminando garantias individuais e aumentando a criminalidade, mesmo indiretamente, fazendo o público acreditar que as leis não funcionam, e as autoridades estabelecidas fazem seu trabalho, aumentando o sentimento de pânico e insegurança jurídica, enquanto o legislador opta por “malhação do Judas”, que corrige a lei sem reservas (SOUSA, 2018).

Ainda segundo os ensinamentos de Sousa, o dia fatídico chegará e os "culpados" serão finalmente derrotados, primeiro pela própria mídia, que será a primeira a cometer a traição e condenar os acusados, depois por uma população já enfurecida e cega, porque não vê o prometido efeito calmante, e finalmente pelos operadores da lei, que têm diante de seus olhos muitas brechas e rachaduras de inconstitucionalidade.

Um excelente exemplo a ser dado de toda a influência e ideia que o estado de exceção tem é a Lei de Crimes Hediondos, baseada em suas penas excessivamente severas, o que fez o acusado, agora condenado sem o benefício de um regime progressivo, acreditar que a maré de crescimento do crime seria estancada. Mas, o que tem sido esquecido é a obsolescência dos instrumentos, incluindo o aparelho policial judicial, e a ineficácia das instituições penitenciárias, que acabaram se saturando, dando origem a outras formas de organizações criminosas dirigidas a partir das mais diversas prisões do país. Deve-se notar também que as prisões se tornaram grandes "escolas do crime" que perderam sua função ressocializadora (SILVA, 2022).

Sem palavras minuciosas, pode-se dizer que a Lei de Crimes Hediondos é nada menos que um exemplo deplorável da tendência moderna para a política criminosa de mercado, alimentada pelas notícias, ou frutos da mídia, que obviamente pagam dividendos eleitorais.

É surpreendente como a mídia consegue interferir desta forma com as opiniões de indivíduos e advogados. Às vezes, o apelo emocional acrescentado às reportagens não é apenas um risco, mas também uma clara intenção de distorcer os fatos tornados públicos. Isto é altamente insensato em relação a incidentes que serão objeto de julgamentos criminais, pois pode criar uma série de conflitos entre os valores legais.

A cobertura repetida dos crimes, concentrando-se no suposto autor, apresentando o acusado como um bandido ou um "inimigo do Estado", cria uma tensão entre o direito à liberdade de expressão e os direitos individuais do acusado, ambos constitucionalmente importantes (SILVA, 2022).

Destarte, o que mais consterna é que antes que a mídia tivesse tanta credibilidade diante do povo, eles só se tornaram aliados, o que tornou a mídia cada vez mais influente

e, com uma reação social, contribuiu para o desequilíbrio de nosso sistema judiciário, o que é confirmado pelo contágio de ideias seculares e ainda mais desequilíbrio.

Assim, resta saber se um juiz com poder de decisão, ou o que pode-se chamar de veredicto de livre motivação, pode realmente cair sob a influência de negligência da mídia e ressonância pública, sentindo uma pressão direta ou indireta para punir este réu mais severamente, tratando-o com a mesma opinião que a mídia amplamente divulgou, privando-se assim de imparcialidade e "livre convicção" (NUCCI, 2018).

Ainda sobre a questão da influência, a mídia molda a opinião pública, criando medo, terror, incerteza e a falsa realidade de um momento social vivido. Além disso, confirmam uma atmosfera de indignação, convulsão social, agitação popular e pressão sobre os envolvidos no processo, causando danos irreparáveis ao acusado como exclusão social, prisão injustificada, ou seja, a punição por seu suposto crime já começa a fluir no momento da acusação, do julgamento preliminar e finalmente da condenação do acusado com o princípio constitucional de julgamento justo e ampla proteção.

É necessário citar *in verbis* Jadson Pereira de Almeida sobre o impacto da coleta de informações sobre o sistema de justiça criminal e o julgamento justo:

Na sociedade brasileira contemporânea, a justiça criminal e a mídia têm uma relação muito estreita. As pessoas estão interessadas em informações sobre o contorno das regras penais. Assim, a imprensa não pode ficar alheia aos interesses por trás do crime, mesmo que seja o "olho da sociedade". Jornais, revistas e programas noticiosos de televisão e rádio dedicam muito espaço a este tipo de notícias. A revelação dos crimes e o sensacionalismo de certas mídias tendem a reforçar o clima de medo e insegurança. O crime atinge seu auge e a sociedade começa a acreditar que está sofrendo com o crime. Criase uma falsa realidade que evita os verdadeiros números do crime (ALMEIDA, 2017, p. 33).

A mídia, com todas as suas intervenções, acaba sendo um tribunal popular cheio de traumas constitucionais e veredictos arbitrários.

### 3.1 A Mídia como um 4º Poder

O poder da mídia é tão conhecido que tem sido chamado de quarto poder de governo, juntamente com os poderes legislativo, executivo e judiciário (BRITO, 2019). Nos últimos anos, a imprensa tornou-se tão poderosa que é difícil acreditar que tenha sido censurada, ou ainda seja, em algumas partes do mundo. É muito notável sua importância para a própria sociedade, pois a mídia é verdadeiramente indispensável hoje em dia, mas

ela deve se limitar a retratar os acontecimentos com precisão, sem atrasos desnecessários ou sensacionalismo. O principal problema com isto é a falta de ética profissional e de lealdade à informação.

Esta ideia da mídia como quarto poder surgiu há muitos anos, como diz Auriney Uchôa de Brito:

A ideia da mídia como "quarto poder" nasceu na Inglaterra no início do século XX, quando uma galeria foi instalada no prédio do Parlamento inglês para abrigar os repórteres encarregados de monitorar as decisões dos três poderes: secular, clerical e comunal. Assim, a presença daqueles que tornam essas decisões conhecidas é conhecida como o "quarto estado". O termo tornou-se popular nas democracias ocidentais até se associar com os poderes conhecidos: o legislativo, o executivo e o judiciário. Até então, os responsáveis pela visibilidade dos assuntos públicos constituíam o poder de controle e eram necessários para garantir a possibilidade de expressão do pensamento e a liberdade de expressão dos cidadãos. Trata-se de controlar os cidadãos para o pleno exercício da democracia (BRITO, 2019, p.12).

Assim, nota-se que a mídia teve sua influência por muito tempo, a questão que surge agora é se esta influência pode ser usada em benefício do poder legítimo ou não. Obviamente, pode-se responder que não é para melhor, pois várias consequências negativas das atitudes da mídia foram listadas. Logo percebe-se que o termo "quarto poder" vem do poder e influência que a mídia exerce sobre a população em geral, manipulando e sensacionalizando notícias e fatos, o que em última instância leva a "construir" sua verdade ou o que eles acreditam ser a verdade, de modo que as pessoas se alienam e reproduzem fielmente o que foi vendido (BRITO, 2019).

As pessoas alienadas se tornam marionetes porque são fáceis de manipular, fáceis de tratar e fáceis de fazer reproduzir o que querem. E infelizmente, é fácil verificar que a população em geral não questiona as informações transmitidas pela mídia, essas informações são facilmente assimiladas e conseqüentemente plantadas na mente dessas pessoas, que sem mais delongas começam a reproduzir o que lhes foi dito, ou mesmo sem questionar se as notícias que lhes são dadas são justificadas ou não.

#### **4 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI**

O exagero nas ações e reportagens da mídia muitas vezes cruza a linha de consideração e ética e se torna distorcido, por exemplo, quando um jornalista investigativo

começa a deflagrar uma operação policial amadora, age politicamente ou mesmo julgando, fabricando vítimas e suspeitos em suas histórias (BUDÓ, 2016). Neste caso, a mídia muitas vezes esquece os direitos individuais em nome de um direito perverso à informação. Claramente, a grande maioria dos casos diz respeito aos direitos dos acusados que, diante do direito constitucional à liberdade de imprensa, acabam por ignorá-lo.

Nos comentários de Juliana Câmara (2022),

Ao relatar os desenvolvimentos no sistema de justiça criminal, o funcionamento deste mecanismo de disseminação de informações entra em conflito com os direitos individuais explicitamente protegidos pela Carta Magna (CAMÁRA, 2022, p. 58).

O enfraquecimento dos direitos e garantias fundamentais veiculados pela mídia significa que, em última análise, é a opinião individual de cada cidadão que, não tendo pleno acesso a informações confiáveis sobre os fatos relatados nas notícias, acaba acreditando no que é veiculado. Tal circunstância pode constituir uma violação real das garantias fundamentais quando os réus são julgados por seus pares em um julgamento de júri, como estabelecido constitucionalmente no Artigo 5º, parágrafo XXXVIII.

Livrar-se de preconceitos, ideias preconcebidas e experiências passadas não é uma tarefa fácil hoje, dada a atração da mídia por crimes deliberados contra a vida. Como são as pessoas, em sua maioria não iluminadas, visadas pela mídia, que decidirão a liberdade de seus pares em casos perante o júri popular, todas as informações veiculadas pela mídia podem influenciar muito a decisão do júri, fazendo com que o júri aja mais com base nas emoções e preconceitos propagados pela mídia do que com base na razão e imparcialidade na avaliação das informações fornecidas a eles durante o julgamento (LEITE, 2021).

Desse modo, um réu que não é realmente responsável por um crime contra a vida pode ser considerado culpado no final do julgamento, graças a uma verdade inventada pela mídia e transmitida às massas através de informações jornalísticas incessantes e ações inúteis da mídia política. Quanto ao discurso criminalista da mídia brasileira de hoje, que influencia a opinião pública dividindo o bem e o mal de uma forma maniqueísta, Budó (2016), explica:

Além disso, a mídia também contribui para reforçar os sentimentos de medo e insegurança que desvalorizam o sistema de justiça criminal. Isto acontece através da disseminação de discursos que incentivam a punição sem destacar as deficiências do sistema de justiça criminal (BUDÓ, 2016, p. 59).



Outra forma de contribuir para a intensificação do sistema de justiça criminal é a destruição conceitual dos direitos e garantias básicas de suspeitos, réus e condenados, reduzindo o ideal do fiador a uma ilusão de "tolerância ao crime" (PEREIRA NETO, 2019, p.10).

As ações da mídia podem pôr em perigo os direitos e garantias fundamentais e invioláveis dos cidadãos, expondo constantemente os envolvidos em crimes de alta visibilidade e influenciando e manipulando as decisões do povo nos casos em que eles, através de um tribunal popular, decidem sobre o futuro de seus semelhantes, com base nas informações transmitidas pela mídia. Neste sentido, dois casos reais e recentes merecem ser mencionados como ilustração, nos quais a constante interferência da mídia na cobertura dos crimes acabou dando comoção nacional ao fato, criando uma situação de mal-estar e um clamor geral da sociedade.

O caso de Isabella Nardoni, a menina que morreu após ter sido jogada de uma janela do sexto andar por seu pai e madrasta no início de 2008, é um dos crimes mais comentados nos últimos anos, especialmente por causa das circunstâncias do caso. A vítima tinha apenas cinco anos na época e a forma como foi morta foi brutal e fria. A notícia foi constantemente atualizada para que todos pudessem ter acesso ao caso e acompanhar o progresso da investigação e a vida das pessoas envolvidas na morte de Isabella.

Um dos jornais mais respeitados e lidos no país, a Folha de São Paulo, publicou diariamente notícias, às vezes vários artigos por dia, sobre o caso de Isabella desde 29 de março, data do incidente, até vários meses depois, basta fazer uma rápida busca das notícias no site oficial do jornal (MANZINI, 2008). Todos acompanharam de perto os resultados dos exames, o conteúdo dos testemunhos, os interrogatórios e os comentários dos especialistas, assim como a vida dos dois suspeitos.

Com relação a este último, deve-se notar que, desde o início, embora os relatos se referissem a eles como "suspeitos" ou "investigadores", havia muitos relatos identificando o pai e a sogra da vítima como os verdadeiros culpados, seja através de declarações de advogados, jornalistas ou mesmo de artistas influentes.

Para confirmar isto, dezenas de pessoas se reuniram em diferentes lugares para protestar contra o casal acusado, exigindo justiça, chamando-os de "assassinos" e até mesmo incitando a um linchamento público dos acusados. Em março de 2010, o pai e a madrasta de Isabella foram considerados culpados por um tribunal da morte de uma criança e condenados a 31 anos, 1 mês e 10 dias e 26 anos e 8 meses de prisão, respectivamente, o que chamou a atenção de muitas pessoas, inclusive em público (MANZINI, 2008).

Muniz Sodré, ao destacar a importante interferência da mídia no caso Nardoni, sublinha e identifica uma característica desta interferência: a ausência de "ouvir as vozes a favor", como ele diz, do casal acusado. Ele acrescenta:

No entanto, a mídia não é um julgamento do júri. Sua função é relatar os fatos e o processo, mas não julgar, apesar do que parece óbvio para todos. Seria útil para o jornalismo ouvir declarações de pessoas próximas ao acusado, tais como pais, irmãos, etc. Isto poderia lançar luz sobre o caso e os fatos. Isto poderia lançar luz socialmente útil sobre distorções perversas da consciência, sobre o que é conhecido em português do século XVI como *maleza* (SODRÉ, 2010, ed. 583).

Outro caso interessante de impacto social, muito semelhante ao anterior, é o desaparecimento de Elisa Samúdio, amante do ex-goleiro do Flamengo Bruno, em 2010. O esportista teve um caso com Elisa, uma relação de curta duração, mas que permitiu à então modelo e atriz ter um filho com Bruno, que não reconheceu a paternidade da criança. Segundo relatos, antes de seu desaparecimento, Eliza disse à família que, a pedido de Bruno, ela iria a uma fazenda de goleiros perto de Contagem, Minas Gerais, para que eles pudessem conversar. A vítima desapareceu desde então e ainda não foram encontrados restos mortais para provar a morte de Eliza, mas para a defesa, esta foi uma suposição, uma vez que os participantes do crime a admitiram.

Camargo (2011) relata que o tribunal condenou o ex-atleta a 22 anos e três meses de prisão, além de penas de prisão para outros participantes e cúmplices do goleiro, que deram detalhes de como capturaram Eliza, a mataram e esconderam seu corpo. Desde o início da investigação, a imagem de Bruno e Eliza na mídia mudou. No início, Bruno foi apenas uma vítima do mistério do desaparecimento de Eliza, depois de algumas revelações policiais, Bruno passou de um esportista excitado a um assassino violento, assim como a vítima mortal passou de prostituta a modelo e uma jovem mulher com sonhos interrompidos.

Na ausência de informações sobre o caso, a problemática relação do goleiro com várias mulheres e o filho do casal foram objeto de dois artigos no Último Segundo, que podem ser considerados exemplos da influência e irresponsabilidade da mídia no planejamento e enquadramento de histórias que, além de controversas, podem ter um impacto negativo, julgando injustamente as pessoas e usando o espetáculo para atrair o público, alcançando assim o que às vezes parece ser o único objetivo (CAMARGO, 2011).

Os comentários de Luciano Martins Costa em julho de 2010 também mostraram a obsessão da mídia com o caso e a iminente condenação dos suspeitos:

Os jornais semanais já haviam publicado a história do desaparecimento de Elisa Samúdio em suas primeiras páginas, mas só na quarta-feira (7/7) é que a imprensa teve acesso aos detalhes horripilantes do crime. Ao final da semana, a polícia não tinha dúvidas e a imprensa já havia dado seu veredicto (COSTA, 2010).

Os exemplos acima demonstram que o papel da mídia em muitos casos de crime de alto impacto vai além da mera reportagem, e que a mídia efetivamente manipula os fatos de forma seletiva e planejada, identificando e condenando os perpetradores, influenciando assim fortemente as opiniões daqueles que não têm acesso a informações confiáveis.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao término deste estudo, pôde-se perceber que, na atual era da informação, a popularização da mídia, como a televisão e a Internet, significa que todo tipo de informação atinge quase todos os brasileiros, inclusive as classes mais baixas, que carregam pouco ou nenhum conhecimento técnico. E que, dada a forte influência da mídia na sociedade, é urgente reformar o tribunal do júri para assegurar os direitos e garantias augurados na Constituição Brasileira.

É bem conhecido que hoje a mídia vai além de seu papel de mera informação e influencia o sistema judicial e as decisões dos jurados, que se sentem pressionados a julgar de acordo com o que a mídia dita. Um jurado, como pessoa sem conhecimento legal, assistindo às notícias e sendo bombardeado de emoções, não pode ser imparcial durante um julgamento.

Notou-se também que os jurados não devem ser influenciados de forma alguma, pois é assim que o júri expressa seu livre-arbítrio. Mas, diante disso questiona-se como a mídia pode relatar fatos criminosos como se eles fossem verdadeiros? A imparcialidade das decisões do júri deve ser garantida para que o princípio da presunção de inocência não seja violado. Devem ser encontradas formas de impedir que a mídia interfira e influencie o processo criminal.

Os membros do tribunal do júri devem desconsiderar o que foi publicado na mídia e manter o foco apenas ao que foi dito pela acusação e pela defesa e confiar na verdade real. A mídia tem interesse declarado em influenciar o público com suas sensacionais notícias com o único propósito de lucro.

Assim, este artigo concluiu que a influência da mídia na sociedade é tão grande que a liberdade de imprensa deve ceder para que os direitos fundamentais não sejam violados

e o processo criminal não seja afetado pela constante busca do lucro. Portanto, o Judiciário não deve permanecer inerte diante desta influência, medidas urgentes devem ser tomadas, não somente a nível do júri, mas de todo o sistema judiciário.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal**. Vitória da Conquista-BA: 2017. Monografia Científica em Direito na FAINOR-Faculdade Independente do Nordeste.

BARBOSA, Rui. **O júri sobre todos os aspectos**. Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1950.

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

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 20 de set. 2022.

BRITO, Auriney Uchôa. **Poder da Mídia: Uma Análise do Direito Penal na Sociedade da Informação**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2019. Disponível em [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2517.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2517.pdf). Acesso em: 28 set. 2022.

BUDÓ, Marília Denardin. Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistema penal. **UNirevista – Universidade do Vale dos Sinos**, São Leopoldo/RS, vol. 1, n. 3, jul/2016. p. 8. Disponível em: [http://www.unirevista.unisinos.br/\\_pdf/UNIrev\\_Budo.PDF](http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Budo.PDF). Acesso em: 05 out. 2022.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa. **Revista Esmese – Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju/SE, n. 17, 2022. p. 265-289. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf>. Acesso em: 18 set. 2022.

CAMARGO, Aline. Para a mídia, não há suspeitos. **Blog “Plural: Observatório de Comunicação e Cidadania”**. 31 de maio de 2011. Disponível em: <http://www2.faac.unesp.br/blog/obsmidia/2011/05/31/para-a-midia-nao-ha-suspeitos/>. Acesso em: 06 out. 2022.

CASAL Nardoni é condenado pela morte de Isabella. **Último Segundo IG**, São Paulo, 27 de março de 2008. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/casoisabellanardoni/casal+nardoni+e+condenado+pel+a+morte+de+isabella/n1237588294969.html>>. Acesso em: 06 out 2022.

CORRÊA, Fabricio da Mata. **O poder da mídia sobre as pessoas e sua interferência no mundo do direito**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941433/o-poder-da-midia-sobre-as-pessoas-e-sua-interferencia-no-mundo-do-direito>. Acesso em: 14 ago. 2022.

COSTA, Luciano Martins. Um Brasil de Brunos e Elizas. **Observatório da Imprensa**. 09 de julho de 2010. Disponível em: <[http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/um\\_brasil\\_de\\_brunos\\_e\\_elizas](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/um_brasil_de_brunos_e_elizas)>. Acesso em: 30 ago. 2022.

DIANA, Daniela. **Meios de Comunicação**. Toda Matéria, 2020. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/meios-de-comunicacao/>. Acesso em: 30 set. 2022.

FRAGOSO, Christiano. **A influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados**. - 1. Ed. – Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

KELLNER, Douglas. **A cultura da mídia – estudos culturais: identidade e política entre o moderno e o pós-moderno**. Bauru: EDUSC, 2021.

LEITE, Bruna Eitelwein. **A influência da mídia no princípio da presunção de inocência no Tribunal do Júri**. 2011. Artigo extraído da Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, Porto Alegre/RS, 2021. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/bruna\\_leite.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bruna_leite.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2022.

MANZINI, Gabriela. Suspeita de agressão paterna contra menina indefesa acirra revolta. **Folha Online**, São Paulo, 20 de abril de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u393882.shtml>. Acesso em: 05 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. – 13. ed. rev., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015.

PEREIRA NETO, Luiz Fernando. O princípio do estado de inocência e a sua violação pela mídia. **Anais do Congresso Internacional de Ciências Criminais**, II edição, 2019. Disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz\\_Fernando.pdf](http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Luiz_Fernando.pdf). Acesso em: 05 out. 2022.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**: procedimento e aspectos do julgamento. Questionários. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Cícero Henrique Luís Arantes da. **A mídia e sua influência no Sistema Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2022. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2814>>. Acesso em: 20 set. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 44<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

SODRÉ, Muniz. Sobre as vozes do espanto. **Observatório da Imprensa**, ed. 583, 30 de março de 2010. Disponível em: <[http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/sobre\\_as\\_vozes\\_do\\_espanto](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/sobre_as_vozes_do_espanto)>. Acesso em: 02 set. 2022.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal** - 12. Ed. JusPodivm, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri. **Estudo sobre a mais democrática instituição Jurídica brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.



## O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL E A EXPOSIÇÃO DE DADOS NA INTERNET

**KAROLYNE SANTOS COSTA:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade de Gurupi – UnirG.

ANTÔNIO JOSÉ ROVERONI<sup>25</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A internet foi um dos maiores avanços da humanidade, pois facilitou, dentre outros benefícios, a comunicação entre os indivíduos e a interação comercial. Para, além disso, trouxe também prejuízos, causados, sobretudo no que se refere aos limites impostos pela privacidade, intimidade e liberdade dos usuários. Diante desse fato, o presente estudo teve como objetivo apresentar uma análise a respeito do Direito à Privacidade no mundo digital. Para isso, discorreu-se a respeito da exposição de dados na Internet e como isso afeta o respectivo direito. 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 diante da complexidade encontrada no tema relacionado à Era Digital, a privacidade ainda continua a ser explorada e não respeitada. Contudo, o direito brasileiro, por meio da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) trouxe uma maior segurança jurídica. Nesse caso, com base nesta lei, fica nítido observar que o dono do dado ou informação pessoal é a quem ele diz respeito.

**Palavras-chave:** Privacidade. Exposição de dados. Tecnologia. Internet.

**ABSTRACT:** The internet was one of the greatest advances of humanity, as it facilitated, among other benefits, communication between individuals and commercial interaction. In addition, it also brought damage, caused, especially with regard to the limits imposed by the privacy, intimacy and freedom of users. Given this fact, the present study aimed to present an analysis of the Right to Privacy in the digital world. For this, we discussed the exposure of data on the Internet and how it affects the respective right. 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 given the complexity found in the topic related to the Digital Age, privacy still continues to be explored and not respected. However, Brazilian law, through the General Data Protection Law (LGPD) brought greater legal certainty. In this case, based

---

<sup>25</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

on this law, it is clear to note that the owner of the data or personal information is who it concerns.

**Keywords:** Privacy. Data exposure. Technology. Internet.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Direito à Privacidade: Aspectos gerais. 4. Da Lei Geral de Proteção de Dados. 5. Das consequências jurídicas. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos direitos mais protegidos do indivíduo está relacionado à sua privacidade. Conforme explana Peixoto e Júnior (2020) o Direito à Privacidade é uma garantia que envolve não só intimidade e vida privada, mas é a exacerbação desses direitos, que são inerentes à natureza humana.

Todavia, Blum (2018) acrescenta que a privacidade não pode ser vista somente através da ótica da invasão (como decorre dos conceitos de direito de estar só e de resguardo contra interferências alheias), ela deve ser tida também como controle de dados pessoais e de acesso a tais dados.

Encontrada no texto constitucional e afins, a privacidade por muito tempo era destinada ao aspecto íntimo do indivíduo. Contudo, com o avanço da tecnologia, principalmente da Internet, a privacidade deixou de ser algo particular para se tornar um modo público de expor a intimidade e dados pessoais.

Nesse cenário, encontra-se um entrave que vem sendo debatido e discutido pelos Tribunais, pela doutrina jurídica e pela sociedade: os limites que a Internet e todo o seu aparato traz ao Direito à Privacidade. Questiona-se até que ponto a privacidade está ameaçada com o avanço da tecnologia informática.

É sabido que grande parte da exposição de dados de uma pessoa é feita pelo próprio indivíduo. No entanto, muito da exposição (ligada ao senso de liberdade individual) é usada por terceiros para cometer diversos crimes, com as informações roubadas. Como aduz Taulli (2020) a privacidade no meio ambiente digital deve ser considerada sob a possibilidade de consequências muito mais gravosas, no caso de violação.

Com esse fato, a legislação brasileira, através da Lei nº Lei nº 13.709/2018 conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), veio trazer maior proteção jurídica aos dados pessoais dos indivíduos. Por meio desta norma, o direito à privacidade pode ser regulado no campo da Era Digital.

Diante desses fatos, esse estudo teve como base a seguinte indagação: as diretrizes institucionais são suficientes sob os atuais desafios tecnológicos em relação a proteção de dados e conseqüentemente o direito à privacidade?

Assim, essa pesquisa buscou descrever o Direito à Personalidade na perspectiva do mundo digital e suas conseqüências jurídicas e sociais. Trouxe a tona a discussão sobre os limites que a privacidade possui dentro dessa seara e a eficácia da LGPD nesse assunto.

## **2. METODOLOGIA**

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método dedutivo 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 agosto e setembro de 2021.

## **3. DIREITO À PRIVACIDADE: ASPECTOS GERAIS**

Antes de se adentrar no tema central desse estudo, é necessário inicialmente discorrer em linhas gerais sobre o Direito à Privacidade. Historicamente, a preocupação com a privacidade e durante muito tempo, foi algo restrito a uma pequena parcela da humanidade. Muitos nunca tiveram e outros ainda não tem uma noção, ainda que mínima, daquilo que se pode tratar por privacidade nos dias de hoje. Ao longo da história, nas diferentes sociedades e em seus mais diferentes meios, a noção de privacidade foi sentida de uma maneira muito própria em cada círculo social. Daí a razão de se dizer que a privacidade é algo plástico, que varia conforme a época e o local. É adaptável, valorada de um jeito por uma cultura, e até dispensável para outra.

Anterior ao século XIX, a privacidade não era concebida como um direito autônomo. Pelo contrário, sua tutela era conhecida de forma reflexa, com fundamento na liberdade, propriedade e até mesmo no direito à honra.

Foi somente no final daquele século que Warren e Brandeis publicaram na Harvard Law Review o famoso artigo *The Right to Privacy*. Preocupados com o avanço da tecnologia (na época a invenção das máquinas fotográficas portáteis), os autores buscaram moldar uma nova concepção àquele direito, fundamentando-o, enfim, na inviolabilidade pessoal da intimidade. Foi desta maneira que o *right to privacy*, entendido como direito de estar só, conquistou, ainda que timidamente, sua autonomia (VIDAL, 2017).

A partir de então, o século XX foi palco para a evolução e consolidação deste direito, que passou a fazer parte da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, posterior a isto, teve seu desenvolvimento na jurisprudência e a na lei constitucional de vários Estados do globo.

No que tange ao conceito de privacidade, vários foram as definições criadas ao longo do século XX. Leonardi (2009) coloca a privacidade com base em 4 categorias: "a) o direito a ser deixado só (*the right to be let alone*); b) o resguardo contra interferências alheias; c) segredo ou sigilo e d) controle sobre informações pessoais".

A privacidade não pode ser vista somente através da ótica da invasão (como decorre dos conceitos de direito de estar só e de resguardo contra interferências alheias), ela deve ser tida também como controle de dados pessoais e de acesso a tais dados. Contudo, entendê-la somente neste sentido, também, não é suficiente, visto que estaria deixando de lado a questões atinentes à tomada de decisões no âmbito da vida privada e da própria invasão da mesma.

Vidal (2017) nesse caso, entende que a analisar sob o viés único de segredo ou intimidade tem-se mostrado inadequado, uma vez que a transferência de dados e sua exposição é constante, ao passo que informações pessoais e íntimas nem sempre são secretas, tampouco uma afronta direta à intimidade do indivíduo. Seu processamento e disseminação que, posteriormente e de forma estrutural e sistêmica podem causar graves danos à pessoa.

Para buscar entender melhor a privacidade, Solove (2009) explica que para entendê-la é necessário se basear em 4 grupos básicos de atividades ofensivas à privacidade: (1) coleta de informações, (2) processamento de informações, (3) disseminação de informações, e (4) invasão. Cada um destes grupos engloba diversos subgrupos, aos quais, para não estender o assunto, não serão comentadas.

Apesar desse entendimento, o conceito trazido por Solove (2009) não deixou de ser alvo de críticas. O fundamento para a sua aversão a essa concepção reside no fato de que ela é criada basicamente em cima de conflitos, característica do sistema *common law*. Por essa razão, entende-se que este enfoque pragmático não seria capaz de tecer um sistema normativo sobre a privacidade. Além disto, a negação de um núcleo à privacidade faz com que ignore a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Leonardi (2009), em seu turno defende a ideia de que o conceito de Solove (2009) não pode ser totalmente ignorado, uma vez que confere a privacidade uma perspectiva inovadora, principalmente em face dos novos conflitos inflamados pela tecnologia.

De todo modo, a privacidade, na doutrina brasileira encontra base nos direitos fundamentais, dentre os quais, se destaca o da personalidade. Dentre desse espectro, há a dignidade da pessoa humana. Blum (2018) enfatiza que o centro dos direitos da personalidade se molda na proteção da dignidade da pessoa humana. A autora explica que o direito à privacidade faz parte da construção do ser humano, sendo parte da sua existência, trazendo dignidade e condições para o desenvolvimento de suas potencialidades. Ademais, a autora afirma que a privacidade é, portanto, um reflexo da dignidade da pessoa humana.

Esclarecidos alguns pontos em relação à privacidade, é importante contextualizá-lo à realidade social nos dias atuais. Na atualidade, o crescimento da tecnologia, em especial da área da informática, tem sido impactante em todos os setores e esferas sociais. Ainda que traga vantagens importantes, principalmente no âmbito social e tecnológico, a exposição e transferências de dados pessoais tem cruzado o caminho da tutela da privacidade.

Como forma de regular esse cenário, o Brasil tem atualmente como fundamento a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que discorre justamente sobre essa questão, e que será melhor analisada no tópico seguinte.

#### **4 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)**

Como mostrado no tópico anterior, o Direito à privacidade teve mudanças significativas em razão da entrada dos avanços tecnológicos, principalmente na área informática. Muitos crimes foram surgindo nesse contexto, o que fez com diversas leis fossem criadas no intuito de penalizar e prevenir a ocorrência de tais crimes.

Para fins desse estudo, encontra-se base a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A presente norma surgiu no ano de 2018, como resultado de inúmeros debates e consultas públicas ao longo dos últimos anos.

Como bem explica Mendes e Doneda (2018) a LGPD é resultado da participação da sociedade, dos órgãos reguladores e do Poder Executivo, que diante de uma realidade cada vez mais presente na comunidade, não poderia se ausentar em regular sobre a proteção de dados pessoais.

Pinheiro (2020) afirma que essa Lei está ligada ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, porque ela iniciou uma dependência das movimentações internacionais de base de dados, principalmente no que tange às pessoas. Isso é reflexo da globalização, que de certo modo ampliou a abertura de troca de dados. A lei vem no sentido de protegê-los.

No direito brasileiro, a LGPD tenciona manter uma rede maior de tutela dos dados pessoais e particulares dos cidadãos. Mendes e Doneda (2018) afirmam que tal lei oferta ao indivíduo uma proteção mais segura sobre os dados próprios que são compartilhados e expostos, principalmente pelo mercado e pelo setor público. Aqui, buscou criar limites ao uso dos dados dos cidadãos por empresas e governos.

Nesse sentido, cita-se o presente julgado que corrobora com a afirmativa acima exposta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONSUMIDOR E PROFISSIONAL DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO CORRETIVO. JUNTADA DE DOCUMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES. PACIENTE. SIGILO. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. INFORMAÇÕES PESSOAIS. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. DADOS SENSÍVEIS. PROTEÇÃO. NECESSIDADE. [...] 2. **A Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, tanto de direito público quanto privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade.** 3. A lei exige o consentimento expresso do titular para o tratamento dos dados ou, tratando-se de crianças e adolescentes, o consentimento específico realizado por um dos pais ou representante legal (art. 7º, I e art. 14, §1º). [...] 5. Recurso conhecido e provido. (07043911920228070000 - (0704391-19.2022.8.07.0000 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 8º Turma Cível. Relator: DIAULAS COSTA RIBEIR. Data de Julgamento: 20/04/2022. Publicado no DJE: 03/05/2022). (grifo meu)

Ao descrever os principais pontos dessa Lei, inicialmente ela trouxe o conceito de dado pessoal. Em seu artigo 5º, I, explica que dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Em outras palavras, é todo dado que (isolado ou agregado) possibilite a identificação de uma pessoa natural. Exemplo disso pode ser representado pelo nome, pelo telefone, pelo CPF ou por e-mail (BRASIL, 2018).

Monteiro (2018) cita que também se enquadra no rol de dados pessoais, os programas de processamento de informações que buscam analisar determinados comportamentos em grupos, interferindo na vida dos seus integrantes. Os dados que não sejam pessoais, são caracterizados pelas informações que não dizem respeito a uma pessoa natural, portanto, fora do escopo de aplicação de leis de proteção de dados pessoais.



Frazão; Tepedino; Oliva (2019) acreditam que nos dias atuais já não existam dados que não possam ser relevantes no meio digital. Segundo os autores, toda e qualquer informação é útil para o mercado, para o Governo e sociedade.

Agostinelli (2018) acrescenta que os dados pessoais por fazerem parte da personalidade, deve ser sempre levado em consideração em qualquer situação. Assim, qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais.

A LGPD se baseia em 3 características centrais; a saber: i) amplo conceito de dado pessoal; ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal; e iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses.

Além destes, importante destacar que aquele que possui o dado ou que seja detentor de informações de outrem, necessita agir com boa-fé, ao qual deve objetivar em não expor tais dados e que não os utilize para fins ilícitos ou que ainda esses dados não sejam destinados a fim diferente da sua finalidade (AGOSTINELLI, 2018).

Veja-se que até aqui, a presente norma se encontra baseada no direito à privacidade, uma vez que ela busca regular qualquer extrapolação a esse direito, que é uma garantia constitucional de todos. Nesse sentido, importante destacar o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REJEITADA. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEITADAS. MÉRITO. **DADOS PESSOAIS. AMPLA PROTEÇÃO NORMATIVA. DIREITO FUNDAMENTAL. DIREITO À PRIVACIDADE. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. LGPD. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA. [...]** 4. **A proteção aos dados pessoais está diretamente ligada ao direito à privacidade, que consta expressamente no rol dos direitos fundamentais da Lei Maior. Assim, a disponibilização de dados pessoais pode causar "danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários". Precedente do STF.** 5. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD possui carga de agregar, isto é, sua positivação possui valor substancial de incrementar o atual ordenamento jurídico brasileiro, em nada obstando a tutela

jurisdicional, amparada em outras normas, no que se refere à proteção de dados pessoais. [...] 7. Recurso conhecido. Preliminares rejeitadas. No mérito, recurso não provido. Sentença mantida. (07337853920208070001 - (0733785-39.2020.8.07.0001 - Res. 65 CNJ). TJDFT. 1º Turma Cível. Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES. Data de Julgamento: 28/07/2021. Publicado no PJe: 09/08/2021). (grifo do autor)

Carvalho et al. (2019) explicam que a LGPD pode ser vista e aplicada em variadas situações, desde que se trate de dados pessoais, incluindo aí o setor público. De todo modo, esta norma é um importante mecanismo de proteção à liberdade e privacidade dos indivíduos. Essa relevância é ainda mais visível quando verificada nas relações de consumo, ao qual os dados dos cidadãos são ainda mais expostos e vulneráveis a serem utilizados de forma ilícita.

## 5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Uma vez explanado que o direito à privacidade se destina a proteção da vida íntima e privada de qualquer cidadão, e com base nos avanços tecnológicos que vem expondo cada vez mais dados sem prévia autorização, a Lei nº 13.709/18 veio buscar trazer maior proteção a essa realidade.

Tão importante quanto ter uma lei específica que trate dessa matéria é entender as consequências jurídicas para aqueles que extrapolam o uso de dados pessoais de terceiros. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira já vem se posicionamento no sentido de penalizar aqueles que de algum modo tenham utilizado dados de outrem para praticar ato ilícito.

Em caso, por exemplo, de uma empresa privada dispor dos dados de forma diversa da sua finalidade, enquadra-se o pagamento de danos morais à vítima, conforme decisão abaixo:

**APELAÇÃO. AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. INFORMAÇÕES PESSOAIS. PRIVACIDADE. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DANO MORAL. VALORAÇÃO. I - A Lei 13.709/18 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais prevê como fundamento o respeito à privacidade, nos termos do art. 2º, inc. I, sendo dever da ré o devido tratamento e proteção dos referidos dados. **Falha do serviço por indevida divulgação de dados pessoais do autor. Dano moral configurado.** II - A valoração da compensação moral deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a gravidade e a repercussão**

dos fatos, a intensidade e os efeitos da lesão. A sanção, por sua vez, deve observar a finalidade didático-pedagógica, evitar valor excessivo ou ínfimo, e objetivar sempre o desestímulo à conduta lesiva. Majorado o valor fixado pela r. sentença. III - Apelação parcialmente provida. (07347126820218070001 - (0734712-68.2021.8.07.0001 - Res. 65 CNJ). TJDF. 6º Turma Cível. Relatora: VERA ANDRIGHI. Data do Julgamento: 27/07/2022. Publicado no DJE: 01/09/2022). (grifo do autor)

Com base no julgado acima citado, a relatora afirma que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar o livre acesso, ou seja, a garantia aos titulares à consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais, e a transparência, garantia aos titulares de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento. Por sua vez, o artigo 43, § 2º, do CDC estabelece que a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

No caso em apreço, o requerente declarou que não forneceu autorização para o compartilhamento ou tratamento dos seus dados pessoais pela parte ré, em especial, porque sequer possuía conhecimento acerca da disponibilização dos seus dados no site da requerida. Com efeito, a coleta, recepção, utilização, reprodução, distribuição, arquivamento, armazenamento, avaliação ou controle das informações do autor pela requerida deveriam ter sido precedidos pela manifestação livre, informada e inequívoca quanto ao tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, o que no caso em destaque não ocorreu, ensejando assim a caracterização do dano moral

Trata-se, no caso, de dano moral *in re ipsa*, independentemente de qualquer exteriorização da dor à qual foi submetido o autor em razão da conduta inadequada da parte ré, pois o tratamento dos dados pessoais sem o conhecimento do titular alcança seu direito à privacidade, ainda que se tratem de dados de caráter público, haja vista que não foi autorizada a sua comercialização. Portanto, presentes à conduta ilícita, o nexo causal e o dano, a pena com base no Dano Moral deve ser imposta (PINHEIRO, 2020).

Importante destacar nesse contexto, o instituto do consentimento. O titular dos dados, por meio do consentimento pode permitir que suas informações possam ser utilizadas para diversos fins (ou apenas um único) por empresas e órgãos públicos, no momento da oferta de produtos e serviços (sejam eles gratuitos ou não).

Dentro do espectro do consentimento, o indivíduo pode - a qualquer momento e sob qualquer circunstância - revogar o consentimento já autorizado em momento anterior.

Na situação onde a organização mude algum dado do titular, o mesmo deve ser automaticamente avisado, para que possa consentir determinada mudança. Caso contrário, o consentimento será considerado nulo. A oposição deverá ser feita mediante manifestação expressa, por meio de procedimento gratuito e facilitado (AGOSTINELLI, 2018).

No texto da lei, ele se encontra da seguinte maneira:

Art. 7º - O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

(BRASIL, 2018)

Voltando às consequências jurídicas, após a promulgação da LGPD, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação 73/2020, onde traz instruções para os órgãos do Poder Judiciário a implementarem ações de adaptação dos Tribunais em relação às previsões impostas nesta Lei.<sup>26</sup>

Por essa razão, a título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já tem adotado algumas medidas. Dentre elas, destaca-se a Portaria STJ/DG 703/2020 que instituiu uma comissão com a finalidade de criar estudos e identificar as medidas necessárias à implementação da LGPD no STJ.<sup>27</sup>

No Estado do Tocantins, o Tribunal de Justiça desse Estado, em observância à LGPD também criou um comitê gestor de proteção de dados pessoais, encarregado pelo tratamento de dados pessoais; a saber:

**PROCESSO ADMINISTRATIVO. RESOLUÇÃO Nº. 363/CNJ. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. INSTITUIÇÃO DO COMITÊ GESTOR DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. ENCARREGADO PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS. GRUPO DE TRABALHO TÉCNICO. MINUTA DE RESOLUÇÃO DO TJTO. REGULARIDADE FORMAL E LEGAL. APROVAÇÃO.**

1. O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 363, de 12 de janeiro de 2021, visando dar cumprimento à Lei nº. 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), **estabelecendo**

<sup>26</sup> Recomendação Nº 73 de 20/08/2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3432>>. Acesso em: 10 set. 2022.

<sup>27</sup> Portaria STJ/GDG n. 703 de 28 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/154359>>. Acesso em: 10 set. 2022.

**medidas de adequação à aludida norma, a serem adotadas pelos Tribunais, mediante a criação de Comitê Gestor de Proteção de Dados Pessoais (CGPD)**, instituição do Encarregado de Tratamento Dados Pessoais e formação de Grupo de Trabalho Técnico.

2. Dentro do quadro normativo proposto, em cotejo com as disposições da Resolução nº. 363/CNJ, não se vislumbra qualquer óbice à aprovação da Minuta de Resolução encartada no evento 1 - OUT23, ressaltando apenas a necessidade de correção da numeração dos incisos do artigo 1º, a supressão da palavra repetida "grupo" no artigo 7º, assim como a transcrição integral do nome do órgão "Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais do Poder Judiciário do Estado do Tocantins" no artigo 4º, caput, e § 1º.

3. Minuta de Resolução do TJTO aprovada.

(Processo Administrativo 0004043-69.2021.8.27.2700, Rel. ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE, julgado em 31/05/2021, DJe 09/06/2021 20:50:22)

Na jurisprudência brasileira, percebe-se um posicionamento claro a respeito desse assunto. Vários julgados vêm entendendo a importância em penalizar aqueles que utilizam de dados pessoais de terceiros para benefícios próprios.

Apesar de ser claro o consentimento como forma de concordância para a exposição de dados próprios, a própria lei traz algumas exceções. Dentre as encontradas, por exemplo, há o art. 4º, II, b, que dispõe que a LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais, quando realizado para fins exclusivamente acadêmicos (PINHEIRO, 2020).

Para melhor entendimento dessa exceção na prática, cita-se o seguinte julgado:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD**. FORNECIMENTO DE ATESTADO E HISTÓRICO ESCOLAR. DOCUMENTOS CONSIDERADOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE DANO MORAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. [...] III. A controvérsia limita-se em saber se o fornecimento de atestado e histórico escolar pela instituição de ensino a terceiro, sem autorização do estudante, viola direito de personalidade. IV. A Lei 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, **tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de**

**privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.** V. Contudo, em seu **art. 4º, II, b, dispõe que ela não se aplica ao tratamento de dados pessoais, quando realizado para fins exclusivamente acadêmicos**, aplicando-se os arts. 7º e 11 da mesma lei. Tanto o art. 7º, que dispõe sobre tratamento de dados em geral, quanto o art. 11, que dispõe do tratamento de dados sensíveis, dispõem que o tratamento de dados poderá ser realizado para o exercício regular de direitos em processo judicial, de acordo com os incisos VI e II, d, respectivamente. VI. Conforme se depreende dos documentos disponibilizados pela ré, **o histórico e o atestado de matrícula são documentos considerados públicos**, mesmo quando expedidos por entidade privada e estão sujeitos a uma série de formalidades, pois decorrem de ato delegado do poder estatal. VII Assim, **o fornecimento de atestado de curso e histórico escolar não afronta a Lei de proteção de dados pessoais e, em razão de seu caráter público, não afronta a privacidade ou a honra de seu titular.** O fato de terem sido utilizados em processo judicial é expressamente autorizado pela LGPD e não teve o condão de alterar os destinos dos processos de judiciais em que foram utilizados. VIII. Desta forma, não se verifica nenhuma ofensa a direito de personalidade da autora. (07308671720208070016 - (0730867-17.2020.8.07.0016 - Res. 65 CNJ). Segunda Turma Recursal. Relatora: Ana Claudia Loiola de Moraes Mendes. Publicado no DJE: 14/12/2021. Data de Julgamento: 01/12/2021). (grifo do autor)

Em outra situação, a jurisprudência também é pacífica no entendimento de que ainda que seja inexistente a obrigatoriedade do consentimento, os agentes de tratamento não podem dispor de dados de terceiros de modo exacerbado ou que exceda a finalidade primária.

A respeito dessa situação, expõe-se a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. REJEITADA. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS E **FERRAMENTAS DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS**. PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR. INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. [...] 4. A Lei nº 13.709/2018 (LGPD) **dispõe que eventual dispensa da exigência do consentimento do titular das informações processadas não desobriga os agentes de tratamento das obrigações de garantir transparência acerca de todo o processo** (coleta dos metadados,



da metodologia utilizada, da duração do tratamento, ou do uso compartilhado, por exemplo). A referida norma determina, ainda, **que sejam respeitadas a legítima expectativa do titular das informações tratadas e os direitos e liberdades fundamentais**. E somente em uma relação de efetiva transparência é possível conceber a existência de legítima expectativa. 5. Mesmo que o produto final dos serviços impugnados garanta ao contratante um apanhado de informações de natureza meramente cadastral, é inafastável a conclusão de que a segmentação e o direcionamento de mercado - prometidos pela requerida - depende de tratamento de informações outras, de natureza socioeconômica e comportamental, elementos intrinsecamente vinculados à esfera da privacidade. Assim, não havendo transparência sobre os trâmites de coleta e tratamento, é impositivo o acolhimento da pretensão autoral. 6. Recurso conhecido e desprovido (07366348120208070001 - (0736634-81.2020.8.07.0001 - Res. 65 CNJ). 2º Turma Cível. Relator: Sandoval Oliveira. Data de Julgamento: 09/02/2022. Publicado no PJe: 11/02/2022). (grifo do autor).

Diante do exposto no decorrer desse estudo, o que se extrai do art. 7º, da LGPD é que o consentimento pelo titular é a regra maior a ser observada para o tratamento de dados pessoais, tanto é que o § 4º, daquele dispositivo, prescreve textualmente - de forma a evitar dúvidas interpretativas - a dispensa do consentimento apenas para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular (BONI, 2020).

Portanto, para os dados não sensíveis, o controlador que, nos termos da lei, tenha interesse e legitimidade, deve, de igual forma, obter o consentimento, salvo a hipótese de dados tornados manifestamente públicos pelo titular (BRASIL, 2018).

Na linha de pensamento defendido por esse trabalho, considera-se pertinente o entendimento de que a comercialização dos dados pessoais sem o consentimento, ainda que não caracterizados como dados sensíveis, fere a legislação específica e tem potencial para ensejar violação à privacidade, intimidade e imagem das pessoas, o que evidencia a probabilidade do direito.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O avanço tecnológico afeta cada vez mais a atual sociedade da informação e suas relações jurídicas principalmente com o uso da internet em que muitos usuários têm seus dados cadastrados em aplicativos e, conseqüentemente, muitas empresas utilizam destes dados para criarem um perfil de consumo e personalizar suas preferências.

Pela possibilidade de utilização dos dados pessoais coletados por empresas quando do acesso à rede, pelo consumidor, faz-se necessário e primordial que este seja amparado por normas jurídicas que garantam maior efetividade o direito à privacidade e à proteção de seus dados pessoais, parte mais vulnerável na relação.

Cabe destacar que a privacidade está ligada à dignidade da pessoa humana, princípio também insculpido na Constituição Federal em seu art. 1º, inciso III e está intimamente ligada com a confidencialidade nos casos envolvendo dados sensíveis relativos à saúde das pessoas, onde no ambiente da internet e das aplicações de internet, a possibilidade da violação da privacidade ganha níveis exponenciais, quer seja pela falta de zelo daqueles que realizam o tratamento dos dados pessoais, quer seja dos próprios usuários.

No decorrer deste estudo ficou claro constatar que a Lei nº 13.709/2018, representa um importante marco legal para regular tal temática de uma forma um pouco mais criteriosa. É por meio dessa norma que se verifica uma possível possibilidade de se encontrar ações efetivas que possam reduzir o número de casos de invasão de privacidade no meio digital, principalmente quando se refere a dados pessoais.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINELLI, Joice. **A importância da lei geral de proteção de dados pessoais no ambiente online**. Etic-encontro de iniciação científica -ISSN 21-76-8498, v. 14, n. 14, 2018.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **O Direito à Privacidade e à Proteção dos Dados do Consumidor**. São Paulo: Almedina, 2018.

BONI, Gabriela. **O consentimento como base legal para o tratamento de dados à luz da LGPD**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6345, 14 nov. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/86621>>. Acesso em: 11 set 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm)>. Acesso em: 10 set. 2022.

CARVALHO, Luiz et al. **Desafios de Transparência pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. In: Anais do VII Workshop de Transparência em Sistemas. SBC, 2019. p. 21-30.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LEONARDI, M. **Tutela da privacidade na internet**. 2009. 344 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MENDES, Laura Shertel; DONEDA, Danilo. **Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 120/2018, p. 555 - 587. Nov - Dez/2018.

MONTEIRO, Renato Leite. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?** Instituto Igarapé. Artigo Estratégio 39. 2018.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias**. RJLB, n. 2. Ano 6 (2020), 389-418.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 -LGPD**. 2º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SOLOVE, D. J. **Understanding privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

TAULLI, T. **Introdução à inteligência artificial: uma abordagem não técnica**. São Paulo: Novatec, 2020.

VIDAL, Gabriel Rigoldi. **Conceituação do direito à privacidade em face das novas tecnologias**. Estudo entregue à Universidade Estadual Paulista – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (Campus Franca). Franca, 2017.

## **ANÁLISE DAS NOVAS MODALIDADES CONTRATUAIS: IMPACTOS DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE COMO GERADOR DE RISCO SOCIAL AO TRABALHADOR**

**KARLENE BRANDÃO DE SOUSA:**  
Acadêmico do 10º período do curso de  
Direito da Faculdade de Imperatriz –  
FACIMP

NARA SAMPAIO<sup>28</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O estudo tem como objetivo discutir a legislação que trata das novas modalidades contratuais. Especificamente, busca-se apresentar os riscos e benefícios da modalidade de contrato de trabalho intermitente. E apontar quanto aos riscos sociais inerentes ao trabalhador que adere a esta modalidade de contrato intermitente. A metodologia utilizada, adotou estudo do tipo descritivo, qualitativo, a partir de uma revisão da literatura pertinente às modalidades contratuais no Brasil, com ênfase na modalidade de contrato de trabalho intermitente. Os resultados apontam que o contrato de trabalho intermitente implementou maior flexibilidade na contratação, uma vez que somente convocará o empregado ante a sua real necessidade de utilizá-lo. Por outro lado, a modalidade pode evidenciar insegurança jurídica ao trabalhador sujeito a esse tipo de contrato, principalmente quanto a sua validade como modalidade contratual, uma vez que se questiona a sua legalidade quanto a existência ou não de relação de emprego. Além disso, outras especificidades que prejudicam o trabalhador nessa modalidade de trabalho, é a ausência de determinação legal e específica para a convocação do trabalhador e principalmente, a imputação do risco econômico ao empregado.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Contrato Intermitente. Reforma Trabalhista.

**ABSTRACT:** The study aims to discuss the legislation that deals with the new contractual modalities. Specifically, it seeks to present the risks and benefits of the intermittent employment contract modality. And point out the social risks inherent to the worker who adheres to this type of intermittent contract. The methodology used adopted a descriptive, qualitative study, based on a review of the literature relevant to the contractual modality in Brazil, with emphasis on the intermittent work contract modality. The results show that the intermittent work contract implemented greater flexibility in hiring, since it will only call the employee when he really needs to use it. On the other hand, the modality can show legal uncertainty to the worker subject to this type of contract, especially regarding its validity as a contractual modality, since its legality is questioned regarding the existence or not of an employment relationship. In addition, other specificities that harm the worker in this

---

28 Orientadora

type of work, is the absence of legal and specific determination for the call of the worker and mainly, the imputation of the economic risk to the employee.

**Keywords:** Labor Law. Intermittent Contract. Labor Reform.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito surge em razão dos fatos sociais que se modificam ao longo do tempo, sendo necessário acompanhar esta evolução com novos regramentos. Em decorrência desta evolução, surgem fatos controversos e considerados polêmicos, produzindo inquietações na sociedade. Não sendo diferente quanto trata-se do Direito do Trabalho.

Após a implementação da Lei nº 13.467 de 2017) que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, surgiram bastante controvérsias quanto as novas modalidades contratuais, principalmente, no que tange a modalidade de Contrato de Trabalho Intermittente, que flexibilizou requisitos existentes no contrato de trabalho convencional e que na prática, regulamentou modalidades de trabalhos que eram realizados de forma informal. Porém, junto com a inovação normativa, surgiram controvérsias jurídicas quanto a sua legalidade e do risco social para o trabalhador.

A aplicação do estudo justifica-se em razão de contribuir para melhor esclarecimento dessas modalidades contratuais vigentes e da importância em melhor discutir e apontar seus pontos positivos e negativos diante o contexto social, com destaque quanto a modalidade de contrato de trabalho intermitente. Por isso, acredita-se que estas modalidades pós reforma podem contribuir com a diminuição do desemprego e aumento de receitas por parte do empregador. Porém, por outro lado, pode gerar risco social para os trabalhadores, uma vez que em determinados casos, mesmo prestado serviço para mais de um empregador, pode auferir remuneração menor que um salário mínimo e, por isso, estar suscetíveis a riscos jurídicos para o empregado no que tange a sua quantidade de horas trabalhadas, remuneração auferida e conseqüentemente à sua contribuição previdenciária.

O estudo tem como objetivo, discutir quanto as legislação que trata das novas modalidades contratuais. Especificamente, busca-se apresentar os riscos e benefícios da modalidade de contrato de trabalho intermitente. Discutir quanto aos riscos sociais inerentes ao trabalhador que adere a esta modalidade de contrato intermitente. Trata-se de estudo do tipo descritivo, qualitativo, a partir de uma revisão da literatura pertinente às modalidades contratuais no Brasil, com ênfase na modalidade de contrato de trabalho intermitente.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO

Desde os primórdios da humanidade existe o trabalho, no entanto, antes de vigorar normas que regulamentassem as relações trabalhistas como existem hoje, o trabalho era concebido como meio de punição e exploração do homem. Assim, as atividades trabalhistas eram vistas como meio de punição (DELGADO, 2015).

Quanto a sua origem, a palavra trabalho tem sua origem no latim "*tripalium*" que se refere a uma canga que pesava sobre os animais, usado para preparo do trigo, milho e linho. Assim, percebe-se que em sua origem o trabalho possui conotação negativa (AMORIM, 2018).

A história demonstra que o trabalho surgiu primeiramente em forma de escravidão, sendo o escravo considerado um bem ou mercadoria do seu dono, não possuindo qualquer direito sobre si mesmo ou sobre o trabalho que desenvolvia. Tal servidão se perpetuou por séculos na Grécia e em Roma, sendo os sujeitos visto como objetos de trabalho.

Desde então, foram surgindo novas formas de trabalhos, a humanidade passou a se organizar em feudos, dando origem ao trabalho como servidão. Assim, os conhecidos como senhores feudais protegiam os seus servos tanto em questões políticas como em relação à segurança, apesar de já não serem tratados como objetos de trabalhos ou mercadorias, no entanto, deveriam entregar parte da sua produção ao senhor feudal, dispondo apenas do necessário para subsistência da sua família (DELGADO, 2019).

Com o advento da idade média e conseqüentemente o desenvolvimento das sociedades, houve evolução quanto a organização dos trabalhadores e em relação a liberdade para exercer suas atividades. Foram criadas corporações que possuíam essa finalidade: organizar os trabalhadores por ramos e definir estatutos voltados para ramos específicos de trabalho.

No entanto, apesar de maior liberdade dos trabalhadores, é possível aferir que naquela época as corporações buscavam mesmo era garantir os interesses das próprias corporações e não para garantir a proteção efetiva aos trabalhadores (DELGADO, 2008). De acordo com Franco (2013) as corporações foram dissolvidas ainda no século XVIII com as ideologias da Revolução Francesa. Neste sentido, apoiado pelos ideais da revolução supramencionada, buscou-se permitir que os trabalhadores fossem livres para realizar qualquer profissão, desde que cumprisse com as normas e regulamentos da época e pagasse suas taxas corretamente.

## **2.1 Origem e evolução histórica**

O Direito do trabalho surgiu através do entrelaçamento de fatores como a iniciação do trabalho livre subordinado, fatores econômicos e sociais como por exemplo o processo



produtivo, caracterizado pela grande industrialização do setor de produção, além destes, contribuiu também para o surgimento deste ramo do Direito, fatores políticos que contribuiu para o aprimoramento de parâmetros na contratação de pessoal (DELGADO, 2015).

É inegável a associação do surgimento do Direito do trabalho com a Revolução Industrial, onde foi solidificado o trabalho sofrível da classe operário advinda da própria revolução e que deu ensejo ao movimento operário. Dando início, portanto as lutas por direitos e melhores condições de trabalho. Aliado ao fato da revolução, alguns favores também contribuíram direta ou indiretamente para o surgimento desse ramo de Direito, tais como alguns progressistas da época que insistiam que o Estado deveria olhar pela classe trabalhadora desprotegida e também, as doutrinas sociais e econômicas que impulsionaram a mudança de comportamento de Estado, deixando de ser um Estado não intervencionista (BARROS, 2016).

A Revolução Industrial mecanizou trabalhos anteriormente realizados por pessoas. Nos campos, os agricultores foram trocados por máquinas e se viram forçados a fugir para cidade em busca de novas oportunidades, ao passo que, nas cidades, o mesmo acontecia, as máquinas a vapor que já geravam milhares de desempregados, que passaram a viver à margem da sociedade. Com o aumento cada vez maior do exército de desempregados, ocorria uma alta procura por empregos, que aliada a falta de proteção estatal, fazia com que os empregadores pudessem submeter seus funcionários a condições extremamente degradantes, forçando-os a trabalhar em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho (DELGADO, 2008, pág. 38).

Desse modo, os trabalhadores da época vislumbravam tempos sombrios em razão dos riscos inerentes ao desempenho de suas funções, pois não tinha nenhuma proteção quanto à saúde, segurança e condições mínimas de higiene, ficando assim sujeitos a contrair doenças e acidentes das mais diversas formas. Além disso, os trabalhadores eram submetidos a cargas de trabalho exaustivas (SOUTO, 2017).

Conforme o exposto, era evidente que deveria haver intervenção por parte do Estado, para que houvesse regulação dessas condições de trabalho, e isso ocorreu com os movimentos que foram surgindo na época pela classe operária, chamando o Estado a agir e intervir nessas relações (NETO, 2005).

Conforme Barros (2012) esse ramo do Direito tem suas origens ligadas ao liberalismo político, a concentração do trabalho e de massas humanas, as diversas lutas de classe e as grandes rebeliões sociais, além das revoluções francesa de 1871 e as revoluções alemã no século XVIII. Em razão disso, foram surgindo as regulações de acordo entre grupos econômicos e profissionais.

Neste sentido, conforme o supra exposto, foi surgindo a demanda de criar-se um sistema legislativo onde fosse possível intervir, garantindo direitos mínimos aos trabalhadores diante a exploração das massas pela classe patronal e ainda, que fosse possível a regulamentação dos novos postos de trabalhos que iam surgindo a partir das revoluções da época.

Com a mobilização cada vez mais forte dos movimentos proletariados, o Estado passou a interferir, de forma ainda acanhada, nas relações de emprego. Leis esparsas começaram a surgir em diversos países, na tentativa de suprir a hiporregulamentação que existia, destaca-se a criação do "*Moral and Health Act*", elaborado na Inglaterra em 1802, que tratava da proibição do trabalho infantil noturno e jornadas superiores a 12 horas e do "*conseils de prud'hommes*", conselho criado na França em 1806 para administrar as associações operárias e solucionar conflitos trabalhistas (SANTIN, 2009 pág. 30).

A partir disso, foram surgindo vários atos normativos que buscavam a evolução e aprimoramento das relações e direitos da classe operária. Como por exemplo a Constituição mexicana que trouxe vários Direitos Trabalhistas. Nesse sentido, outra norma que contribuiu foi a Constituição de Weimar em 1919 na Alemanha, sendo considerada a segunda em todo o mundo a tratar de direitos sociais, impondo vários direitos aos trabalhadores (SOARES, 2005).

Seguindo tal evolução, ainda no ano supracitado, foi expresso o tratado de Versalhes que entre outras previsões pós-guerra, criou a Organização Internacional do Trabalho – OIT, ficando esta incumbida da proteção das relações do trabalho em todo o mundo (NETO, 2005).

Desde então, o Direito do trabalho ganhou relevância diante as discussões internas dos países e principalmente nas discussões internacionais, visto que essa evolução era vista como algo necessário para o desenvolvimento das economias por todo o mundo (SOUTO, 2017).

Diante todas essas transformações, é possível perceber que as mudanças ocorridas em todo o mundo, impactaram positivamente o surgimento desse ramo do direito no

Brasil. Porém, o seu surgimento no Brasil traz algumas peculiaridades, principalmente pelo contexto histórico e social da época.

No Brasil, a evolução do Direito do Trabalho, segue a evolução da própria organização social, considerando suas especificidades. Conforme Barros (2016), até os anos 1930 a relação de emprego no Brasil era baseada no setor agrícola, principalmente relacionado às plantações de café em São Paulo e Rio de Janeiro. O movimento operário nessa época ainda era pouco efetivo, não conseguindo, portanto, promover exigências por melhores condições de trabalho (NETO, 2005).

O primeiro deles, ocorrido entre 1888 e 1930, é denominado de “fase de manifestações esparsas” e caracteriza-se pela existência de um movimento operário ainda sem organização. Durante este período surgiram normas dispersas que trouxeram algumas, poucas, garantias para os trabalhadores. O período caracterizou-se pela presença de movimentos operários sem muita organização e sem grande capacidade de pressão. Ressalta-se que, aliada a essa ausência de uma atuação coletiva forte dos trabalhadores, não havia uma dinâmica legislativa intensa e contínua por parte do Estado quanto à questão social (NETO, 2005, pág. 12).

Conforme o autor supramencionado, o segundo período diz respeito ao Direito do trabalho oficializado, tendo como marco histórico a criação do Ministério do Trabalho no ano de 1930, sendo posteriormente criada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Tal fase é caracterizada por profundas transformações no Direito do Trabalho, sobretudo em seu âmbito coletivo, sofridas durante o governo de Getúlio Vargas e que se perpetuaram, em sua maioria, até a proclamação da Constituição Federal (CF) de 1988. O modelo justralhista criado de 1930 a 1945 permaneceu praticamente intocado e sem modificações substantivas até pelo menos 1988 (DELGADO, 2016, pág. 112).

Já o terceiro período é caracterizado pela criação da Carta Maior da República Federativa do Brasil. Assim, com a criação da Constituição de 1988 houve a transição do direito do trabalho que até então era questionado, dando lugar a um modelo que inseria direitos sociais para empregados urbanos e rurais (PIRES, 2011).

É possível mencionar a promulgação da Constituição Federal de 1988 como marco para a fase democrática do Direito do Trabalho, ainda que tenham sido mantidos alguns institutos já ultrapassados no

âmbito trabalhista, dentre os quais, a unicidade sindical (PIRES, 2011, pág. 29).

Com a criação da Constituição vigente, foi previsto pela primeira vez a liberdade sindical corporativa, com autonomia de gestão e organização, sem nenhuma intervenção do Estado. Além disso, a negociação coletiva do trabalho passou a ser incentivada (BARROS, 2016).

Outro acontecimento importante desse período, foi a ampliação da justiça do trabalho com a expansão para o interior do Brasil, além da criação da segunda instância. Além disso, o Ministério Público do Trabalho ganhou plenos poderes de atuação (CORREIA, 2018).

Nota-se, que a Constituição de 1988 instituiu a igualdade de direitos entre empregados urbanos e rurais, além de beneficiar a categoria de empregados domésticos com a ampliação de direitos, principalmente à gestante. Outra alteração relevante foi a extensão do FGTS para todo empregado, e ampliação do acréscimo de 40% do valor depositado (DELGADO, 2008).

Alguns direitos que hoje são comuns nas relações trabalhistas formais são, na verdade, conquistas que resultaram de disputas políticas e incontáveis debates entre entidades patronais e sindicais durante os 20 meses de trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, convocada em 1985. Entre eles estão os mecanismos de proteção contra a demissão arbitrária e a redução de salário. A nova Constituição prestigiou as relações coletivas de trabalho, com o fortalecimento da autonomia sindical, e a liberdade de organização, estendida aos servidores públicos. Também tornou constitucional o direito de greve para trabalhadores da iniciativa privada e do setor público. A Carta Maior 1988 relacionou, no artigo 7º, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e outros que visem à melhoria de sua condição social. No parágrafo único, listou os direitos assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos. No artigo 8º, estabeleceu a liberdade sindical; e, no artigo 9º, o direito de greve (BRASIL, 2019, pág. 3).

Salienta-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as emendas Constitucionais nº 24/1999 e nº 45/2004 promoveram a transição do modelo autoritário para o modelo democrático de trabalho, estabelecendo direitos sociais que hoje são essenciais para o exercício da cidadania e criou mecanismos para cumprimento desses direitos.

### **3 IMPLICAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA**

A reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17) foi fruto de várias controvérsias, de acordo com Jota (2017) o documento da reforma em seu interior teor, compara-se com o modelo de direitos trabalhistas que foram abandonados no continente europeu há mais de 100 anos.

Frisa-se que a norma visa impor um tipo de relação de trabalho considerada desigual. Há muitos que acreditam que a lei supra fere o princípio da proteção por se equiparar a um contrato de adesão em sua maior parte.

Por outro lado, há quem acredite que a reforma chegou em boa hora, visto que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT como estava, não retratava a realidade dos dias atuais, sendo vista como ultrapassada, uma vez que foi criada ainda no ano de 1943. Com isso, em razão dessas desatualizações, restava ao Tribunal Superior do Trabalho – TST elucidar as controvérsias e adequações (BRASIL, 2019).

Com isso, a parte da Doutrina que vê a reforma como algo benéfico, afirma que as alterações podem ser chamadas também de nova Lei do trabalho, uma vez que alterou mais de 100 artigos da antiga lei. Fugindo dos apontamentos divergentes, é possível afirmar que houve sim revolução em institutos que balizam as relações de trabalho (AMORIM, 2019).

Portando, desde a formação da Constituição cidadã, era perceptível que a legislação do trabalho também deveria ser alterada, pois era vista como ultrapassada e muitas vezes sem sentido. Com isso, as alterações eram necessárias pois são as relações do trabalho que movem a economia e conseqüentemente o progresso de uma nação. Por isso, é possível dizer que as modificações foram oportunas (CARVALHO, 2017).

Conforme entendimento de Menezes (2017) a nova legislação do trabalho traz a conceituação das noções de flexibilização, desregulamentação e também de precarização no Direito do Trabalho. Ou seja, seja para desaprovar ou aprovar a nova legislação, tudo passa por essa conceituação.

Quanto à flexibilização esta é definida em (intra empresa e extra empresa). Na primeira há a modificação de regulamentos internos do local de trabalho, dos sistemas de recompensa e dos sistemas de remuneração. Já a segunda, diz respeito as modificações da regulamentação trabalhista, legislação sindical e outras questões que se relacionam também ao ambiente de trabalho (MELEK, 2017).

Acredita-se que a flexibilização está amparada no Brasil desde as influências das organizações patronais em 1990 e também no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado ocorridos em 2002. No mais, é possível que haja flexibilização inclusive do que está acertado na Constituição Federal de 1988.

Desse modo, Martins (2010, p. 525) pontua o seguinte:

Visa a flexibilização assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando garantir aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. E uma forma de adaptação das normas vigentes as necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas. A Constituição de 1988 prestigiou em vários momentos a flexibilização das regras do Direito do Trabalho, determinando: que os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 72, VI); a compensação ou a redução da jornada de trabalho só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7a, XIII); o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas por intermédio de negociação coletiva (art. 7S, XIV). O inciso XXVI do art. 7e do Estatuto Supremo reconheceu não só as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho[..].

Quanto à desregulamentação, Menezes (2017) leciona que se trata da modificação de um sistema clássico que trata de leis trabalhistas, tendo em vista a necessidade de alterar o contexto socioeconômico da época. Portanto, ocorre quebra dos fluxos dominante de determinados valores legais, consolidados no contexto jurídico.

Não há como confundir a Flexibilização com a Desregulamentação e nítida é a sua diferença. No caso da desregulamentação existe um acordo de vontades entre o empregador e o empregado, dessa forma ambos ditam as regras da relação empregatícia por via de contrato individual de trabalho afastando a normatização positivada em Convenção. Por outro lado, Flexibilizar significa diminuir as burocracias e certos impedimentos formais inerentes dos contratos trabalhistas, entre eles, o período de trabalho, horários trabalhados por semana[.].c

Para Delgado (2017) falar em desregulamentação trabalhista é tratar da retira por lei do manto normativo clássico que vigora sobre determinada relação econômica ou de



algum segmento das relações de trabalho, permitindo, portanto, o império de outro tipo de regência normativa.

No que tange à precarização, esta é vista como a incidência do desemprego, do adoecimento, inclusive de acidentes de trabalho, da perda salarial do empregado, onde as práticas do Estado não observam meios de proteção social do trabalho, incidindo em fragilidade de política social do empregado (MENEZES, 2017).

Neste sentido, conforme já dito, a parte da doutrina que enxerga a reforma trabalhista como retrocesso, ver esta como uma forma de instituição da precarização das relações de trabalho no Brasil.

Por outro lado, há quem defenda que a precarização nesta reforma é algo necessário no contexto socioeconômico. Ressalta-se que, a reforma trabalhista não alterou apenas a legislação trabalhista, culminando também em alterações no que diz respeito ao caráter previdenciário, tendo em vista que ambas as matérias estão interrelacionadas no que diz respeito às relações de trabalho (JOTA, 2019).

Com a nova reforma, foram alterados não apenas o direito material, ou seja, aquele que diz respeito ao direito que garante ou exige relação regulatória nos fatos jurídicos, mas também foi alterado o direito processual que diz respeito a parte do direito que cria instrumento para valer o direito formal. Com isso, se percebe que as alterações culminam em modificações para toda a sociedade (MARTINS, 2018).

Pontua-se, portanto, que as transformações dadas pela Lei nº 13.429/2017 potencializa as negociações entre as partes do contrato de trabalho. Sendo que, antes da reforma era preciso considerar antes as fontes expressas do direito do trabalho, como (acordos internacionais, leis, convenções e etc), para só então entrar na esfera dos acordos individuais.

Após a vigência da norma supramencionada, o campo dos acordos individuais ganhou preponderância com as possibilidades de flexibilização das regras impostas, buscando uma melhor satisfação do trabalho, ou seja, a própria vontade do empregador e empregado, fato que será melhor detalhado em capítulo oportuno que trata das formas de contrato e implicações específicas do contrato de trabalho intermitente (CARVALHO, 2017).

### **3.1 Trabalho em regime de tempo parcial**

Observa-se que a inserção do trabalho em regime de tempo parcial, nos moldes regulados pelo art. 58-A da CLT, despontou no País em 1998, embora, informalmente, já

se pudesse celebrar contratos de trabalho com duração laborativa inferior a oito horas ao dia e 44 horas na semana (DELGADO, 2016).

É possível perceber que as garantias trabalhistas concernentes à duração do trabalho que foram construídas ao longo da História têm buscado restringir fundamentalmente a utilização máxima da força de trabalho (no dia e semana, principalmente), não inviabilizando, é claro, seu uso moderado ou pouco intenso (OLIVEIRA, 2017).

É o que se percebe, por exemplo, nas regras legais que estipulam duração máxima para o labor a cada dia (ou duração semanal máxima), não proibindo, em contraponto, duração reduzida com vantagens trabalhistas proporcionalmente ajustadas (DELGADO, 2016).

Neste sentido, o trabalho em regime de tempo parcial é entendido como aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais. O tipo legal celetista passa a ter limites máximos precisos: trinta horas semanais. O regime de tempo parcial tipificado na CLT existe somente com respeito a obreiros naturalmente inseridos na jornada padrão de 8 horas ao dia e correspondente módulo de 44 horas na semana — mas que, singularmente, sejam contratados para duração de labor de 26 a 30 horas semanais sendo que a esta última não admite a contratação de horas extras (KERTZMAN, 2018).

Diante disso, é preciso salientar que, o regime mencionado não abrange, é óbvio, empregados que tenham jornada especial reduzida por força de norma jurídica própria (ilustrativamente, jornalistas profissionais e radialistas — estes do setor de autoria e locução —, todos com duração diária de trabalho de 5 horas). É que nestes casos a jornada foi reduzida pela lei em vista do trabalho especialmente desgastante de tais profissionais —, o que não ocorre na situação aventada pelo regime de tempo parcial.

O contrato em regime de tempo parcial submete-se a regras jurídicas bastantes específicas, tais como: proporcionalidade salarial, do sistema de férias anuais remuneradas e da vedação dirigida à extrapolação da jornada laborativa pactuada.

Segundo Oliveira (2017) no que tange a proporcionalidade salarial, trata-se de efeito jurídico clássico a qualquer sistema de jornada contratualmente reduzida, cujo salário seja estimado à base horária. O novo art. 58-A, § 1º, da CLT, dispõe que o salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

Relacionado às férias anuais remuneradas, fica evidenciado no art. 130-A, da CLT, que a duração deste instituto relativamente aos obreiros submetidos a regime de tempo

parcial será menor do que o padrão temporal estabelecido para os demais trabalhadores (ou seja, 30 dias: art. 130, CLT).

Tal prazo será de 18 dias, para duração laborativa semanal superior a 22 horas e até 25 horas; 16 dias, para duração laborativa semanal superior a 20 horas e até 22 horas; 14 dias, para duração laborativa semanal superior a 15 horas e até 20 horas; 12 dias, para duração laborativa semanal superior a 10 horas até 15 horas; 10 dias, para duração laborativa semanal superior a 5 horas até 10 horas; finalmente, 8 dias, para duração do labor semanal igual ou inferior a 5 horas (DELGADO, 2019).

O seu parágrafo único, o art. 130- A esclarece o seguinte: a ocorrência de mais de 7 faltas injustificadas obreiras no respectivo período aquisitivo implicará a redução das férias à metade. Quer isso dizer que a tabela redutora do lapso de férias estipulada pelo art. 130 da CLT (redução gradativa em vista do número de faltas) não se aplica às situações de regime de trabalho em tempo parcial até 25 horas semanais (JOTA, 2019).

Ademais, o seu parágrafo 3º fixa que a conversão pecuniária de 1/3 do período de férias (o chamado abono pecuniário ou abono celetista de férias) não se aplica aos empregados sob regime de tempo parcial (evidentemente que o terço constitucional sobre o valor das férias aplica-se, indubitavelmente, a tais trabalhadores). Ou seja, tais trabalhadores têm de gozar efetivamente suas férias, não as podendo converter parcialmente em dinheiro (DELGADO, 2016).

### **3.2 Contrato de trabalho intermitente**

Dentre as alterações proporcionadas na CLT pela Lei nº 13.467/2017 que entre outras coisas, objetivou a flexibilização nas relações do trabalho. Uma chama bastante atenção em razão de trazer a previsão de uma nova modalidade de contrato, sendo que além do contrato por tempo indeterminado e determinado, agora é previsto o contrato de trabalho intermitente (BRASIL, 2019).

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente (BRASIL, 2017, pág 12).

Neste sentido, observa-se que o contrato de trabalho intermitente é uma modalidade, conforme já mencionado, bastante recente no sistema laboral brasileiro, e que por isso, tem suscitado várias discussões quanto às consequências oportunizadas ao

trabalhador, principalmente quanto as suas projeções econômicas. Desse modo, nota-se que, por meio desse tipo contratual, surgiram inúmeros questionamentos quanto à sua aplicabilidade, em razão de algumas características ainda duvidosas quanto à relação de emprego, jornada de trabalho e previdência social.

Esta modalidade de trabalho, é definida como aquela que a prestação do serviço não é contínua, apesar de haver subordinação, além disso esse contrato ocorre por tempo indeterminado e sem jornada definida (DAMASCENENO, 2018).

Art. 443, § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (BRASIL, 2017, pág 11).

Notadamente, conforme disposição do art. 452-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, este contrato deve ser escrito. Prevendo também que o valor da hora de trabalho nesta modalidade de contrato, não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou não pode ser inferior ao salário que é devido aos demais empregados do estabelecimento onde é exercida a mesma função (PINHEIRO, 2017).

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. § 1. O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência. § 2. Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3. A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente (BRASIL, 2017, pág. 32).

Conforme o exposto, o empregador convocará o empregado por qualquer meio de comunicação eficaz, devendo observar a antecedência de três dias. O empregado por sua vez, tem o prazo de um dia útil para responder ao chamado, caso haja silêncio do empregado, será considerado como recusa da oferta. Essa recusa, não impede o reconhecimento da subordinação.

Uma das inseguranças jurídicas apontadas nesta modalidade contratual, diz respeito a recusa do trabalhador, pois a norma não fala quantas recusas poderão existir, além disso, extrai se do seu conteúdo que os empregados que forem recusando as convocações do empregador, podem ser deixados de lado, pois com a recusa, a tendência é que o empregador busque aqueles que tenham atendido os chamamentos com maior assiduidade.

§ 4. Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5. O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6. Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7. O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6o deste artigo.

§ 8. O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações (BRASIL, 2017, pág.33).

Corroborando com a polêmica da modalidade, o dispositivo presente no § 4 do art. 452-expressa que haverá multa de 50% da remuneração que seria devida a outra parte, quando houver aceitação da convocação e descumprimento de comparecimento sem justo

motivo. O que pode ser visto como injusto com os empregados, pois na maioria dos casos possuem remunerações abaixo do salário mínimo nesta modalidade contratual, podendo ser penalizados com uma multa considerada alta.

Outro fator preponderante para às críticas que se faz a este dispositivo, é que em seu parágrafo 5º do artigo supra exposto, fica evidenciado que o tempo em que o empregado não está em atividade, não é considerado como tempo a disposição do empregador, podendo inclusive presta serviço para outro empregador. Com isso, traz insegurança para o empregado, que passa a viver de incertezas quando não consegue preencher esse horário de inatividade do contrato intermitente.

Dito isso, percebe-se que, os que atuam nessa modalidade contratual, apesar de possuir garantia de salário proporcional com os demais empregados que não são submetidos a esta forma contratual, não é previsto o número de horas que serão trabalhadas durante a vigência do contrato, havendo, uma omissão da norma, o que impede que o empregado tenha segurança quanto ao passível de receber mensalmente.

Neste sentido, a norma contraria garantia constitucional de que o trabalhador nunca deverá receber salário inferior ao mínimo, e que este, deverá ser capaz de atender às suas necessidades básicas, conforme se observa expresso na Carta Maior de 1988.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]; IV – “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.[...] (BRASIL, 2019).

Conforme Santos (2021) essa espécie de contrato trouxe insegurança econômica ao empregado, uma vez que não existe garantia de quantidade mínima de trabalho por mês, nem mesmo a previsão de novo trabalho. Sendo assim, o trabalhador poderá passar longos períodos sem ser solicitado ao prestar serviço para empregadores distintos ou mesmo para um único empregador.

No entanto, alguns doutrinadores consideram essa modalidade contratual como positiva ao ordenamento jurídico, uma vez que, segundo estes, a modalidade proporciona flexibilidade na prestação de serviços intermitentes e pode contemplar sujeitos que não têm capacidade de cumprir uma jornada integral, como os estudantes e pessoas que possuem outra fonte de renda. E ainda, é possível contemplar trabalhadores que antes só



eram vistos como pessoas que faziam os “bicos” como garçons, vigilantes, hoteleiros e pessoas contratadas para eventos festivos específicos (FARIAS, 2018).

Ocorre que, esta corrente favorável a modalidade contratual em comento, não tende a considerar que a modalidade de contrato de trabalho intermitente evidencia uma precarização das relações empregatícias, trazendo inúmeras imprevisibilidades conforme já mencionado ao longo do capítulo, transferindo ao empregado os riscos das suas atividades econômicas, o que causa conflitos importantes com princípios já consolidados no ordenamento pátrio, como o da alteridade e proteção do trabalhador.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após o término do estudo, nota-se que a modalidade de contrato de trabalho intermitente implementou um misto de incertezas nas relações trabalhistas no Brasil. Ao passo que trouxe vantagens ao empregador, tais como menores gastos com salários, maior segurança ao empresário quanto ao pagamento de piso salarial, que apesar de ser realizada em igualdade de condições aos demais empregados integrais, é feita de maneira proporcional ao tempo trabalhado. Além disso, implementou maior flexibilidade na contratação, uma vez que somente convocará o empregado ante a sua real necessidade de utilizá-lo.

Por outro lado, conclui-se que a modalidade pode evidenciar insegurança jurídica ao trabalhador sujeito a esse tipo de contrato, principalmente quanto a sua validade como modalidade contratual, uma vez que se questiona a sua legalidade quanto a existência ou não de relação de emprego, a insegurança relacionada a contribuição previdenciária ante a impossibilidade do trabalhador levantar o total da remuneração mensal, podendo inclusive não alcançar o valor mínimo que é de um salário mínimo. Além disso, outras especificidades que prejudicam o trabalhador nessa modalidade de trabalho, é a ausência de determinação legal e específica para a convocação do trabalhador e principalmente, a imputação do risco econômico ao empregado diante da ausência de jornada e remuneração determinada.

Por fim, salienta-se que esta modalidade contratual necessita de discussões mais aprofundadas junto ao legislativo, no intuito de esclarecer os seus pontos problemáticos conforme já levantado ao longo desse estudo, e principalmente, fechar lacunas ainda vigentes na norma, assegurando sobretudo, a segurança jurídica do prestador de serviço.

O estudo apresenta como limitadores, a análise apenas em âmbito jurídico interno, sendo oportuno um estudo mais abrangente e comparativo da implementação dessa modalidade contratual no direito comparado, ou seja, o estudo do contrato de trabalho intermitente em outros países.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 set 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 04 out 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das leis do trabalho (CLT). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 10 out 2022.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho – Curso e Discurso**. São Paulo: LTr, 2018.

CARVALHO, Sandro Sacchet. **Uma visão geral sobre a reforma trabalhista**. 2017.

CORREIA, Henrique. **Resumo de Direito do Trabalho**. 2018. Disponível em <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/beca4612031ffa1db0435656c41b0a14.pdf>>. Acesso em: 20 set 2022.

DELGADO, Gabriela Neves. **A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho**. Vol. 72, nº 05, Maio de 2008.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª edição LTr. São Paulo, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FERREIRA, I. K. **Distinção entre a Flexibilização e a Desregulamentação no Direito do Trabalho. A validade das resoluções permissivas tais quais a Desregulamentação no âmbito trabalhista**. Disponível em: <<https://iversonkfadv.jusbrasil.com.br/artigos/302430954/distincao-entre-a-flexibilizacao-e-a-desregulamentacao-no-direito-do-trabalho>>. Acesso em: 20 set 2022.

JOTA. **Reforma Trabalhista e suas distorções**. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/reforma-trabalhista-e-suas-distorcoes-20092017>. Acesso em: 10 out 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MELEK, Marcelo Ivan. **A insegurança jurídica da reforma trabalhista — as mudanças na legislação trabalhista**. 57º Congresso Brasileiro De Direito Do Trabalho. Junho, 2017. Disponível em: < [http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal\\_direito.pdf](http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf) >. Acesso em: 15 set 2022.

MENEZES, Roberta Castro Lana. **Reforma trabalhista: flexibilização e precarização dos limites de duração do trabalho no Brasil**. 57º Congresso Brasileiro De Direito Do Trabalho. Junho, 2017. Disponível em: < [http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal\\_direito.pdf](http://www.ltr.com.br/congressos/jornal/direito/jornal_direito.pdf) >. Acesso em: 08 out 2022.

NETO, F. Zimmermann Carlos. **Direito do Trabalho**. Editora Saraiva. 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

PINHEIRO, Iuri. **Reforma trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho**. Organização: Cinthia Machado de Oliveira, Iuri Pinheiro, Raphael Miziara. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

PIRES, Horácio de Senna. **Direito do trabalho: a atualidade do princípio da proteção**. Rev. TST, Brasília, 2011.

SANTOS, B. G. G. **Trabalho intermitente: benefícios e desvantagens para o empregado**. Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo, v. 16, n. 16, 2021.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOARES, Wilcinete Dias. **Breve esboço sobre a evolução histórica do direito do trabalho no plano internacional e brasileiro**. 2005. Disponível em: < <http://eventos.ifg.edu.br/7semanadehistoria/wp-content/uploads/sites/31/2018/02/Francisco-Kennedy-da-Silva-de-Oliveira.pdf> >. Acesso em 08 out 2022.

## CONDUTAS DELITUOSAS POPULARMENTE DENOMINADAS COMO “NOVO CANGAÇO” (NEOCANGAÇO), COM ÊNFASE NO PROJETO DE LEI Nº 5365/20

**RAYRA DANIELLE DE SOUSA LIMA:**

discente do curso de Direito do Centro  
Universitário Católica do Tocantins.

**Dra. EMANUELLE ARAÚJO CORREIA** <sup>29</sup>

(Orientadora)

**Resumo:** O presente artigo tem por desígnio compreender a nova modalidade de infração penal conhecida como “novo cangaço/neocangaço”, o qual está cada vez mais incidente nas manchetes nacionais, empregando métodos inspirados nas quadrilhas sertanejas que no primeiro semestre do século 20 atacaram pequenos núcleos urbanos, sendo mais conhecidos como os cangaceiros. Dessa maneira, a metodologia baseou-se na utilização do método bibliográfico integrativo, permitindo a pesquisa em doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, espécies normativas e no Código Penal Brasileiro de 1940. Importante ressaltar que a temática é extremamente relevante, em virtude de ser uma modalidade de crime/delito que está crescendo no Brasil e traz efeitos nefastos para o Estado e sua população. A traz pesquisa como problemática: – Por que o “novo cangaço” ainda atua veemente no Brasil aterrorizando cidades interioranas e qual a efetividade do Projeto de Lei n.º 5365/20 diante deste? Sendo assim, como possível hipótese de que se faz necessário um rigor maior para combater tais crimes, sendo imprescindíveis planos estatais e ações públicas que visem majorar a segurança e evitar danos sociais e patrimoniais, para que assim possa chegar em um combate igualitário.

**Palavras-chave:** Ações Públicas. Novo cangaço. Projeto de Lei n.º 5365/20.

**Abstract:** The purpose of this article is to understand the new type of criminal offense known as “new cangaço/neocangaço”, which is increasingly in the national headlines, using methods inspired by the sertaneja gangs that in the first half of the 20th century attacked small urban centers. , being better known as the cangaceiros. In this way, the methodology was based on the use of the deductive method, allowing research into doctrines, jurisprudence, scientific articles, normative species and the Brazilian Penal Code of 1940. It is important to emphasize that the theme is extremely relevant, as it is a modality of crime/crime that is growing in Brazil and has harmful effects on the State and its population.

---

<sup>29</sup> Coautora, docente da disciplina de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins, com graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização “lato-sensu” em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Advogada no Estado do Tocantins e Professora no curso de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

A brings research as a problem: - Why does the "new cangaço" still act vehemently in Brazil terrorizing inland cities and what is the effectiveness of Bill No. 5365/20 before it? Therefore, as a possible hypothesis that greater rigor is needed to combat such crimes, state plans and public actions are essential to increase security and avoid social and property damage, so that it can reach an egalitarian fight.

**Keywords:** New cangaço. Public Actions. Bill No. 5365/20.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O "novo cangaço", sua relação com o passado e como suas ações apavoram pequenos núcleos em toda a sua integralidade. 3 Na ausência de enquadramento penal específico, de que forma tais condutas devem ser amoldadas aos tipos penais vigentes.. 4 A proposta legislativa de n.º 5365/20 de criação de um tipo penal específico destinado a criminalizar o denominado "novo cangaço. 5 Considerações Finais.

## 1 INTRODUÇÃO

Entre as décadas de 1920 e 1930, o líder do bando de cangaço mais famoso: Virgulino Ferreira da Silva, o "Lampião", atuou veementemente nas pequenas cidades e vilas, realizando vários ataques que traziam em suas raízes, fortes semelhanças aos crimes praticados atualmente. Dessa forma, as sequelas calamitosas a época do cangaço nordestino que culminaram em tanta violência nos locais de menor proporção territorial, acarretaram em vários reflexos nos tempos atuais. Neste sentido, os Estados sofrem com as ações paralelas às do grupo de bandoleiros citados acima, em que há em suas particularidades e características o mesmo modus operandi destes, de maneira que essas ações hodiernas foram denominadas popularmente como o "novo cangaço".

Neste viés, nos últimos tempos, o retorno das práticas criminosas direcionadas ao roubo de instituições bancárias se faz mais incidente no interior do Brasil. Os ataques empregando o uso de explosivos e a prática das ações do "neocangaço" arrancam a paz e tranquilidade dos núcleos urbanos. Diante disso, os delitos do "cangaço atual" causam grandes danos patrimoniais e colocam a incolumidade pública sempre em elevada monta. Entretanto apesar de ser algo tão preocupante, em relação a tipificação e o enquadramento penal específico, ainda são alvos de extrema discussão, no tocantes aos doutrinadores e posições da Jurisprudência. Uma vez que, por um lado adota-se a teoria da consunção/absorção e por outro não há essa aplicação, por entenderem que os crimes praticados no "novo cangaço" tutelam bens jurídicos dicotômicos.

Em vista de tais mazelas, o Projeto de Lei n.º 5365/20 de autoria principal o Deputado Federal Ubiratan Antunes Sanderson (Partido Liberal/PL-RS), foi criado para que fosse implementado o artigo 157-A no segundo capítulo do Código Penal e para alterar a Lei de Crimes Hediondos, acrescentando ao seu artigo 1º o inciso X, enquadrando o crime

de “domínio de cidades” ( também conhecido por “novo cangaço ”-popularmente), o Projeto possui como finalidade tornar a pena de tal crime mais severa e estabelecer uma classificação rigorosa, objetivando aumentar a segurança da população.

O presente trabalho tem como objetivo geral compreender as implicações penais e as propostas de enquadramento criminal das condutas delituosas popularmente denominadas como “novo cangaço” (neocangaço), com ênfase no projeto de Lei nº 5365/20, esclarecer, por meio científico, o papel do Estado no combate a essas quadrilhas, além de encontrar os fatores que corroboram com a crescente incidência das ações dessas quadrilhas.

Para isso, serão delineados os seguintes objetivos específicos: Entender a definição do “novo cangaço” sua relação com o passado e como suas ações apavoram pequenos núcleos em toda a sua integralidade, verificar, na ausência de enquadramento penal específico, de que forma tais condutas devem ser amoldadas aos tipos penais vigentes e apresentar a proposta legislativa de n.º 5365/20 de criação de um tipo penal específico destinado a criminalizar o denominado “novo cangaço”.

Para tanto, iremos dividir o trabalho em três capítulos: no primeiro, busca-se estudar as principais características do “neocangaço” e a sua inter-relação com o “antigo cangaço”, os quais assolaram os menores territórios do país, além de entender quais as semelhanças no tocante as suas configurações, premeditações e resultados. Ainda neste capítulo, será exposto a relevância desses crimes diante da sociedade, apresentando o pavor que ocasionam e quais são as formas de represália efetuadas pelo Estado.

O segundo capítulo apresentará as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a ausência de enquadramento penal específico na legislação brasileira em relação ao “novo cangaço”, de que forma tais condutas devem ser amoldadas aos tipos penais vigentes, além de abranger alguns outros pontos importantes à verificação de deficiência na legislação específica que capitule os furtos com o uso de explosivos.

E por fim, teremos o terceiro capítulo, o qual irá trazer uma maior especificação a respeito do Projeto de Lei n.º Lei 5365/20, do deputado Sanderson (PL-RS) em que tipifica e torna hediondo o crime de “domínio das cidades”, também chamado como o “novo cangaço”, além disso, neste capítulo serão apresentadas opiniões frente ao Projeto de Lei no que toca a sua eficácia e críticas.

A escolha do tema objeto deste artigo se deu em razão das questões envolvendo a segurança pública da coletividade, em especial, enfatizando sobre os tão difundidos roubos a bancos que vêm perpetuando e alcançando pequenos municípios em todo o Brasil, de maneira assustadora à população.



Dessa forma, neste trabalho objetiva-se a compreensão dos crimes/delitos praticados pelo “novo cangaço”, quais seus efeitos para a sociedade e para o aparato estatal e como suas ações são enquadradas penalmente tendo por fim um maior detalhamento do Projeto de Lei n.º 5365/20.

## **2 O “NOVO CANGAÇO”, SUA RELAÇÃO COM O PASSADO E COMO SUAS AÇÕES APAVORAM PEQUENOS NÚCLEOS EM TODA A SUA INTEGRALIDADE**

O movimento dos cangaceiros surgiu no sertão nordestino no final do século XIX e início do século XX (SOUZA, R. 2022). Como lembrou Souza, F. (2022), mais precisamente entre 1920 e 1930, o líder do grupo de cangaço mais famoso foi: Virgulino Ferreira da Silva, apelidado como o “Lampião”. O cangaceiro ante citado, segundo Lima (2022), foi tão cruel que não se tem conhecimento de nenhum outro criminoso que tenha minado tanta violência por tanto tempo, com tanto sucesso em toda a história brasileira, sendo 16 anos em que Virgulino Ferreira da Silva terrificou os sertões, sua morte, em 28 de julho de 1938; assinalou o fim de uma era que definiu os sertões socialmente e até esteticamente.

Os cangaceiros eram conhecidos por suas roupas de couro e armas acorrentadas ao corpo, roubaram cidades e provocaram as autoridades, usando agressão extrema, incluindo sequestro e estupro. Nas raízes do cangaço original que consagrou figuras como Lampião na história do país, há também um elemento de revolta contra o poder social e a injustiça social no Nordeste.

Em vista disso, esses efeitos nefastos sentidos a época do Cangaço nordestino que evidenciaram violência nos pequenos núcleos, trouxe reflexos hodiernos na população. Nesta feita, atualmente, os Estados vêm minutando ações análogas às do século passado em que possui em sua essência o mesmo *modus operandi* dos cangaceiros do início do século XX, em virtude de tais semelhanças, a mídia começou a denominar essas ações de o “novo cangaço”, com imagens e vídeos impressionantes, mas com técnicas já ultrapassadas.

De acordo com o *site* Estado de Minas Gerais (2021), o chamado “Novo Cangaço” surgiu no final da década de 1990 com gangues, as quais começaram a avançar contra os municípios nordestinos (com menor incidência de polícia), roubando bancos e veículos armados. O principal diretor de “Novo Cangaço” foi José Valdetario Beneveldez Carneiro, que dirigiu vários filmes em todo o estado do Rio Grande do Norte - em 2003 e morreu em confronto com a polícia.

Os “cangaceiros modernos” registram ataques desde 2006, com maior acréscimo no número de casos a partir de 2009, com a presença de quadrilhas armadas em praticamente

todos os estados do país. Em 2014, 155 ataques foram gravados, segundo o Madeiro (2014) em matéria para o site UOL.

A cinematografia divulgada durante um assalto ao banco em Criciúma/SC ganhou manchetes em todo o mundo, em conformidade Borges (2021) cita que um total de R\$ 125 milhões de reais foi levado pelos criminosos, o movimento contou com dezenas de criminosos usando colete a prova de balas, armados com granadas, fuzis, bazuca e uma arma capaz de destruir e derrubar até mesmo pequenas aeronaves.

Expõe Souza, F. (2021) que as ações do “neocangaço” abrangem mais do que o dinheiro em si, sendo que os delinquentes buscam chocar a população e causar um impacto psicológico, social, visual e sonoro durante os mega assaltos. Do mesmo jeito que o bando de “Lampião” orquestrava, porém com uma escala diferente.

Entre muitas outras, foram identificadas como características de destaque das gangues do “novo cangaço”: governança estrutural, organização empresarial, motivação clara de lucro, uso de tecnologias avançadas, divisão efetiva do trabalho, conexão estrutural ou funcional com o poder social e/ou político, alto potencial de ameaça, alto potencial de fraude, conexões locais, regionais, nacionais ou internacionais com outras organizações, conhecimento da região uso de armamentos pesados, demonstração de poder através de ações abertas e violentas, estrutura de lavagem de dinheiro e ocultação de bens etc.

O escritor Feltran (informação verbal)<sup>30</sup>, autor no livro “Irmãos uma história do PCC”, explicou o porquê desse tipo de ação está crescendo agora. Segundo o autor, parte disso se deve a organização criada pelas facções criminosas, principalmente dentro dos presídios, onde elas são formadas e se estruturam. Para o escritor, nos últimos 40 anos, o sistema brasileiro tem apresentado uma única filosofia para a segurança pública: segurança pública igual a polícia ostensiva. Logo, o último fim de qualquer ação de segurança seria a prisão de pessoas, pequenos conflitos tratados com encarceramento, grandes conflitos abordados também com encarceramento, tendo como consequência fundamental e lógica: o encarceramento. Em geral, os pequenos operados do mercado aprisionados e a cadeia funcionando como faculdade do crime. Sendo assim, não por acaso de dentro das cadeias se fortaleceram as principais facções do país e dos Estados, reagindo claramente a essa política, aplicando uma técnica de guerra em que não há assimetria de poder de fogo, havendo grande desproporção no uso da força. À vista disso, é de dentro das cadeias que saem boa parte das ações como essas que levam medo as cidades.

Segundo o Professor Doutor Rogério Greco:

É do conhecimento de todos que também o foco criminoso dessas facções se adapta às suas necessidades, procurando sempre praticar

<sup>30</sup> Informações fornecidas por Gabriel Feltran em entrevista ao jornal BCC News Brasil, em 2021.

as infrações penais que lhes sejam mais lucrativas. No final da década de 1980 e início da de 1990, nosso problema maior era com as extorsões mediante sequestro, daí o surgimento da Lei n.º 8.072/90, que teve como mola propulsora os sequestros dos empresários Abílio Diniz e Roberto Medina. Os roubos a bancos e a carros-fortes também sempre estiveram presentes. Já há alguns anos, esses grupos criminosos se especializaram em furtos e roubos a caixas eletrônicas. Ultimamente, como forma estratégica de cometimento desses últimos crimes, principalmente do roubo de caixas eletrônicas em agências bancárias, surgiu o Novo Cangaço<sup>31</sup>.

O “novo cangaço” tal como acontecia no passado, continua causando impactos emocionais nos cidadãos, gerando transtornos pós-traumáticos, além de destruir propriedades, bens públicos e privados, incutindo o medo na sociedade e colocando em cheque a atuação das polícias, desestruturando não só a segurança pública, mas também a economia popular.

Sabe-se que o Brasil é um país que ainda demanda de programas e planos pertinentes em relação à segurança da coletividade, ainda mais quando discute-se em quantidade numérica de policiais nas áreas mais afastadas das metrópoles, ou quando abre-se discussão no tocante ao leque de especializações e oportunidades para qualificação e capacitação dos agentes policiais.

Existem relatos de que em algumas cidades menores, há apenas um brigadiano de serviço por turno - o que se torna contrário aos padrões de segurança operacional, preocupando os próprios policiais e gerando insegurança em comunidades inteiras. Um levantamento inédito da Federação de Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (Famurs) revela que 78% das 238 prefeituras que responderam a um questionário sobre o tamanho do trabalho efetivo da BM (Brigada Militar) não contam com militares suficientes para manter ao menos uma dupla de serviço todo o tempo. Segundo o jornalista Gonzatto (2015) nos últimos anos, a vulnerabilidade dos pequenos municípios atraiu assaltantes que atacam bancos com o uso de dinamite e armamento pesado.

Além disso, pouco se fala sobre a escassez em relação ao investimento na capacitação dos agentes policiais, que são responsáveis pelo patrulhamento e linha de frente nos combates, os quais necessitam de uma maior preparação seja física, psicológica ou bélica.

---

<sup>31</sup> GRECO, Rogério. Prefácio. Disponível em < [https://caching.alfaconcursos.com.br/alfa-con-production/previews/items/000/000/555/original/1005.0125\\_9788583395126\\_Teoria.pdf](https://caching.alfaconcursos.com.br/alfa-con-production/previews/items/000/000/555/original/1005.0125_9788583395126_Teoria.pdf) >

Desse modo, como o poder bélico desses malfeitores é enorme, não há uma paridade de armas, conseqüentemente não abre-se espaço para que haja um combate igualitário, impossibilitando o combate; e caso ocorra o confronto, provavelmente terá como resultado uma tragédia espantosa com muitas mortes e destruição na cidade. Isto posto, como observado acima, maior do que o armamento, as quadrilhas possuem um planejamento intrinsecamente invejável, encenando e preparando meses e meses uma operação, a fim de que todos os possíveis problemas possam ser rapidamente contidos.

Dessa maneira, uma forma para que se obtivesse um combate um pouco mais assíduo e paritário, seria unir as instituições policiais (militar, civil e federal) mais precisamente as equipes da inteligência policial com as equipes de combate, a fim de que buscasse identificar, compreender, traçar rotas e desvendar aspectos camuflados de atos criminosos que possivelmente seriam complexos de diagnosticar em uma só equipe com o intuito de prevenir ações futuras e agir de forma mais concentrada e perspicaz. Por conseguinte, torna-se imprescindível uma maior aplicação de recursos e esforços para que tais servidores sejam melhores instruídos e possam ter ao seu dispor não só um arsenal forte e robusto, mas também uma maior efetividade da inteligência policial.

Ademais, sabe-se também que no âmbito jurídico não se tem, ainda, ao menos uma lei exclusiva com um artigo específico em que discorra sobre a definição dos crimes praticados no "neocangaço" tornando difícil o enquadramento penal de tais condutas. Assim, o segundo capítulo possui a intenção de discutir acerca das correntes a respeito da tipificação penal dos agentes que utilizam explosivos para a subtração de valores, de forma que também será analisada a alteração na legislação penal em relação aos crimes de roubo e furto, visando uma demonstração das aplicações adotadas pelo Direito Penal.

### **3 NA AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO PENAL ESPECIFICO, DE QUE FORMA TAIS CONDUITAS DEVEM SER AMOLDADAS AOS TIPOS PENAIIS VIGENTES**

Os delitos praticados no "cangaço atual" causam grandes danos patrimoniais e colocam a incolumidade pública sempre em elevada monta. "Nesta perspectiva a doutrina e jurisprudência têm discutido a respeito da correta tipificação penal da conduta de agentes que explodem caixas eletrônicos e correspondentes bancários para furtar valores". (SILVA, 2019). Entretanto a definição de "organização criminosa" ainda é um conceito vazio, aberto e poroso.

De acordo com a Lei Nº 12.850/2013 em seu artigo 1º §1º e §2º, in verbis:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos. (Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016).

Com efeito, o conceito do crime de Organização Criminosa é previsto na Lei nº 12.850/2013. Em síntese, para configuração de organização criminosa, é necessária a presença dos seguintes elementos: associação de mais de quatro pessoas; estrutura ordenada; divisão de tarefas; intento de obter vantagem de qualquer natureza; a prática de infrações penais máximas cuja pena seja maior que quatro anos ou de caráter transnacional.

Guilherme de Souza Nucci explica da seguinte forma:

Sob outro prisma, não se pode escapar da etimologia do termo organização, que evidencia uma estrutura ou um conjunto de partes e elementos, devidamente ordenado e disposto em bases previamente acertadas, funcionando sempre com um ritmo e uma frequência ponderáveis no cenário prático. Em suma, cuida-se da associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismos pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. (NUCCI, Leis Penais e Processuais Comentadas, 2018, p. 770).

Assim, ao estudar os crimes praticados no “novo cangaço”, sua atuação e onde são seus maiores alvos demonstrou-se alguns motivos do seu avanço. Além da precariedade na segurança pública apresentada no capítulo anterior, acredita-se que a

legislação brasileira é omissa em relação as condutas realizadas pelos novos bandoleiros havendo duas correntes em relação a aplicação do Código Penal nas condutas do “neocangaço”.

Nesta perspectiva, o problema basilar com a performance de tais quadrilhas que atuam no “novo cangaço”, é a flexibilização da lei. A chamada violência real contra terceiro acaba se responsabilizando pelo furto profissional, por outro lado, o porte ilegal de armas torna-se um caso de confisco, ou seja, a organização não está em crime, sendo apenas uma causa de aumento em relação ao uso de explosivos.

Diante do atual cenário, a Lei nº 13.654, de 23 de abril de 2018, alterou a redação do artigo 155 (Furto) em seu §4º-A e §7º e o Art. 157 (Roubo) em seu §2º; §2º-A e §3º, ambos do Código Penal, com o intuito de majorar a segurança nas instituições financeiras, que dispõe sobre os crimes patrimoniais de furto qualificado e de roubo quando envolvam material explosivo.

Antes de entrar em vigor, na Lei nº 13.654/2018, os doutrinadores e a Jurisprudência asseguravam o entendimento que o crime de explosão a caixas eletrônicos para a subtração de valores seria resguardo nos artigos 155, § 4º, IV e artigo 250 e 251, § 2º, c/c o artigo 70, segunda parte ambos do Código Penal sendo, incabível a incidência do princípio da consunção, por atingir bens jurídicos distintos. À medida que o crime de furto atinge o patrimônio da instituição financeira, o delito de explosão atinge a incolumidade pública.

### **Furto**

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

(...)

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. (BRASIL, Código Penal, p. 398, 2020)

Art. 250 [...]

Aumento de pena

§ 1º - As penas aumentam-se de um terço:



I - se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio. (BRASIL, Código Penal, p. 406, 2020)

Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:

[...]

Aumento de pena

§ 2º - As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo. (BRASIL, Código Penal, p. 406, 2020)

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (BRASIL, Código Penal, p. 389, 2020)

Nesta seara, a visão era que o crime em destaque avançaria contra bens jurídicos múltiplos, inexistindo a possibilidade de atribuir uma única intenção aos agentes, porquanto não se absorveria os crimes de explosão para o rompimento de obstáculos e o crime de furto qualificado, não havendo aplicação do princípio da consunção/absorção uma vez que o furto estaria entre os crimes que protegem o patrimônio e o crime de explosão estaria entre os que resguardam a incolumidade pública, a ordem e a paz. Portanto, o que existia era o concurso de crimes por serem tipos penais que tutelam bens jurídicos diversos.

Esse entendimento foi muito bem explanado no Julgamento do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja:

FURTO QUALIFICADO. [...] EXPLOSÃO. CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA A BENS JURÍDICOS DISTINTOS DO DELITO DE FURTO. [...] 3. **Demonstrado que a conduta delituosa expôs, de forma concreta, o patrimônio de outrem decorrente do grande potencial destruidor da explosão, notadamente porque o banco**

**encontra-se situado em edifício destinado ao uso público, ensejando a adequação típica ao crime previsto no art. 251 do CP, incabível a incidência do princípio da consunção.** 4. Infrações que atingem bens jurídicos distintos, enquanto o delito de furto viola o patrimônio da instituição financeira, o crime de explosão ofende a incolumidade pública. 5. Recurso especial e agravo em recurso especial improvidos. (STF - HC: 152636 SP - SÃO PAULO 0065181-29.2018.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 21/05/2018, Data de Publicação: DJe-100 23/05/2018, grifo do autor).

Nesta senda, tem-se que ambos os delitos foram praticados de forma independente e com dolos distintos. De acordo com uma interpretação valorativa, os delitos indicados na denúncia são autônomos, tutelares de bens jurídicos diversos: o furto tutela o patrimônio; a explosão a incolumidade pública.

Entretanto, segundo Silva (2019) com a nova alteração no crime de furto, Lei nº 13.654/2018, o concurso formal impróprio, com somatório de penas, deixa de existir por haver previsão específica no artigo 155, § 4º-A, em que utiliza-se do princípio da consunção absorvendo o crime-meio (explosão do caixa) pelo crime-fim, configurando a qualificadora do rompimento do obstáculo, sendo condito no art. 155, § 4º, I do Código Penal (furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração da coisa). *In verbis*.

### **Furto**

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

(...)

§ 4º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; (BRASIL, Código Penal, p. 398, 2020)

Tem-se como um brilhante exemplo os argumentos citados pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

**APELAÇÃO – FURTO QUALIFICADO, EXPLOSÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 155, § 4º, INC. I, VI, C/C ART. 251, § 2º, DO CP C/C ART. 14, LEI 10.826/03)– IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA DE DOIS CONDENADOS – 1.0. [...] – 1.2. PROVIDÊNCIA, DE OFÍCIO, PARA APLICAR O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - FURTO QUALIFICADO**

**QUE ABSORVE O CRIME DE EXPLOSÃO - [...] 2.2. - DE OFÍCIO, APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO EM QUE O CRIME DE EXPLOSÃO É ABSORVIDO PELO FURTO QUALIFICADO – [...] É necessária a aplicação do princípio da consunção entre os crimes de furto qualificado e explosão, se o segundo considerado como crime-meio, foi praticado com o fim único de possibilitar a prática da subtração, crime-fim. (...). Se o crime de explosão foi praticado com o objetivo de romper obstáculo para a subtração da coisa visada a que foram os acusados condenados, revela-se como crime-meio e se assim é, necessária a aplicação do princípio da consunção com a consequente absolvição do apelante quanto ao crime-meio.** (Ap 17489/2014, DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 30/09/2014, Publicado no DJE 09/10/2014) (TJ-MT - APL: 00001145720128110091 17489/2014, Relator: DES. RONDON BASSIL DOWER FILHO, Data de Julgamento: 30/09/2014, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/10/2014)

Neste caso, conforme decisão neste julgado do TJMT, se fez necessária a aplicação do princípio da consunção entre os crimes de furto qualificado e explosão, pois o considerou-se o segundo como crime-meio, praticado com o fim único de possibilitar a prática da subtração, crime-fim. Dessa maneira, no atual contexto, o agente que comete furto mediante explosão para subtração de valores possui pena inicial de quatro (04) anos, por ter previsão específica no artigo 155, § 4º-A de acordo com a Lei 13.654/18, logo, não haverá concurso de crimes, pois caso houvesse incidiria no princípio do bis in idem.

Nesta senda, de acordo com Silva (2019) verifica-se que ocorreu uma incoerência ao inserir o novo § 4º-A com o propósito de ampliar a pena dos agentes que utilizavam explosivos para a subtração de valores, pois o novo parágrafo tornou mais branda a pena, de maneira que segundo apontamentos, torna-se um erro de elevação grave do legislador.

Compreende-se que as ações do “novo cangaço” podem ser tipificadas rigorosamente por lei, por meio do uso de sanções efetivas, com o objetivo de retroalimentar a prevenção geral, e permitir mudanças em sua abordagem, a fim de manter a ordem e fornecer segurança social. É neste sentido que o terceiro capítulo traz uma maior elucidação a respeito do Projeto de Lei n.º 5365/20, o qual possui como objetivo a tipificação das ações do “novo cangaço” e traz penalidades maiores a tal delito.

#### **4. A PROPOSTA LEGISLATIVA DE N.º 5365/20 DE CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL ESPECÍFICO DESTINADO A CRIMINALIZAR O DENOMINADO “NOVO CANGAÇO”.**

O Projeto de Lei 5365/20 tipifica as ações do chamado “novo cangaço” e está atualmente guardando Apreciação pelo Senado Federal.

O projeto tem como autoria os Deputados Federais Ubiratan Antunes Sanderson (Partido Liberal/PL-RS), e coautoria a Deputada Fabiana Silva de Souza (Partido Liberal/PL-RJ) e o Deputado Aluísio Guimarães Mendes Filho (Partido Social Cristão/PSC-MA). Em sua ementa, alterará o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de “Domínio de Cidades”, e alterará a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei de Crimes Hediondos.

Diante do cenário do delito aqui identificado como “novo cangaço”, o especialista Ricardo Matias Rodrigues desenvolveu-se um conceito inicial sobre o assunto:

Domínio de Cidades como sendo uma nova modalidade de conflito não convencional, tipicamente brasileiro e advindo da evolução de crimes violentos contra o patrimônio, na qual grupos articulados compostos por diversos criminosos, divididos em tarefas específicas, subjugam a ação do poder público por meio do planejamento e execução de roubos majorados para subtrair o máximo possível de valores em espécie e/ou objetos valiosos e/ou o resgate de detentos de estabelecimentos prisionais, utilizando ponto de apoio para concentração dos criminosos, artefatos explosivos, armas portáteis de cano longo e calibre restrito e, veículos potentes e blindados, rotas de fuga predeterminadas, miguelitos, bloqueio de estradas, vias e rodovias com automóveis em chamas, além da colaboração de olheiros. (RODRIGUES, 2020, p. 64).

Ainda sobre este tema, em sua justificativa do Projeto de Lei, apresenta-se que:

A modalidade que se pretende positivizar, batizada de Domínio de Cidades, certamente está num patamar mais elevado, extremamente impactante e mais devastador do que um roubo com as suas devidas qualificadoras. (SANDERSON, 2020).

Percebe-se que a titulação de “novo cangaço ou neocangaço” passa a ter ainda mais um sinônimo: “domínio de cidades”.

Assim, de acordo com o Projeto 5365/20 o segundo capítulo do Código Penal, conterà na modalidade de Crimes contra o Patrimônio um novo artigo sendo este o 157-A denominado como crime de “domínio de cidades” equivalente ao “novo cangaço ou

neocangaço”, o qual teria em sua redação criminalizar ações que realizassem bloqueio total ou parcial de qualquer uma das vias de tráfego, sejam elas terrestres ou aquaviário, além de estruturas físicas das forças de segurança pública, a fim de que evitasse ou retardasse a aproximação do poder público, essas atuações deveriam ter o emprego de armas de fogo e/ou de equipamentos destinados ao uso das pelas forças de segurança pública e deveriam ter como finalidade praticar crime contra o patrimônio.

Desse modo, considerando os fatos acima discorridos, para tal delito, a pena seria de reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos, o que pode-se notar: penas com uma incidência de alto grau- o que implicaria em uma classificação de crime com maior potencial ofensivo ao artigo 157-A, tendo em vista todas as suas características já relatadas, além de sua execução (*modos operandi*), suas sequelas deixadas para a sociedade e implicações ao Estado como um todo.

Além disso, a pena seria acrescentada em 1/3 (um terço) se o agente fizesse o uso de dispositivos explosivos e/ou viesse a capturar reféns com o objetivo final de reduzir a chance de ação do Estado (leia-se agentes de segurança pública) contra tal delito, ainda, neste panorama também haveria a soma de 1/3 na pena, se o criminoso atacasse as instalações dos prédios públicos ou privados, com destruição total ou até mesmo parcial.

Já em seu inciso terceiro o aumento seria em razão da inabilitação total ou em parte, acerca das estruturas de transmissão de energia e/ou de telefonia, por conseguinte em seu inciso quarto, a majoração de 1/3 seria por usar aeronaves ou outro equipamento tendo como finalidade a promoção no que diz respeito ao plano aéreo que estivesse em conluio com a atividade realizada no solo.

Como continuação, no inciso quinto do artigo 157-A do Projeto de Lei 5365/20, poder-se-ia acrescentar a sanção penal no caso do agente vir a praticar qualquer das condutas tipificadas no caput, tendo como meta deixar o ambiente da fuga de estabelecimento prisional mais propício. O artigo 157-A conteria ainda o § 2º, o qual traz consigo as consequências do delito.

Tais saldos, decorrentes do §2º, são: os episódios em que possam vir a resultar uma lesão corporal grave, em que, nesta situação; a pena será de reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos e multa ou ainda se a conjuntura ficar ainda mais crítica- tendo como decorrência a morte, a sanção penal aplicada será também uma pena de reclusão, porém neste caso de 20 (vinte) a 40 (quarenta) anos, e multa.

Sob outro viés, o PL 5365/20 também modificaria a Lei nº 8.072/90 - Lei de Crimes Hediondos, acrescentando ao seu artigo 1º o inciso X, enquadrando o crime de domínio de cidades como crime hediondo, tornando assim mais complexa as questões relativas a

execução penal, como por exemplo: percentuais para progressão de regime dos condenados, livramento condicional, comutação e indulto.

De acordo com o esclarecimento de Sanderson (2022) o texto cria um novo crime para uma situação que tem atingido o Brasil por completo, sendo um dos objetivos do Projeto de Lei criar um novo "tipo penal", sendo esta a melhor prevenção encontrada neste momento. Então, o Projeto de Lei 5365/20, criminaliza as atividades centrais do crime de furto, na medida que os criminosos venham a atingir o seu objetivo final: os cofres de alto valor.

Contudo, o Projeto conta com algumas críticas. Para o deputado Célio Moura, a proposta precisa ser discutida pelos deputados antes de ir a voto. Segundo ele: "Não adianta apenas aumentar a pena se não houver um projeto de segurança pública para o país" (MOURA, 2022). Seguindo uma mesma lógica:

Ademais, o lapso de penas previsto ao novo injusto já é preocupante [...] O próprio homicídio simples possui penas menores (26 anos) e, mesmo em sua modalidade qualificada, parte de patamar inferior ao "domínio de cidades" (12 a 30 anos). A mensagem do legislador é bastante clara: **é mais grave empreender atentado ao cofre de um banco do que assassinar um cidadão com emprego de tortura**, por exemplo (artigo 121, §2º, III, CP). Ademais, já existem em nosso Código Penal crimes prevendo altas punições às práticas decorrentes do "novo cangaço", que podem ser tipificadas como roubo qualificado [...] Nesses casos, é alcançada com facilidade a pena de 30 anos de reclusão. Ademais, também incide o "novo cangaço" o crime de organização criminosa, conforme previsto na Lei nº 12.850/2013, podendo ser acrescido mais dez anos, aproximadamente, às sanções do roubo qualificado. [...] Ou seja, **se a eficiência do problema do combate ao novo cangaço estivesse contida no risco de os criminosos serem submetidos a sanções imensas, esse fenômeno já não ocorreria no atual cenário legal.** [...], a proposta de alteração do Código Penal não apenas é inócua para a prevenção e repressão do "novo cangaço" como, inclusive, **representa a inserção de crime bastante aberto e com penas desproporcionais aos demais delitos já existentes, transpassando perigoso recado ao cidadão de que sua vida vale menos do que valores bancários.** Por isso, o projeto foca no problema errado: **não se combaterá o fenômeno com penas altíssimas (ora, elas já existem!), mas sim, fortalecendo os instrumentos de inteligência,**



**investigação e prevenção material contra esses sofisticados delitos.** (ARIANO, 2022, grifo da autora)

Neste diapasão, o que observa-se é uma grande discussão tanto acerca da tipificação penal (como abordado no capítulo anterior) quanto a respeito do posicionamento do Projeto de Lei n.º 5365/20. Conforme dita Ariano (2022) o Projeto traz uma pena dura e um rol aberto em relação as ações entabuladas no artigo 157-A, indo além da impositiva do "domínio sobre as cidades".

Ademais, o novo crime do Projeto de Lei apresenta circunstâncias alusivas e fictícias, de maneira que acarreta um grau enorme de sofisticação delitiva. Há situações em que o entendimento em relação a periculosidade e a reprovação social ultrapassam a normalidade, como por exemplo no caso de "[...] assaltante que, para ingressar em uma loja de conveniência, impeça o avanço dos policiais sobre si com a ameaça de revolver. [...]" (ARIANO, 2022).

Observa-se que nesta exemplificação o agente não estaria necessariamente cometendo o crime do "domínio de cidade", mas que se encaixaria nas qualificadoras – de acordo com o Projeto de Lei 5365/20 – pois, realizou o bloqueio do estabelecimento, colocou em jogo a segurança pública, a fim de que evitasse a aproximação do poder público, além de utilizar arma de fogo, o que implicaria da aplicação de uma pena muito mais grave ao crime, do que realmente é.

O legislador precisa tomar o máximo de cuidado, reportando-se ao equilíbrio e ao nível de desaprovação moral fortemente observado. A punição não pode ser medida solitária, deve ser proporcional a outros crimes, vínculos e condutas que o jurista entenda serem mais graves do que outros, de maneira que não venha a incidir uma infração bagatelar imprópria (casos em que a pena é muito grave em relação ao fato ilícito).

Faz-se importante ressaltar as consequências que o delito "novo cangaço/neocangaço" acarretam, pondo em cheque todo o aparato estatal, além de evidenciar quais são realmente as medidas efetivamente cabíveis quanto a este, para que, posteriormente- não ocorra um enorme lapso em referência a quantificação das penas e suas aplicações.

Uma vez que, possa vir a deixar uma estrutura propícia a superlotações em cadeias, o que culminaria na alimentação dos crimes praticados fora dos muros do sistema prisional, visto que, as prisões são os "escritórios" para a estruturação de tais delitos, trazendo um efeito reverso ao que realmente queria se obter com a criação do tipo penal.

Diante de todo o exposto, observa-se o quanto este novo crime vai além das muralhas referentes ao de “aumento pena” ou a sua classificação em hediondo ou não. Se faz necessário, um estudo maior não só em relação a quantificação de penas e em suas consequências e reflexos, mas também em relação as políticas ativas estatais e dos órgãos responsáveis, de maneira que maiores investimentos sejam aplicados frente a inteligência policial, para que seja ofertado um combate paritário e para que possam enfim gerir segurança para a sociedade.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Isto posto, nota-se que apesar de existir uma grande discrepância no tempo, no tocante ao “velho cangaço” e ao “novo cangaço”, ambos trazem consigo o pavor e a violência para população, o “neocangaço” tal como acontecia no passado, continua causando impactos emocionais na sociedade, gerando transtornos pós-traumáticos, além de destruir propriedades e bens públicos e privados, gerando o medo nos cidadãos e colocando em cheque a atuação das polícias, sejam elas preventivas/ostensivas, judiciárias ou investigativas.

No discorrer do presente artigo, demonstrou-se que as quadrilhas são ligeiramente organizadas no que tange a funções e arquitetura dos crimes e que para um possível combate, que detenha a paridade de armas entre os delinquentes e os agentes policiais, é necessário que um maior investimento na inteligência policial. Ainda, importante mencionar que não ainda, ao menos uma lei exclusiva com um artigo específico em que discorra sobre a definição dos crimes praticados no “neocangaço” tornando difícil o enquadramento penal de tais condutas.

Percebe-se que existe uma grande divergência jurisprudencial e doutrinária assolam o sistema jurídica acerca da tipificação dos delitos praticados pelo “novo cangaço”, em que discute-se o uso ou não do princípio da consunção. Todavia, apesar de haver discussões, atualmente utiliza-se a aplicação de tal princípio citado acima, sendo condito no art. 155, § 4º, I do Código.

Como forma de tornar a penalização mais severa, surge o Projeto de Lei 5365/20, o qual traz uma tipificação e um conceito as ações do chamado “novo cangaço” de autoria principal do Deputado Federal Ubiratan Antunes Sanderson (Partido Liberal/PL-RS), possuindo em sua ementa, alteração do Código Penal de 1940 para aderir um novo tipo penal: o crime de “Domínio de Cidades” do artigo 157-A, além de alterar a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei de Crimes Hediondos tornando tal crime como hediondo.

Considera-se que o Projeto de Lei n.º Lei 5365/20, do deputado Sanderson (PL-RS) em que tipifica e torna hediondo o crime de “domínio das cidades” (“novo cangaço”) possui um objetivo complacente. Contudo, o legislador deve tomar cuidado, para que não venha

a incorrer em uma vertente a qual não deveria incidir. Nesta senda, o Projeto de Lei n.º 5365/20 deve ser veementemente analisado, uma vez que a punição desses crimes, não pode ser medida solitária, deve ser proporcional a outros crimes, pensando nas consequências que a tipificação do crime "domínio de cidades" acarretam, pois as cadeias públicas são as estruturas propícias para na alimentação das grandes organizações criminosas e como consequência a alimentação dos crimes praticados fora do sistema prisional, trazendo um efeito reverso ao que realmente queria se obter com a criação do tipo penal.

Sendo assim, como melhor solução seria unir tanto os planos de ações da segurança pública nacional, utilizando-se de aplicação de capital principalmente na área da inteligência policial- objetivando a paridade de armas- quanto o Projeto de Lei n.º 5365/20 (sendo este revisado, como exposto acima), para que os delitos sejam combatidos de forma eficaz e os bens públicos sociais e patrimoniais sejam resguardados.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Jânia Perla Diógenes; Violência e performance no chamado 'novo cangaço': Cidades sitiadas, uso de explosivos e ataques a polícias em assaltos contra bancos no Brasil. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/dilemas/a/G5fGRgHsJ8Vc7HfwvdjPWqC/?lang=pt>>. Acesso em 5 de set de 2022.

ARIANO, Raul Abramo. **Precisamos da criação de novo tipo de crime para reprimir o "novo cangaço"?**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-ago-18/raul-ariano-tipo-crime-cangaço>. Acesso em 21 de setembro de 2022.

BORGES, Caroline. **Mega-assalto a banco em Criciúma completa 1 ano com investigações em sigilo, 10 presos e 2 foragidos**. Disponível em <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2021/11/29/mega-assalto-a-banco-em-criciuma-completa-um-ano-com-investigacoes-em-sigilo-10-presos-e-2-foragidos.ghtml>. Acesso em 27 de agosto de 2022.

BRANDÃO, Francisco; **Câmara aprova medidas para combater e punir "novo cangaço"**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/901340-camara-aprova-medidas-para-combater-e-punir-novo-cangaço/>. Acesso 14 de set 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras

providências.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

**Vademecum.** São Paulo: Saraiva, 2020.

ESTADO DE MINAS GERAIS. **O que é novo cangaço? Entenda a modalidade de crime que assola o interior.** 30 de out. 2021. Disponível em <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/10/31/interna\\_gerais,1318807/o-que-e-novo-cangaco-entenda-a-modalidade-de-crime-que-assola-o-interior.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2021/10/31/interna_gerais,1318807/o-que-e-novo-cangaco-entenda-a-modalidade-de-crime-que-assola-o-interior.shtml). Acesso em 10 de agosto de 2022.

GONZATTO, Marcelo; **Cidades do Interior têm apenas um policial militar.** Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/05/cidades-do-interior-tem- apenas-um-policial-militar-4762170.html>. Acesso em 27 de agosto de 2022.

JUSBRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso TJ-MT** - Apelação: APL 0000114-57.2012.8.11.0091 17489/2014. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mt/364723209>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

LIMA, Nadine. **Novo Cangaço: conheça a modalidade de crime que se espalhou pelo Brasil.** 03 nov. 2021. Disponível em <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2021/11/03/novo-cangaco-conheca-a-modalidade-de-crime-que-se-espalhou-pelo-brasil.html>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

MADEIRO, Carlos. **'Novo cangaço' ataca 155 bancos; Estados montam ações conjuntas.** 2014. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/03/18/novo-cangaco-ataca-155-bancos-esta-dos-montam-acoes-conjuntas.htm>. Acesso em 23 de agosto de 2022.

**PL 5365/2020.** Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265995> >. Acesso em 14 de setembro de 2022.

ROCHA, Lucas; **Câmara aprova medidas para combater e punir “novo cangaço”.** Disponível em < <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/camara-aprova-medidas-para-combater-e-punir-novo-cangaco/>

RODRIGUES, Ricardo Matias. **Domínio de Cidades: o uso da estratégia criminosa para a realização de assaltos a empresas de segurança privada especializadas em transportes e guarda de valores.** In: FRANÇA, Lucélio Ferreira Martins Faria (Org.). ALPHA BRAVO BRASIL: Crimes Violentos Contra o Patrimônio. Curitiba: CRV, 2020. p. 64.

SABBADIN, Paulo. **Câmara aprova urgência para PL que tipifica como crime ações do "novo cangaço"**. Disponível em <https://www.sbtnews.com.br/noticia/congresso/218613-camara-aprova-urgencia-para-pl-que-tipifica-como-crime-aco-es-do-novo-cangaco>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

SANDERSON, Ubiratan. **Projeto de Lei nº 5365 , de 2020**. 2020. Disponível em [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0vbkbecvk221h3dtt5zrwfcuw206577.node0?codteor=1946167&filename=PL+5365/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0vbkbecvk221h3dtt5zrwfcuw206577.node0?codteor=1946167&filename=PL+5365/2020). Acesso em 06 de outubro de 2022.

SILVA, José Edilânio. **A adequação do crime caracterizado como 'novo cangaço' dentro do Código Penal**. 2019. Disponível em < <http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/11392?show=full> >. Acesso em 3 de set de 2022.

SOUZA, Felipe. **As ações do 'novo cangaço' que assola cidades pelo Brasil. 2021**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=FOFdoIDxTlc>. Acesso em 23 de agosto de 2022.

SOUZA, Renata. **O que são e como operam as quadrilhas do chamado "novo cangaço"**. 18 de abril de 2022. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/o-que-sao-e-como-operam-as-quadrilhas-do-chamado-novo-cangaco/>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.531.355 -SP (2015/0112435-4)**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=91601297&tipo=0&nreg=201501124354&SeqCgrmaSessao&CodOrgaoJgdr&dt=20190227&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

VALENTE, João Bosco. **Crime organizado: uma abordagem a partir do seu surgimento no mundo e no brasil**. Disponível em <https://www.mpam.mp.br/centros-de-apoio-sp-947110907/combate-ao-crime-organizado/doutrina/418-crime-organizado-uma-abordagem-a-partir-do-seu-surgimento-no-mundo-e-no-brasil>. Acesso em 27 de agosto de 2022.

## **GUARDA COMPARTILHADA: O PAPEL DOS TRIBUNAIS E AS DECISÕES PROFERIDAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 (SARS-COV-2)**

**KARLY ISABELI DE CARVALHO SANTOS:**  
graduanda do curso de Direito pela Unidade  
de Ensino Superior do Sul do Maranhão  
(UNISULMA)

DEISY SANGLARD DE SOUSA <sup>32</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Em tempos atuais as composições familiares estão se cada vez mais diversificadas e muitos ex-casais estão procurando a justiça para regulamentar o exercício da guarda sobre seus filhos menores. Com isso os processos repetem-se e o judiciário define como será o exercício da guarda. Mediante isso, o objetivo da presente pesquisa é analisar as decisões proferidas no período de calamidade da pandemia da COVID-19, entre os meses de março a dezembro de 2020, pelos tribunais de justiça do Brasil, em situações que abrangem famílias sob o regime de guarda compartilhada. Assim, objetivou-se analisar as decisões e adoções de eventuais medidas para a resolução dos pleitos que compreendem os núcleos familiares sob o regime da guarda compartilhada. A técnica utilizada para chegar a resposta do problema central é através de uma revisão de literatura, levando em conta que o estudo parte de ideias iniciais, com a intenção de chegar a respostas gerais acerca do papel e das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. As decisões providas em relação ao tema estão de acordo com o melhor interesse do menor. As decisões adotadas pelos Tribunais buscaram atender o interesse de todas as partes, protegendo os direitos fundamentais da criança, à saúde e à convivência saudável com os pais. Assim, o papel do Judiciário foi decidir sobre períodos de convivência entre as partes, definidos pelas plataformas virtuais através de vídeo-chamadas e ligações telefônicas, ou, em outros casos, o magistrado determinou pela convivência presencial das crianças e adolescentes com ambos os pais, sem prejuízo do bem-estar do menor e mantendo todos os cuidados recomendados pelas autoridades de saúde quando não houvesse riscos para os envolvidos.

**Palavras-chaves:** COVID-19. Direito. Guarda Compartilhada. Pandemia.

**ABSTRACT:** In current times, family compositions are increasingly diversified and many ex-couples are seeking justice to regulate the exercise of custody over their minor children. With this, the processes are repeated and the judiciary defines how the exercise of custody will be. Therefore, the objective of the present research is to analyze the decisions rendered

---

<sup>32</sup> Professora da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA) do Curso de Direito, Mestre em Educação. Email: [deisy.sanglard@gmail.com](mailto:deisy.sanglard@gmail.com)



during the calamity period of the COVID-19 pandemic, between March and December 2020, by the Brazilian courts of justice, in situations that cover families under the regime of shared custody. Thus, the objective was to analyze the decisions and adoption of possible measures for the resolution of the claims that comprise the family nuclei under the regime of shared custody. The technique used to arrive at the answer to the central problem is through a literature review, taking into account that the study starts from initial ideas, with the intention of reaching general answers about the role and decisions made by the Judiciary. The decisions provided in relation to the matter are in the best interests of the minor. The decisions adopted by the Courts sought to meet the interests of all parties, protecting the fundamental rights of the child, health and healthy living with parents. Thus, the role of the Judiciary was to decide on periods of coexistence between the parties, defined by virtual platforms through video calls and telephone calls, or, in other cases, the magistrate determined by the presence of children and adolescents with both parents, without prejudice to the child's well-being and maintaining all the care recommended by the health authorities when there are no risks for those involved.

**Keywords:** COVID-19. Right. Shared Guard. Pandemic.

## 1. INTRODUÇÃO

Em tempos atuais as composições familiares estão se cada vez mais diversificadas e muitos ex-casais estão procurando a justiça para regulamentar o exercício da guarda sobre seus filhos menores. Com isso os processos repetem-se eo judiciário define como será o exercício da guarda. Sabe-se que a guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico pela Lei 11.698/2008, atualizada pela Lei 13.058/2014, a qual determina a preferência pelo compartilhamento da guarda sobre o menor.

As orientações a serem seguidas pelo guardião do menor inerentes à guarda e ao Poder familiar estão tanto no Estatuto da Criança e Adolescente, em seu Art. 22, como no Código Civil de 2002.

Nesse contexto, a guarda compartilhada tem dentre suas atribuições o dever de assistência, proteção, zelo e cuidado, a efetiva responsabilidade pela proteção integral da criança e adolescente.

Sendo assim, considerando o período de calamidade provocado pela pandemiado Covid-19, a mudança de hábitos que todo o mundo foi obrigado a adotar, inclusive os pais separados com guarda compartilhada, fez-se necessário um estudo acerca do papel do judiciário e as decisões tomadas durante a crise epidemiológica.

A presente pesquisa buscou esclarecer conceitos jurídicos relacionados ao tema, abordou conceitos de poder familiar, guarda compartilhada, além de descrever brevemente o histórico a respeito de Pandemia, buscando responder a questão central do estudo: Qual o papel do judiciário sobre o exercício de guarda compartilhada durante o período de calamidade gerado pela pandemia da Covid-19?. Verificaram-se decisões quanto à convivência possibilitada por meios tecnológicos, respeitando o período de distanciamento e medidas de proteção à saúde.

Compreende-se que a principal recomendação para conter o avanço da Covid-19 consiste no afastamento social, a presente investigação analisou algumas decisões dos tribunais sobre a guarda compartilhada durante a pandemia da COVID-19, observou desafios que a pandemia trouxe aos tribunais em relação às determinações de guarda compartilhada, destacou algumas consequências da pandemia da Covid-19 para menores que vivem em regime de guarda compartilhada entre os pais.

A pesquisa se norteou a partir de revisões bibliográficas, considerando que o ambiente original é a fonte direta da coleta de dados e o pesquisador é o instrumento chave (CRUZ, 2019).

A pesquisa dividiu-se em três partes, a primeira tratou sobre conceitos e legislações acerca dos temas poder familiar e guarda compartilhada, em seguida descreveu-se sobre a pandemia de Covid-19, conhecendo sua origem e formas de transmissão, por fim, apresentou-se a resposta ao problema que norteou a investigação sobre o papel e as decisões proferidas pelo poder judiciário durante o ápice da crise do novo coronavírus.

Observou-se que as decisões, no momento de calamidade da pandemia, reconheciam o melhor interesse ao menor, optaram em alguns casos, pelo distanciamento de um dos pais durante o período de crise, prevalecendo a convivência por meios virtuais, vídeos-chamadas e contato telefônico, deixando o menor com guardião que garantisse a criança maior proteção. Como demonstrou o estudo, em outros casos, foi mantida a convivência presencial com ambos os pais, buscando garantir o bem-estar físico e psicológico do infante.

## **2. PODER FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA**

### **2.1 Poder Familiar**

A guarda compartilhada foi estabelecida para acolher o desenvolvimento da sociedade e as mudanças ocorridas no meio familiar, trata-se de um rompimento como modelo de família patriarcal, onde o dever e responsabilidades inerentes à criação geralmente eram determinados à mãe do menor.

Contudo, antes de aprofundarmos o conteúdo sobre guarda compartilhada, torna-se relevante destacar que o poder familiar deve ser exercido pelos pais em conjunto, garantindo a proteção do filho, cuidados, amor e carinho, além da convivência familiar saudável que são condições indispensáveis para que as crianças e adolescentes cresçam e se desenvolvam de forma saudável e plena.

Entende-se que o termo poder familiar deriva do antigo pátrio poder, adotado pela legislação civil de 1916, exclusivo, do pai que estava à frente da família, acompanhando a clara hierarquia da época (CÓDIGO CIVIL, 1916).

Neste contexto, a edição do Código Civil de 2002, houve importantes mudanças em seu conteúdo, dentre elas a mudança da própria nomenclatura e conteúdo que passou a adotar o termo poder familiar (BARBOZA; FRANCO, 2021, p.5).

Para Martins (2019), o poder familiar trata-se de um importante instituto jurídico do direito de família que consiste na responsabilidade atribuída aos pais em relação a seus filhos, na qual há um conjunto de direitos e obrigações que devem ser cumpridas em prol da proteção e do melhor interesse do menor, propiciando-o bom desenvolvimento físico, intelectual e psíquico.

Desta forma, conforme o Código Civil brasileiro (2002), em seu artigo 1.634, é exclusivo de ambos os pais, o pleno exercício do poder familiar (BRASIL, 2002). O que também é assegurado e determinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 21 e 22 (BRASIL, 1990). Assim, observa-se que, além de determinar responsabilidades dos genitores, o poder familiar também se baseia na filiação, uma vez que, enquanto pais devem cumprir as obrigações que lhes são atribuídas, independente do vínculo afetivo.

Acerca do poder familiar o Código Civil em seu artigo 1.634 assegura que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I- dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente

não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

O fim do casamento ou do relacionamento dos pais não transforma as relações destes com seus filhos. Segundo Silva *et. al* (2022) a dissolução da relação conjugal, seja por divórcio ou separação da união estável, não se estende aos filhos, não há distanciamento ou rompimento com a prole. O elo afetivo com os filhos deve permanecer, isso porque o interesse dos filhos se sobrepõe aos dos genitores atendendo ao princípio do melhor interesse da criança.

Em seu artigo 21, o Estatuto da Criança e do Adolescente descreve que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”. (BRASIL, 1990)

Nesse contexto, observa-se que o poder familiar determina um compromisso comum dos genitores responsáveis de garantir aos seus filhos, enquanto menores, o substancial à sua subsistência, proporcionando-lhes alimentação, saúde, moradia, vestuário, educação, afeto, entre outros, conforme reproduzido no artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente vigentes:

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. (BRASIL, 1988)

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. Obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. (BRASIL,1990).

É válido ressaltar que o exercício do poder familiar é um direito indisponível, aquele que exerce o poder familiar tem a guarda inerente, mas nem todo aquele que exerce a guarda possui o poder familiar (TASSEMEIER, 2020 apud AMANCIO,2021).No mais, o Código Civil brasileiro, evidencia em seu artigo 1.635 e seguintes, as formas de extinção do poder familiar, que pode ocorrer pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação, nos termos do art. 5º do Código Civil de 2002, pela maioria, pela adoção ou por decisão judicial.

Nesta mesma linha de raciocínio, o Código Civil apresenta em seu artigo 1.638 as possíveis maneiras de pais ou mães perderem o poder familiar sobre seus filhos:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente;

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (BRASIL, 2002).

Importante frisar que os pais que não cumprirem com suas responsabilidades de oferecer qualidade para o desenvolvimento pleno do filho, além de perderem o poder familiar, estão submetendo-se à sanções não só da ordem civil, com também poderão responder criminalmente, enquadrando-se nos artigos 244 a 245 do Código Penal

Nesses artigos discorrem respectivamente sobre deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do filho menor de 18 (dezoito) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, o pagamento de pensão alimentícia, e sobre entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo (BRASIL, 1940).

Neste sentido, entende-se que o poder familiar abrange as responsabilidades inerentes à filiação, abrangendo a isonomia constitucional, independente da origem de filiação, seja ela biológica, socioafetiva ou produto da reprodução humana artificial (RASSI, 2021).

## **2.2 Conceito de Guarda**

A guarda, de forma simples, é o exercício da autoridade parental, pode ser traduzida como um rol de obrigações e direitos em relação aos filhos menores, singularmente relacionada à assistência material, educacional, moral e presencial (RASSI, 2021).

Para Silva et. al. (2022) a guarda consiste em um instituto legal utilizado em situações na qual os genitores não convivem no mesmo seio familiar. A legalização da situação quanto à custódia dos filhos faz-se por meio jurídico, na qual o juiz profere uma decisão, atribuindo a ambos ou unilateralmente conforme caso concreto.



A Lei 11.698/08 preveu a guarda unilateral e a guarda compartilhada, modificando o conteúdo do Código Civil, explicitamente em seus artigos 1.583 e 1.584 as duas modalidades da seguinte forma:

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 (BRASIL, 2002).

Considerando os conceitos e modalidades já apresentados sobre guarda, entende-se que a guarda unilateral é a concedida a um dos genitores explicitamente, tendo o outro genitor o direito a visitas, em conformidade com o previsto no artigo 1589 do Código Civil (2002):

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (BRASIL, 2002).

Ainda de acordo com o Código Civil de 2002, artigo 1583, §5º, na guarda unilateral, cabe ao pai ou a mãe que não a detém a guarda fiscalizar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos progenitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (BRASIL, 2002).

Diferente da guarda unilateral, a guarda compartilhada, prevê o comprometimento conjunto, o exercício de direitos e deveres dos pais que não moram juntos, inerentes ao poder familiar.

### **2.3 Guarda Compartilhada**

A dissolução da relação conjugal, seja por divórcio ou separação da união estável, não se amplia aos filhos, não deve haver afastamento ou ruptura com estes. O laço afetivo com os menores deve perdurar, isso porque o interesse das crianças se sobrepõe aos de seus pais, atendendo ao princípio do melhor interesse do infante.

Nesse contexto, almejando zelar pela integridade emocional do infante, torna-se relevante a aplicação da guarda compartilhada diante de conflitos familiares, pois não

haverá interrupção dos laços parentais, bem como as obrigações entre os genitores serão iguais.

Segundo Silva et. al. (2022), em se tratando de guarda compartilhada a responsabilidade é de ambos os pais, o art. 1583 define guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direito e deveres do pai e da mãe quando não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (BRASIL, 2002) ”.

A guarda compartilhada, como já visto, foi introduzida pela Lei 11.698/08, sendo alterada pela Lei 13.058/14, e conceitua-se como aquela em que há a responsabilidade conjunta dos pais em relação aos seus filhos. Em cooperação, ambos devem contribuir para a criação e educação dos filhos, proporcionando-lhes lazer, saúde, alimentação, afetividade, entre outros. Sua aplicação é estabelecida sempre que possível, devido ao entendimento de que esta representa o melhor exercício do poder familiar (MARTINS, 2019).

O Código Civil estabelece em seu art. 1584, § 2º “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada sempre que possível, a guarda compartilhada”.

No mesmo dispositivo, em seu artigo 1.583, § 2º institui que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio de cada pai com seus filhos deve ser dividido de forma equilibrada, levando em conta primordialmente o interesse da criança e também a condição fática que cada um se encontra”. (BRASIL, 2002)

Rassi (2021), entende que as atuais redações dos artigos da guarda compartilhada que preveem e dividem a responsabilidade da criação dos filhos, imposta pelo poder familiar, nada mais é que a concretização dos direitos constitucionais de promover o bem de todos e garantir que a criança, o adolescente e o jovem, sejam prioridade, e consequentemente, tenha tudo para o seu desenvolvimento pleno.

Segundo Dias (2021, p.385):

Compartilhar a guarda de um filho diz muito mais com a garantia de que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar, bem como aos direitos que tal poder lhes confere. A guarda compartilhada deve ser tomada, antes de tudo, como uma postura, como o reflexo de uma mentalidade, segundo a qual pai e mãe são igualmente importantes para os filhos de qualquer idade e, portanto, essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer.

Percebe-se que a guarda compartilhada proporciona benefícios a todos envolvidos na relação, principalmente ao menor, possibilitando a convivência familiar com os pais, que antes acabavam perdendo etapas importantes da vida do filho que poderiam ser compartilhadas.

### **3.PANDEMIA DA COVID – 19**

Em 31 de dezembro de 2019, foi identificado em Wuhan, na China, casos graves de pneumonia. Em 07 de janeiro um novo vírus ainda desconhecido foi identificado e recebeu inicialmente o nome de "2019-nCov". Ainda em janeiro ocorreu a primeira morte decorrente do vírus na China, onze dias depois a autoridades chinesas anunciaram que o vírus poderia ser transmitido entre humanos, desde então rapidamente os casos foram aumentando e a China entrou em quarentena (SÁ, 2020).

Segundo Sá (2020), no dia 20 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) especificou a epidemia como Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional e alertava sobre o risco de um surto mais amplo, fora do epicentro inicial, e cientistas chineses disponibilizaram a sequência genética do novo coronavírus, a partir desse momento os casos já estavam se espalhando por outros países do mundo.

Em 11 de março, em função de níveis acelerados e crescentes de propagação e gravidade do vírus em diferentes países, a OMS decretou o surto como uma pandemia. No Brasil, o primeiro caso confirmado foi um homem de 61 anos, vindo da Itália, que ficou internado em São Paulo com os sintomas característicos (PINHEIRO; RUPRECHET, 2020).

Com isso, a saúde pública começou a passar por momentos difíceis, por conta da alta demanda de casos, o Ministério da Saúde do Brasil declarou estado de emergência em saúde pública, com o objetivo de realizar medidas para o enfrentamento da doença, criando planos estratégicos com a finalidade de conter a disseminação (BRASIL, 2020)

Sobre esta questão Menezes e Amorim (2020, p. 174) citam:

No Brasil, a Portaria 188/GM//MS, de 04 de fevereiro de 2020, declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas de enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional; e o Decreto Legislativo 6/2020 reconheceu o estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei Complementar 101/2000.

Ainda conforme o Ministério da Saúde (2021), o Vírus pode ser transmitido durante um aperto de mão, por meio da tosse, espirro e gotículas respiratórias contendo o vírus. A epidemiologia do SARS-CoV-2 indica que a maioria das infecções se espalha por contato próximo (menos de 1 metro), principalmente por meio de gotículas respiratórias.

Não há evidência de transmissão eficiente para pessoas em distâncias maiores ou que entram em um espaço horas depois que uma pessoa infectada esteve lá. O período de incubação é estimado entre 1 a 14 dias, com mediana de 5 a 6 dias. A transmissão da doença pode ocorrer diretamente, pelo contato com pessoas infectadas, ou indiretamente, pelo contato com superfícies ou objetos utilizados pela pessoa infectada.

Os sintomas podem variar de casos assintomáticos e manifestações clínicas leves, até quadros moderados, graves e críticos, sendo necessária atenção especial aos sinais e sintomas que indicam piora do quadro clínico que exijam a hospitalização do paciente (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

As manifestações clínicas da covid-19 são geralmente mais leves em crianças do que em adultos. No entanto, em 26 de abril de 2020, o Sistema Nacional de Saúde Inglês (NHS) lançou um alerta relatando uma nova apresentação clínica em crianças, caracterizada como uma síndrome hiperinflamatória que pode levar a um quadro de falência de múltiplos órgãos e choque, denominada Síndrome Inflamatória Multissistêmica Pediátrica (SIM-P) temporalmente associada à covid-19. Mais informações sobre a SIM-P são apresentadas no Guia de Vigilância Epidemiológica (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Entre as medidas indicadas pelo Ministério da Saúde, estão as não farmacológicas, como distanciamento social, etiqueta respiratória e de higienização das mãos, uso de máscaras, limpeza e desinfecção de ambientes, isolamento de casos suspeitos e confirmados e quarentena dos contatos dos casos de covid-19, conforme orientações médicas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

A Organização Pan-Americana de Saúde, reforça que a coisa mais importante que as pessoas podem fazer é reduzir o risco de exposição ao vírus e se vacinar contra a COVID-19 (com todas as doses necessárias, segundo o esquema de vacinação), continuar a usar máscaras, manter a higiene das mãos, deixar os ambientes bem ventilados sempre que possível, evitar aglomerações e reduzir ao máximo o contato próximo com muitas pessoas, principalmente em espaços fechados (PAHO, SD).

#### **4. GUARDA COMPARTILHADA E AS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Com a chegada da pandemia no Brasil, ocorreu uma explosão de notícias sobre o alto contágio do vírus, a sua letalidade, a dificuldade em encontrar remédios e vacinas para

tratá-lo e combatê-lo, fez com que muitas famílias acabassem não conseguindo entrar em acordo de forma consensual sobre a convivência do filho como genitor que não reside com o ele.

As autoridades sanitárias recomendaram o isolamento social, e em caso de contágio o confinamento por 14 dias, evitando o contato com outras pessoas. Assim, preocupada com a situação de crianças e adolescentes o CONANDA - Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (2020), expediu várias orientações para proteção integral de menores em razão da crise alastrada pelo mundo, entre ela pode-se citar:

18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações:

a. As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida;

b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;

c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos às situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;

d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado;

e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas;

f. O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como

um todo.

Nessa conjuntura, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) (2020) enviou ao CONANDA considerações a respeito das recomendações expedidas. Os apontamentos trazidos pelo instituto ressaltam que as medidas emergenciais são necessárias e devem ser implantadas, contudo, “não se pode colocar em risco o convívio com ambos os pais” uma vez que “o compartilhamento” entre esses no cuidado dos filhos é fator essencial para o pleno desenvolvimento destes (DURÕES E MOTA, 2021).

Ainda de acordo com as autoras, para o IBDFAM o Instituto Brasileiro de Direito de Família, os direitos devem ser garantidos e jamais suspensos ou interrompidos, sobretudo no que tange a convivência familiar. O mesmo evidencia que o afastamento de um dos guardiões, por tempo indeterminado, coloca o menor “em situação de angústia” haja vista que ele não entenderá nem será capaz de superar sozinho os conflitos existentes entre aqueles. Ademais, é uma situação que impõe ônus elevado às partes além de favorecer o fenômeno da Alienação Parental, devendo ser aplicada “excepcionalmente”.

Nesse contexto, observa-se que existem muitas decisões que suspenderam o convívio presencial, modificaram o modelo de guarda/lar referencial provisoriamente, estabeleceram a frequência das vídeo chamadas, bem como há inúmeras outras que mantiveram o cumprimento integral do plano na forma anteriormente fixada, todas elas buscando pelo melhor interesse do menor (DURÕES E MOTA, 2021).

Ante esse fenômeno, Gimenez (2020), destaca que com o aumento dos casos, muitas mães (em sua grande maioria) entenderam que as crianças, mesmo as que se encontravam sob o regime de guarda compartilhada, não poderiam conviver com seus dois genitores e com suas famílias extensas, sob o argumento de que a alternância de locais as deixariam mais expostas ao contágio.

Assim, a autora supracitada completa: “por serem, muitas vezes, decisões unilaterais, os pais passaram a buscar o Poder Judiciário para garantir seu direito de convivência com os filhos, resguardadas as orientações da saúde pública”. (GIMENEZ, 2020)

Ainda conforme Gimenez (2020) nos primeiros dias, notaram-se decisões liminares que mantiveram o *status quo* da criança, fazendo com que ela permanecesse, por tempo indeterminado, com quem ela estivesse no momento em que a pandemia se instalou.

No entanto, com o passar dos dias, reconheceu-se que a permanência indiscriminada das crianças com apenas um guardião, por longo tempo, não se afinava com o princípio da proteção integral devida à população infanto-juvenil e que o trabalho a ser feito era o de análise particular de cada caso, com o objetivo de se apurar as melhores condições de proteção e cuidado dos filhos em cada família.



Neste cenário, observando que muitos pais e mães não conseguiram entrar em consenso em relação a guarda compartilhada de seus filhos durante o ápice do período pandêmico, vários acordos e decisões quanto a guarda e foram promulgados. Desta forma, considera-se que as jurisprudências dos Tribunais de Justiça se instituem sempre atentando ao maior interesse do menor, conforme os exemplos a seguir apresentados:

Na justiça de Mato Grosso, da 5ª Vara Especializada de Família e Sucessões da Comarca de Cuiabá, Agravo de Instrumento nº XXXXX-06.2020.8.11.0000, a agravante solicitou suspensão do pedido de Tutela de Modificação Provisória de Guarda em decorrência da Covid-19, solicitada pelos pais de suas filhas.

A agravante diz que desde que se divorciaram, acordaram em juízo a guarda compartilhada, onde as crianças ficariam com o pai três vezes por semana em dias alternados ou não. O agravado ajuizou o feito buscando a guarda provisória dos filhos, argumentando que a agravante é técnica de enfermagem e trabalha em um Pronto Socorro de Cuiabá, e no intuito de resguardar a saúde dos menores e dos avós, seria melhor que durante a quarentena determinada pelo governo, que as crianças ficassem sob a sua responsabilidade (TJ-MT, AI: 06.2020.8.11.0000, Relator. Des. Rubens de Oliveira Santos Filho. Data da Sessão: 24/06/2020, Quarta Câmara de Direito Privado. Acesso em: 15. Set. 2022).

A agravante confirmou que trabalha no Pronto socorro, porém, alegou que exerce suas funções no setor de esterilização e limpeza e não tem nenhum contato com os pacientes, assim, como o Pronto Socorro em trabalho, não atende casos de Covid-19.

O Desembargador responsável pelo caso decidiu, após exposição dos fatos, pelo deferimento da suspensão do impedimento de convivência da mãe com seus filhos, considerando que a Agravante apresentou provas de que não colocaria os em risco, e que não há provas de que o hospital atenderia vítimas com coronavírus.

Outro caso, também na justiça de Mato Grosso, Agravo de Instrumento nº XXXXX-24.2020.8.11.0000, o genitor/agravante narrou que as partes celebraram acordo em 2017, regulamento as visitas e a guarda do infante. O menor reside com sua mãe em Cuiabá, enquanto o genitor mora em Goiânia, mas sempre lhe visitanas férias e o leva para a sua cidade.

Em um dos episódios onde o pai se hospedaria em um hotel com os filhos, a genitora solicitou tutela de urgência, para suspensão das visitas e da guarda compartilhada enquanto durar a pandemia de Covid -19. A referida decisão deu azo a interposição de recurso pelo Requerido, objetivando o reestabelecimento do seu convívio com o filho, além de restabelecida a guarda compartilhada.

A Desembargadora analisando que já haviam se passado 6 meses que o Estado do Mato Grosso decretou situação de calamidade, e muitas atividades já estavam funcionando normalmente, entendeu que ficou demonstrado o perigo inverso, caso a suspensão das visitas se mantenha por prazo indeterminado, razão pela qual é de rigor a reforma da decisão recorrida para o fim de normalizar o direito de visita do Agravante ao filho, bem como retomar a guarda compartilhada, nos moldes de acordo entre as partes (TJ-MT, AI 24.2020.8.11.0000, Relator. Des. Clarice Claudino da Silva. Data da Sessão: 21/10/2020, Segunda Câmara de Direito Privado).

Por fim, é válido destacar ainda, a decisão publicada no site do TJPR (2020), a qual o número do feito não foi disponibilizado, que trata sobre a guarda compartilhada de uma adolescente:

Após a guarda provisória de uma adolescente ser concedida à mãe da menina, o pai recorreu ao Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) e, liminarmente, pediu a alteração da guarda em seu favor. Ele argumentou que teria melhores condições de criar a filha e informou que a mãe da adolescente viajou para outro Estado durante a pandemia da COVID-19, deixando a garota sob seus cuidados. Ao analisar as informações do processo, a Desembargadora relatora (integrante da 11ª Câmara Cível do TJPR) fixou a guarda compartilhada da menor, mantendo o lar materno como referência. Ela destacou que o convívio entre pai e filha deve ser assegurado por meia hora, diariamente, por vídeo chamada. Porém, em razão da viagem interestadual feita pela mãe no período de aumento do número de casos da COVID-19, a decisão determinou que a adolescente permaneça com o pai enquanto a mãe estiver em quarentena, ou até que ela comprove que não foi infectada pelo novo coronavírus em seu deslocamento. A volta ao lar materno "deve ocorrer após 14 dias do retorno da genitora da viagem (...), ou após a comprovação de que testou negativo para a COVID-19, caso o genitor tenha efetivado o isolamento social", ressaltou a Desembargadora na liminar (TJPR, 2020).

Da análise das decisões ao longo da pesquisa, tem-se que demonstram que os magistrados decidem sempre levando em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Observa-se que nos pleitos relativos a menores, que envolvam guarda e suas modificações, o julgador deve fazer prevalecer os benefícios ao menor, buscando assegurar o convívio social digno e propício ao infante.

Por fim, averiguou-se através do estudo, a situação problemática apresentada no primeiro momento se responde através das hipóteses discutidas, onde percebe-se que o

critério adotado pelo poder judiciário é o de priorizar o instituto da guarda compartilhada promovendo adaptações necessárias ao bem-estar da criança e de todos os envolvidos no processo, resguardando o direito à convivência dos genitores com o menor, ainda que de forma virtual, ou fazendo adequações a realidade de cada família, com base nas recomendações de autoridades sanitárias acerca da Pandemia de Covid-19.

## **5. CONCLUSÃO**

O corrente artigo discorreu sobre a relação do período de calamidade da pandemia da Covid-19 e o exercício da guarda compartilhada acerca do distanciamento social imposto por autoridades sanitárias. O debate foi em relação às decisões tomadas pelo poder judiciário a respeito de casais separados que compartilham a guarda dos filhos, durante o período de restrições, considerando que o distanciamento se tornou uma das soluções para prevenção e combate à propagação do vírus.

Entende-se que a convivência com os pais é fundamental ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, e que a pandemia não pode ser razão para suspender a relação presencial do filho com o guardião que não reside com ele. Ao estudar a respeito, concluiu-se que este afastamento somente pode ser considerado em caso de comprovação de eventuais riscos que possam levar o menor ou alguém de seu núcleo familiar a complicações por morbididades em casos de contaminação e quando algum dos membros da família ou até mesmo um dos guardiões não cumpram as normas de distanciamento social e prevenção contra a doença.

Diante de todo contexto estudado, infere-se que após a instalação da pandemia no país, o Poder Judiciário precisou adaptar-se às mudanças no exercício das relações familiares e teve que examinar cada caso de forma individual, sempre prezando pela regra geral do melhor interesse da criança e do adolescente, buscando conservar os vínculos dos pais com seus filhos.

Através da pesquisa observou-se que o papel do poder judiciário em relação à guarda compartilhada no ápice da pandemia foi decidir pelo que seria melhor para o infante, isto quando seus responsáveis não entravam em acordo de forma extrajudicial, recorrendo a vias judiciais.

Deste modo, coube ao judiciário decidir pela saúde e proteção da criança e do adolescente, proferindo decisões em favor da continuidade de convívio presencial ou virtual de pais e filhos no período de crise pandêmica, respeitando todas as recomendações impostas pelas autoridades, até mesmo decidindo pelo convívio por meio de chamadas de vídeos e telefônicas, sustentando os laços afetivos entre as partes, até que o período de afastamento recomendado chegasse ao fim.

## REFERÊNCIAS

AMANCIO, Caroline Rabelo. **Guarda Compartilhada**. 2021. Trabalho De Conclusão De Curso. Faculdade Três Pontas – FATEPS. Três Pontas. 2021.

BARBOZA, A. L., & Franco, L. D. **Desafios da guarda compartilhada ante a pandemia de COVID-19**. *Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior*, v. 13(Especial), nº 30, Maio. 2021. Disponível em: <<https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/831>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Recomendação nº 1 de 23 de março de 2020. **Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do covid-19**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/acao-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca>>. Acesso em 15 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Dispões sobre o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. 07 nov. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 18 ago.2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 ago.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília. 08 mar.2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

Brasil. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **O que é a Covid-19?** Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília. 03. Fev. 2020. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 25. set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº XXXXX-06.2020.8.11.0000 MT**. Manutenção da guarda compartilhada. Recurso provido. Relator: Des. Rubens de Oliveira Santos Filho, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01/07/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mt/875207607/inteiro-teor-875207616>>. Acesso em: 15 set.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº XXXXX-24.2020.8.11.0000 MT**. Ação de suspensão de visita e guarda compartilhada em razão da pandemia do novo coronavírus – tutela de urgência deferida pelo Juiz a quo – pretensão de reestabelecimento do convívio entre pai e filho – Possibilidade – observância do princípio do melhor interesse da criança. Ausência de elementos desabonadores da conduta do genitor. Necessidade de preservação dos vínculos paternos-filiais. Decisão Cassada. Recurso Provido. Relator: Des. Clarice Claudino da Silva, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/07/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mt/1119805727/inteiro-teor-1119805737>>. Acesso em: 24 set.2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, **05 de out. 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 20 ago.2022>. Acesso em: 24 set.2022.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Dispõe sobre o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. 13 jun. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)> Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília. 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 18 Ago. 2022.

COVID-19: **TJPR determina que adolescente resida com o pai enquanto a mãe permanece em quarentena**. 2020. Disponível em: <[https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jzb/content/covid-19-tjpr-determina-que-adolescente-resida-com-o-pai-enquanto-a-mae-permanece-em-quarentena/18319](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzb/content/covid-19-tjpr-determina-que-adolescente-resida-com-o-pai-enquanto-a-mae-permanece-em-quarentena/18319)>. Acesso em: 23 set.2022.

CRUZ, M. do S. C. **Diretrizes para a elaboração de projeto de pesquisa**. SãoLuís, 2019.  
DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. atual. Ampl -  
Salvador: Editora JusPodivim, 2021. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm)>. Acesso em:  
19 ago.2022.

DURÕES, Lorena Sena. MOTA, Karine A. G. **A dinâmica da guarda compartilhada frente aos desafios impostos pela covid-19. Humanidades e Inovações**. Tocantins. v. 8 n. 60. 2021: Literatura Tocantinense. Disponível em:  
<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/5427>. Acesso em:  
05set. 2022.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Gimenez, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19**. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/angela-gimenez-guarda-filhos-tempos-pandemia>>. Acesso em: 31 ago. 2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica: Técnicas de pesquisa**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Laressa Carvalho. **A Guarda Compartilhada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v.4, n.7,p.121-137, 2º sem. 2019, ISSN1678-3425. Versão online. Disponível em:  
<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/22107/16184>>. Acesso em: 20Ago.2022.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia**. Civilistica.com. Riode Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em:  
<<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/517/396/>>. Acesso em: 01 set. 2022.

NASCIMENTO, Lorena Batista do. **Guarda compartilhada e as novas famílias princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. 2021. Trabalho De Conclusão De Curso. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Góias. 2021.

Organização Panamericana da Saúde.

**Folha informativa sobre COVID-19**. Brasília.sd. Disponível em:  
<<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em: 25 de ago.2022.



PINHEIRO, Chloé e RUPRECHT, Theo. **Coronavírus: primeiro caso é confirmado no Brasil. O que fazer agora?**. Editora Abril, São Paulo, Saúde. 04 mar.2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-primeiro-caso-brasil/>>. Acesso em: 29 de ago.2022.

RASSI, Marcela Lima. **Guarda compartilhada e os seus efeitos jurídicos no divórcio. 2021**. Trabalho De Conclusão De Curso. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Góias. 2021.

SÁ, Dominichi Miranda de. Especial Covid-19: **Os historiadores e a pandemia**. Fundação Oswaldo Cruz. 2020. Disponível em: <<https://www.coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1853-especial-covid-19-os-historiadores-e-a-pandemia.html>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Danielli Leandro.; SILVEIRA, Kelys Barbosa da.; SOUSA, Thelma Veras de. A guarda compartilhada e sua contribuição para evitar alienação parental. **Research, Society and Development**, Tocantins, v. 11, nº08, Jun. 2022. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/30935>>. Acesso em 18 ago. 2022.

## UMA ANÁLISE ACERCA DA MEDIDA PROTETIVA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

**RALYNE COSTA BRITO:** Acadêmica do curso de bacharelado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

TANIRA ALVES NOVAES DE OLIVEIRA<sup>33</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** A violência contra a mulher é um problema cada vez mais comum na sociedade, o qual acarreta em danos físicos, sexual e também psicológicos na mulher. O fato de haver desigualdade de gênero contribui para objetificação, inferiorização e a violência a mulher, havendo a falta de oportunidades e direitos. O artigo trata-se de uma revisão de literatura desenvolvida com base na leitura de artigos científicos e documentos que tratam desta temática visando a melhor compreensão do mesmo, sendo utilizado fontes de livros ou artigos científicos de fontes confiáveis para a leitura e produção do trabalho. Nos últimos anos, o assunto tem obtido visibilidade através de movimentos feministas, que trouxeram discussões sobre as violências cometidas contra as mulheres, inquirindo a efetiva proteção do direito à vida e a dignidade da mulher. Uma das formas de reduzir a violência doméstica é o afastamento do agressor do lar com o objetivo de resguardar e preservar a integridade da mulher, reduzindo o risco de agressão e danos a mesma. A Lei Maria da Penha veio para fazer diferença frente a uma trajetória de avanços que ocorria de forma muito lenta no Brasil. É fundamental que haja mais pesquisas científicas sobre para melhorar a compreensão de modo que possa potencializar as medidas de proteção propostas pela Lei Maria da Penha. É importante que a temática seja desenvolvida em estudos e discutida para que haja o debate e reflexão do mesmo.

**Palavras-chaves:** Agressão. Medidas Protetivas. Mulher. Violência.

**ABSTRACT:** Violence against women is an increasingly common problem in society, which results in physical, sexual and psychological damage to women. The fact that there is gender inequality contributes to objectification, inferiorization and violence against women, with a lack of opportunities and rights. The article is a literature review developed based on the reading of scientific articles and documents that deal with this theme in order to better understand it, using sources from books or articles. scientific sources from reliable

---

<sup>33</sup> Prof., Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus -professora da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA) do Curso de Direito. Email: [taniraalves@gmail.com](mailto:taniraalves@gmail.com)

sources for the reading and production of the work. In recent years, the subject has gained visibility through feminist movements, which have brought up discussions about violence committed against women, inquiring about the effective protection of the right to life and the dignity of women. One of the ways to reduce domestic violence is to remove the aggressor from the home in order to protect and preserve the integrity of the woman, reducing the risk of aggression and damage to her. The Maria da Penha Law came to make a difference in the face of a trajectory of advances that took place very slowly in Brazil. It is essential that there is more scientific research on to improve understanding so that it can enhance the protection measures proposed by the Maria da Penha Law. It is important that the theme is developed in studies and discussed so that there is debate and reflection on it.

**Keywords:** Aggression. Protective Peasures. Women. Violence.

## 1.INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um problema cada vez mais comum na sociedade, o qual acarreta em danos físicos, sexuais e também psicológicos na mulher. O fato de haver desigualdade de gênero contribui para objetificação, inferiorização e a violência a mulher, havendo a falta de oportunidades e direitos (SANTOS *et al.*, 2020).

A agressão contra a mulher é um fenômeno social complexo e ocorre pelo fato de o gênero feminino ser visto como frágil, derivando em angústia, medo, constrangimento, chantagem, subordinação e ameaça a mulher. Isso acontece através da agressão física e verbal com o objetivo do homem dominar a mulher. Por isso, há a necessidade de serem aplicadas medidas protetivas para que esse problema seja evitado (LEITE *et al.*, 2019).

Mediante isso, o estudo teve o objetivo de analisar as medidas protetivas concedidas às mulheres em casos de violência doméstica.

Além disso, buscou abordar o conceito histórico da violência doméstica, analisar as medidas protetivas existentes para as mulheres em casos de violência doméstica, bem como sua aplicabilidade e eficácia e destacar os mecanismos de ação que possam colaborar junto ao poder judiciário com a diminuição dos casos de violência doméstica.

Esta temática abordada se faz relevante por se tratar de uma realidade comum dentro de muitos lares. A violência doméstica existe há muito tempo e, por isso, merece cada vez mais a atenção jurídica, social e profissional para que haja mecanismos que minimizem ou acabe de uma vez por todas com essa triste realidade.

Apesar de já existirem medidas protetivas de urgência para as mulheres vítimas de violência doméstica, ainda há muitas falhas no processo que não impedem de forma concreta que o agressor se afaste totalmente da vítima. Nesse sentido, esta pesquisa contribuirá com a importância da aplicabilidade das medidas protetivas, bem como todos os tipos de reforços que devem ser utilizados em favor da proteção da vítima.

Ao observar a atualidade e o aumento nos casos de mortes por violência doméstica, mesmo que as vítimas tenham medida protetiva, faz-se necessária uma reflexão sobre as falhas pertinentes e este dispositivo de Estado, pois muitas das vítimas se encontram desamparadas pelos órgãos jurisdicionais, haja vista que o Estado tem a obrigação e o dever de oferecer todo o suporte necessário em casos de urgência.

Diante disso, faz-se necessária uma análise capaz de encontrar providências a serem tomadas por parte dos órgãos competentes para que essa medida seja de fato protetiva, uma vez que é de responsabilidade estatal a proteção à vida, pois muitos casos de violência doméstica despertam uma visão aprimorada das figuras de agressor e vítima, em que se faz necessário encontrar mecanismos que viabilizem amparo para ambos.

Nesse sentido, a relevância da pesquisa é analisar estes fatores para constatar se o aparelho estatal está realmente preparado e estruturado para conduzir com êxito tais problemáticas, para que, assim, apliquem e reforcem medidas necessárias, que deem um verdadeiro suporte às vítimas e de fato sejam elas protegidas. Dessa forma, esta pesquisa contribuirá com toda a sociedade, bem como com a comunidade acadêmica e profissional desta área.

O artigo trata-se de uma revisão de literatura desenvolvida com base na leitura de artigos científicos e documentos que tratam desta temática visando a melhor compreensão do mesmo, bem como de autores e pesquisadores e profissionais responsáveis da área, sendo utilizados livros e artigos científicos de fontes confiáveis para a leitura e produção do trabalho.

Para concretização desta pesquisa foi definido como tema “uma análise acerca da medida protetiva em casos de violência doméstica contra a mulher”. Para a busca dos artigos, foram usados os descritores: medida protetiva, violência doméstica e mulher.

O levantamento bibliográfico foi realizado nas bases eletrônicas de dados SciELO (*Scientific Electronic Library Online*), LILACS (Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências) e Portal Regional da BVS e demais revistas na área de Direito.

Os critérios de inclusão para escolher as pesquisas foram os que tivessem relação direta com os descritores, estudos publicados no Brasil e em Língua Portuguesa,

publicados entre 2018 e 2022. Foram excluídos os estudos repetidos, monografias, dissertações, editoriais, anais de congresso e artigos de opinião.

Foram encontrados 59 artigos, no quais foi realizada a leitura e o resumo e a interpretação para a seleção, dentre os quais foram selecionados 10 artigos. Foi feita a leitura completa e detalhada desses estudos e feita a análise e realizada a discussão dos resultados para o desenvolvimento do estudo.

## **2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER**

No decorrer da história, é possível observar que as mulheres eram tratadas de maneira diferente com relação aos homens, pois, desde os tempos antigos, existe a ideologia do patriarcalismo, em que o homem pela sua condição de ser simplesmente “homem” exerce poder sobre a mulher. No período colonial era dever dos homens disciplinar e controlar as mulheres da família, sendo legítimo, nem que para isso, tivessem que recorrer ao uso da força física (VIEIRA; CURY, 2022).

O período Colonial no Brasil no século XVI foi caracterizado pelo fato das mulheres serem subordinadas aos homens, no qual o patriarcado fizesse com que elas fossem não tivessem poder na economia, liderança, política, entre outros (ANDRADE, 2021).

Durante o século XIX, as justificativas usadas pelos grandes cientistas e pela religião sobre a supremacia de um gênero sobre outro tinham como base as questões físicas e sociológicas, estando a mulher abaixo do homem e acima do escravo, submetendo-se aos comandos do senhor e não participando das questões sociais, uma vez considerada pouco racional dentre suas características (FERRARA; CARRIZO, 2020).

O filósofo Jean-Jacques Rousseau descreve que as mulheres estavam distantes de ter um caminho próprio, o filósofo tinha delas uma visão arcaica, confinando-as à função de serem úteis, fazerem-se amadas e estimada, para tornar a vida do homem fácil e agradável, sendo para isso treinadas desde a infância (CARNEIRO *et al.*, 2019).

Para Leite e Noronha (2015, p. 1),

A mulher durante muito tempo dedicava-se exclusivamente a cuidar da casa do marido e dos filhos, não possuía alternativas e deveria ser obediente ao esposo. As moças aprendiam desde cedo que deveriam preparar-se para o seu casamento, eram privados à mulher o direito a educação escolar, o exercício de atividades laborativas fora do ambiente doméstico, devendo estar sobre o controle de algum

homem seja um familiar ou o seu marido. Eram bastante comuns os abusos de poder e os casos de violência doméstica.

A mulher sempre foi doutrinada para ser dependente do homem, sua função na antiguidade era de subserviência ao homem. Uma sociedade extremamente patriarcal que se estendeu ao longo da história, até mesmo aos anos iniciais da sociedade industrial, onde o trabalho familiar se divide com a saída da mulher do seu espaço doméstico para as fábricas passando a dividir o ambiente de trabalho com os homens embora percebessem salário inferior (VIEIRA; CURY, 2022).

Neste contexto, a ideia era de que os homens seriam o grupo dominante no exercício do poder, as mulheres foram excluídas, tiveram sua liberdade de escolha e de realização limitadas por conta do corpo, sendo-lhes designados somente serviços domésticos. A mulher era tida com subordinada e como objeto e não como pessoa livre, surgindo, portanto a submissão e conseqüentemente a violência doméstica (SANTOS *et al.*, 2020).

A relação de poder do homem sobre a mulher é uma realidade que sempre existiu nos mais variados países do mundo, independente da época. Atualmente, a violência doméstica contra a mulher já tem uma atenção maior por parte das instituições governamentais e estatais, entretanto é preciso melhorar cada dia mais, uma vez que vítimas continuam existindo e sofrendo graves conseqüências por não terem seus direitos respeitados (SARDENBERG *et al.*, 2016).

A desigualdade de gênero e a violência é uma realidade que existe desde os tempos primórdios e pode ser apontada como uma problemática a nível mundial, uma vez que ela acontece nas mais variadas classes sociais, culturas, países, crenças e raças. No Brasil, o conceito de violência doméstica tem sido desenvolvido como violência de gênero, uma vez que a vítima é na grande maioria das vezes uma pessoa do sexo feminino (VIEIRA *et al.*, 2020), entretanto a violência que acontece no país não tem motivo apenas particular, mas, sobretudo social (SANTOS, 2021).

A violência consiste em uma ação em que é exercida a força física ou verbal, contra alguém, contra si mesmo ou algo que ocasione em dano físico e mental, prejuízo. Esse problema afeta a qualidade de vida no âmbito individual e coletivo (FREITAS *et al.*, 2020).

Dessa forma, a violência é todo e qualquer tipo de ato que cause lesões, ferimentos ou ofensas à pessoa humana, sejam elas física, psicológica ou verbal. A violência física, além de causar ferimentos, é um ato muito grave, em que o agressor demonstra ter chegado ao nível extremo de violência. Isso porque, muitas vezes, as agressões iniciam de maneira discreta, por meio de palavras de ofensas, por meio de ameaças psicológicas, chantagens, até chegarem ao nível da violência física (CARNEIRO *et al.*, 2019).



Existem vários tipos, como a violência doméstica, violência física e violência intrafamiliar. A violência doméstica se trata da violência conjugal que é outro tipo de violência cometida contra a mulher, no qual, esse tipo de violência é cometido sempre pelo agressor que é parceiro da vítima e possui uma relação com a vítima, mesmo que ambos tenham uma relação estável legalizada ou não (BRASCO, 2020).

Apesar de mudanças que ocorreram no decorrer dos anos para que essa realidade fosse mudada, principalmente através dos movimentos feministas, ainda não houve avanços que de fato garanta os direitos iguais às mulheres. A desigualdade de gênero ainda é um problema na sociedade, pois vem associada às diversas formas de violência que tem cada vez mais crescido na atualidade (BANDEIRA; MAGALHÃES, 2019).

Os profissionais que tratam e acolhem este tipo de problema devem ter uma postura firme diante da situação, para acolher a vítima e não culpá-la por viver essa experiência, pois, o que se nota muitas vezes, é que ela ao procurarem ajudaem alguns órgãos, muitas vezes são destratadas e desrespeitadas pelos próprios profissionais, fragilizando-a mais ainda (ACIOLI, 2019).

Dessa forma, a violência doméstica contra a mulher deve ser revista e combatida com mais força e autoridade cada dia mais por parte dos órgãos e dos profissionais, mantendo de maneira efetiva medidas eficazes que de fato possam ajudar a combater, prevenir e diminuir os índices de violência doméstica, pois essa é uma condição que nenhuma mulher ou pessoa deveria viver um dia (LOPES *et al.*, 2020).

Agressão é a forma que os homens usam para reafirmar seu poder, em outras palavras, é apenas uma forma de controle para oprimir e humilhar a mulher, de modo que usa a pressão psicológica e a faz acreditar de alguma maneira que depende dele para se manter (MARQUES *et al.*, 2020)

A violência psicológica causa mais trauma e dano do que a própria violência física. A depressão é mais comum entre mulheres abusadas que nem sabem que estão sofrendo esse distúrbio. Tem medo de como será visto pela sociedade. O pior momento é quando as mulheres não conseguem superar esse problema (CARNEIRO *et al.*, 2019).

A Lei nº 11.340 de 2006 conhecida como Lei Maria Da Penha, devido às agressões físicas e psicológicas que Maria Da Penha Maia Fernandez sofreu por seu marido, professor universitário, fez com que houvesse uma resposta internacional sobre os casos de violência doméstica. Com isso, houve mais poder para abranger sua luta pelos direitos humanos, apesar das falhas do sistema jurídico no Brasil, pois possuía uma imagem negativa na proteção as mulheres vítimas de agressões (SANTOS, 2021).

Nos últimos anos, o assunto tem obtido visibilidade através de movimentos feministas, que trouxeram discussões sobre as violências cometidas contra as mulheres, inquirindo a efetiva proteção do direito à vida e a dignidade da mulher. O movimento feminista contribuiu para a discussão acerca da violência e abuso contra as mulheres, além de incluir o feminicídio nas pautas de debate em fóruns internacionais (ROCHA *et al.*, 2018).

### **3 MEDIDAS PROTETIVAS E MECANISMOS PARA MELHORAR A PROTEÇÃO A MULHER**

A violência contra a mulher é um problema crescente no Brasil, apesar de ser bastante discutido. Este problema não pode ser tratado como se fora limitado a determinados segmentos, pois afeta a comunidade como um todo. Por isso, é necessário que haja ações para reduzir essa problemática e haja a redução das diferenças de gênero (GARCIA, 2016).

A violência doméstica, sobretudo a violência contra a mulher, atinge a sociedade, as mulheres já sofreram alguma forma de violência ou abuso ao longo da vida. Comumente, o agressor é uma pessoa conhecida da vítima, o que tende a reduzir o índice de denúncias, principalmente nas sociedades nas quais a violência contra a mulher é tida como um fato normal (CRUZ; IRFFI, 2019).

Em 2006, foi institucionalizada a Lei Maria da Penha, no qual foi criada com o objetivo de enfrentar a realidade da violência contra a mulher nos seus mais variados tipos. A Lei Maria da Penha foi oficialmente aquela que trouxe medidas mais eficazes contra a violência doméstica (AQUINO *et al.*, 2021).

De acordo com Montenegro (2015, p 18), “a Lei Maria da Penha em seu artigo 6º estabelece que: A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

De acordo com essa lei, é proibido que o agressor se isente da punição do meio do pagamento de multas ou cestas básicas, proíbe ainda que a mulher tenha contato direto com o agressor para notificar-lhe da intimação, obriga que a vítima esteja acompanhada de um profissional jurídico em todas as ações que decorrerem da denúncia e possui mecanismos que possibilitem a prisão preventiva do agressor caso haja riscos à integridade física ou psicológica da vítima (FRANCO, 2020).

Entre outros elementos, essa lei garante à vítima o aviso prévio sobre o ingresso e a saída do agressor da prisão, além de estabelecer diretrizes que contemplem programas educacionais para as vítimas. A criação de uma equipe multidisciplinar e de espaços específicos que atendam essas mulheres, a aplicação de medidas protetivas de urgência, entre outras medidas que concorrem para a proteção e segurança da vítima (BRASIL, 2020).

Além desta medida protetiva da Lei Maria da Penha, as vítimas de violência doméstica podem contar com outros mecanismos de ajuda que foram criados para fornecer apoio e assistência a mulheres violentadas, como, por exemplo, a Política Nacional de Combate à Violência contra a mulher e o Decreto nº 8.086 de 30 de agosto de 2013, conhecido como “Programa Mulher: Segura e Protegida” (VIEIRA *et al.*, 2020).

Essas medidas, além de auxiliarem a vítima de violência doméstica, concedem os direitos que devem ser respeitados e assegurados no decorrer de toda sua vida. Porém, o que se nota atualmente, é que embora haja vários mecanismos de combate e prevenção a violência doméstica, muitas vítimas ainda se encontram em situação de vulnerabilidade (AQUINO *et al.*, 2021).

Uma das formas de reduzir a violência doméstica é o afastamento do agressor do lar com o objetivo de resguardar e preservar a integridade da mulher, reduzindo o risco de agressão e danos à mesma. A denúncia feita contra o agressor é o primeiro passo para que venha identificá-lo e assim ser feitas as medidas protetivas e demais ações que irão puni-lo, além disso, é importante que a mulher se sinta segura e tenha o acolhimento de forma adequada durante a realização da denúncia (PINTO, 2021).

Essas medidas são requeridas pela mulher vítima de agressão, sendo emitida pela justiça de caráter emergencial. Quando é expedida, define determinadas normas ao agressor, devendo manter distância para evitar o contato com a mulher, assim também como estabelecer a pensão alimentícia e ser impedido o porte de arma (SOUZA; SILVA, 2019).

Outro fator é a preservação do patrimônio da vítima, havendo a manutenção dos objetos do domicílio em que a mulher mora, de modo que objetos não sejam destruídos. Isso é feito pelo fato de haver a destruição do agressor aos pertences da vítima, até de seus documentos pessoais para evitar que ela tenha liberdade e tenha domínio sobre ela (SENA; MARTINS, 2020).

A Lei Maria da Penha foi um grande avanço frente aos casos de violência contra mulher no Brasil. Até sua promulgação, as mulheres não dispunham de aparato legislativo próprio para sua proteção, o que é necessário dado o contexto de poder e vulnerabilidade nas relações entre gêneros. Nesse contexto, a lei foi um grande marco nos direitos das mulheres no Brasil. Seus dispositivos parecem ter sido montados com seriedade e preocupação autêntica em realizar uma mudança (SANTOS, 2021).

Muitos agressores desrespeitam as medidas protetivas e acabam fazendo o pior com as vítimas, chegando até mesmo ao ato de matá-la em decorrência do sentimento de raiva, posse e ciúme. Esse fenômeno é caracterizado como feminicídio, em que o agressor

mata a sua companheira por motivos torpes, ocasionados por ciúmes, vingança, não aceitação do fim da relação entre outros motivos (RITT; RITT, 2020).

Sobre isso, cabe ao Poder Executivo reprimir com mais tenacidade o feminicídio e ao Poder Judiciário julgar os homicídios nos quais mulheres foram vítimas de violência. O Conselheiro Nacional do Ministério Público destacou em sua fala no documento intitulado “Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público Brasileiro” que:

[..] entre a Polícia investigativa e o Poder Judiciário é que está o Ministério Público; e justamente porque é o titular exclusivo da ação penal pública, caberá a ele perseguir vigorosamente os culpados, em nome de todas as mulheres vitimadas (BRASIL, 2018, p. 6).

Nesse sentido, compete a estes órgãos a obrigação e competência de continuar trabalhando em favor da garantia do direito da mulher vítima de violência doméstica e da aplicabilidade de maneira rígida para que todas as medidas sejam obedecidas e cumpridas por parte do agressor através de punições mais severas (SARDENBERG, 2016).

Frente a essa realidade, outros mecanismos de ação precisam ser criados como objetivo de punir de maneira mais concreta os agressores e assegurarem de maneira mais efetiva as mulheres que são vítimas dessa situação. As medidas de punição para o agressor devem ser mais rigorosas, tirando-lhes seus benefícios que podem servir de válvula para cometer ou continuar cometendo este tipo de situação (MARQUES *et al.*, 2020).

#### **4 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E MEDIDA PROTETIVA NO BRASIL**

Para realização desta pesquisa foi definido como tema “uma análise acerca da medida protetiva em casos de violência doméstica contra a mulher”. Para a busca dos artigos, foram usados os descritores: medida protetiva, violência doméstica e mulher.

Os critérios de inclusão para escolher as pesquisas foram os que tivessem relação direta com os descritores, publicados entre 2018 e 2022. Pode ser observada na tabela 1 a distribuição dos artigos de acordo com o ano de publicação.

Tabela 1 - Distribuição dos artigos de acordo com o ano de publicação

ANO DE PUBLICAÇÃO	N	%
2018	2	20%
2019	1	10%
2020	3	30%

2021	3	30%
2022	1	10%
<b>TOTAL</b>	<b>10</b>	<b>100%</b>

Fonte: Dados da pesquisa, 2021.

Pode ser observada na tabela 2 a descrição dos artigos selecionados de acordo com autores, título e a metodologia utilizada nos estudos selecionados.

Tabela 2 - Descrição dos artigos selecionados de acordo com os autores, título e a método

AUTORES	TÍTULO	MÉTODO
COIMBRA; RICCIARDI <i>et al.</i> , 2018	Lei Maria da Penha, equipe multidisciplinar e medidas protetivas	Pesquisa bibliográfica
FERNANDES <i>et al.</i> , 2022	A mulher em situação de violência doméstica no contexto da pandemia de Covid-19: revisão integrativa	Revisão de literatura
FORNARI <i>et al.</i> , 2021	Violência doméstica contra a mulher na pandemia: estratégias de enfrentamento divulgadas pelas mídias digitais	Estudo documental de abordagem qualitativa
LOPES, Andressa <i>et al.</i> , 2020	Justiça restaurativa e violência doméstica e familiar contra a mulher	Revisão de literatura
MARTINS <i>et al.</i> , 2020	Violência contra a mulher em tempos de pandemia da COVID-19 no Brasil: uma revisão integrativa	Revisão Integrativa
OLIVEIRA, 2021	Violência contra a mulher: a eficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha	Pesquisa bibliográfica

PEREIRA <i>et al.</i> , 2020	Feminicídio, leis de proteção às mulheres e estratégias de enfrentamento: uma revisão integrativa da literatura	Revisão de literatura
SANTOS, 2021	A ineficácia de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, lei nº 11.340/06	Pesquisa bibliográfica
SCOTT; OLIVEIRA, 2018	Perfil de homens autores de violência contra a mulher: uma análise documental	Pesquisa qualitativa de base documental
SOUZA; SILVA, 2019	Estratégias de enfrentamento de mulheres vítimas de violência doméstica: uma revisão da literatura brasileira	Revisão de literatura

Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

Pode ser observada na tabela 3 a descrição dos artigos selecionados de acordo com autores, ano e objetivos dos estudos selecionados.

Tabela 3 - Descrição dos artigos selecionados de acordo com os autores e objetivos

AUTORES	OBJETIVOS
COIMBRA; RICCIARDI <i>et al.</i> , 2018	Investiga-se o papel da Equipe de Atendimento Multidisciplinar na aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, a qual cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher
FERNANDES <i>et al.</i> , 2022	Analisar o impacto da pandemia de COVID-19 para a mulher em situação de violência doméstica
FORNARI <i>et al.</i> , 2021	Conhecer as estratégias de enfrentamento da violência doméstica contra a mulher divulgadas pelas mídias digitais no início da pandemia de COVID-19.
LOPES, Andressa <i>et al.</i> , 2020	Realizar uma revisão de literatura sobre a Justiça Restaurativa na violência doméstica e familiar contra a mulher



MARTINS <i>et al.</i> , 2020	Sintetizar as informações contidas em artigos originais publicados no ano de 2020 sobre violência doméstica em tempos de pandemia da COVID-19 no Brasil e identificar que medidas, inclusive jurídicas, podem ser tomadas para amparar a mulher frente a essa situação
OLIVEIRA, 2021	Discorrer sobre a eficiência das medidas protetivas propostas na Lei nº11340 de 2006 frente a violência doméstica contra a mulher
PEREIRA <i>et al.</i> , 2020	Analisar como a literatura aborda o feminicídio, bem como o seu combate por intermédio de leis de proteção e estratégias de enfrentamento
SANTOS, 2021	Demonstrar os motivos das falhas e possíveis meios de reversão do quadro a respeito das medidas protetivas de urgência contra crimes de violência ao gênero feminino no ambiente familiar.
SCOTT; OLIVEIRA, 2018	Analisar o perfil de homens autores de violência doméstica, a fim de contribuir com estratégias de enfrentamento e de prevenção
SOUZA; SILVA, 2019	Analisar as publicações nacionais entre 2012 a agosto de 2016 sobre estratégias de enfrentamento utilizadas por mulheres que sofreram algum tipo de violência doméstica

Fonte: Dados da Pesquisa, 2022.

A violência contra a mulher tem se tornado uma problemática cada vez mais comum e crescente no Brasil, mesmo com criação de leis e medidas instituídas nos últimos anos, isso ocorre pelo fato de haver lacunas nas leis que faz com que o agressor tenha liberdade (SANTOS, 2021).

De acordo com Marques *et al.* (2020), muitas mulheres sofrem com relações abusivas, sendo vítimas de violência pelo companheiro, colocando em risco a mesma, os filhos e os familiares que ficam expostos a violência de forma direta ou indireta. Assim também Cristini (2021) destaca que é fundamental a adoção de métodos para a proteção a mulher para que ela tenha segurança.

A falta de eficácia das medidas de proteção consiste na falta de organização dos vários órgãos que agem para a efetivação das ações compostas por ela. Há as leis que

contém diretrizes para proteger a mulher, além disso, o poder judiciário institui as medidas a serem exercidas (SANTOS, 2021).

Até o ano de 2006, as ocorrências referentes à violência doméstica eram com amparo na Lei nº 9.099/1995 destinada aos Juizados Especiais Criminais. Porém, esses fatos acabavam sendo caracterizado como de potencial menor, no qual não havia as medidas de proteção e outros fatores destinados especificamente a mulher (COIMBRA; RICCIARDI *et al.*, 2018).

Uma problemática é que em muitas situações de agressão a mulher em que há o flagrante e a denúncia, a mulher volta atrás e retira a queixa feita ao agressor e até mesmo pagando fiança para retirar o homem da prisão. Em alguns casos, mesmo após a condenação do agressor a mulher mantém o casamento com o mesmo, o que é um fato preocupante (VIEIRA *et al.*, 2020).

Barbosa et al. (2021) ressaltam que algumas mulheres apresentam medo, mesmo após a denúncia e com a intervenção da justiça. Isso ocorre pelo fato da falha nas intervenções judiciais, no qual há a prisão do agressor, mas depois é colocado em liberdade, gerando medo e a falta de confiança em realizar a denúncia por conta das falhas na justiça. Assim também, Coimbra e Ricciardi et al. (2018) destacam que a dependência do agressor, seja ela dependência afetiva ou econômica, contribui para a continuidade do risco de violência.

A Lei Maria da Penha trouxe avanços e melhorias a situações de violência doméstica, que ocorria de maneira precária e lenta no país. Até sua publicação, as vítimas não possuíam amparo voltado para sua proteção, por isso, a sua criação garantiu os direitos e proteção a mulheres agredidas fisicamente, psicologicamente, entre outras formas de violência (SANTOS, 2021).

As ações que tem com objetivo a proteção da mulher em casos de violência doméstica estão determinadas pela Lei 11.340/2006 no qual implementa mecanismos com o objetivo de reduzir e evitar os índices de violência a mulher, de forma que venha haver a execução de penas contra o agressor (VIEIRA, CURY, 2022).

As medidas protetivas são mecanismos que foram inseridas mediante a criação da Lei Maria da Penha, essas, não possuem interferência na liberdade total do agressor. A mulher pode não realizar o processo criminal contra o homem, porém, há a ação das medidas protetivas que lhe proporciona segurança em uma situação de agressão ou ameaça, no qual se as medidas forem descumpridas o agressor será preso (PINTO, 2021).

Apesar da criação da Lei Maria da Penha sancionada em 2006 e com ela a aplicação das medidas de proteção a mulher, atualmente ainda há o descumprimento da mesma,

pois muita das vezes somente há a prisão provisória ou pagamento de fiança. Isso se torna um problema, pois faz com que o a violência não seja reduzido e a mulher fique vulnerável ao agressor (OLIVEIRA, 2021).

A lei do feminicídio (Lei nº 13.104) passa a existir com a finalidade de inserir um estatuto específico as mulheres e o combate a violência contra a mulher. É necessário que os profissionais que atuam na assistência tenham o conhecimento das leis para oferecer apoio e conforto durante a atenção realizada a mulher (PEREIRA *et al.*, 2020).

Apesar de haver a criação da Lei do feminicídio, implementada em 2015, que determinou que o homicídio a mulher se tornasse crime, em 2019, o Brasil apresentou o aumento de violência cometido às mulheres, no qual, nesse ano mais de cem mulheres foram vítimas de feminicídio ou algum tipo de violência (JUNG; CAMPOS, 2019).

Oliveira (2019) descreve em seus resultados que apesar de ter diversas ações e a adoção de leis contra a violência a mulher, o feminicídio ainda é crescente, o que faz haver os questionamentos sobre a eficácia das leis de proteção. Semelhante a esse resultado, Aquino et al. (2021) evidenciam que há falhas no sistema judiciário mediante as medidas protetivas, sendo que muita das vezes o agressor fica impune por falta de leis e ações mais severas.

Um fato preocupante e que é agravante para que os casos de feminicídio não sejam reduzidos ou evitados, são as falhas existentes nas leis e no sistema, pelo fato de em muitos locais não haver delegacias específicas para o acolhimento à mulher que se encontra nessa situação de vulnerabilidade. Nisso, a vítima fica em desamparo e sobre ameaças e agressões do homem, o que pode resultar em risco de morte a mesma (LUCENA *et al.*, 2018).

Santos (2021) descreve em seus resultados que a lei tem sua importância e é fundamental para a redução da violência contra mulher, porém, a falta de eficácia ocorre pela falta de punições mais severas aos agressores. Assim, Scott e Oliveira (2018) ressaltam que é necessário articular métodos e ações que possa associar estratégias e promova a adoção das políticas públicas com mais eficácias e a adoção de punições mais rigorosas.

Martins et al. (2020) destacam que ao ser realizada a denúncia, a palavra da vítima e deve servir como base para investigação, punição e aplicação das leis e medidas protetiva contra o agressor. Vieira e Cury (2022) complementam que através da Lei nº 13.827 que traz modificações na Lei Maria da Penha, também se torna competência da polícia e do delegado a implementação das medidas de proteção mediante a denúncia feita, separando o homem e evitando que ele tenha contato com a vítima.

O Conselho Nacional de Justiça conceitua a aplicação de estratégias, procedimentos, métodos e ações com a finalidade de conscientizar a sociedade acerca dos problemas causados pela violência a mulher, incentivando a participação e proporcionando conhecimento sobre as formas de agressão, seja ela física, verbal ou psicológica. Além disso, evidenciar sobre as leis e processos para que haja a denúncia e punição (SANTANA; SANTOS, 2018).

Fernandes et al. (2022) destacam que é fundamental que haja a integração dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para a resolução dos conflitos e assistência em casos de violência a mulher, assim também como garantia dos direitos e deveres a mesma. Desse modo, Gomes e Carvalho (2020) ressaltam que é preciso os investimentos e ações para prestar o amparo e acolhimento a vítima de agressão.

Com isso, os governantes precisam adotar medidas e estratégias que garantam a assistência no âmbito social, jurídico, psicológico e assistencial a mulher. Para fazer com que a violência doméstica seja reduzida é importante que seja disseminado as informações sobre o processo de denúncia e apoio (FERNANDES *et al.*, 2022).

A adoção e fortalecimento das organizações de assistência, seja de maneira formal ou informal, tornam-se imprescindível para que sejam reduzidos os índices de violência doméstica, pois a mulher se sente segura e acolhida para realizar a denúncia e ter a garantia de que terá seus direitos assegurados e que terá o acolhimento necessário para se restabelecer (FORNARI *et al.*, 2021).

Lopes et al. (2020) ressaltam em seus estudos que a justiça faz com que a mulher tenha voz e tenha o encorajamento para prestar queixa mediante a violência causada pelo homem, auxiliando e prevenindo contra agressões. Do mesmo modo Freitas et al. (2016) destacam que é preciso que a violência contra a mulher seja reduzida e que a justiça seja aplicada para a punição contra o agressor.

Ter a compreensão sobre a situação da mulher é de grande importância para a assistência com a mesma, sendo que é importante que seja feito o acolhimento a mulher de forma adequada, no qual deve-se prestar o atendimento no objetivo de resolver os seus problemas e suas queixas. Entretanto, muitas vezes o profissional que faz o atendimento encontra-se despreparado ou incapacitado para atender este público (SOUZA *et al.*, 2018).

Por isso, é importante que haja a aplicação das ações implementadas com o objetivo de combater a violência doméstica, propagando as maneiras de realizar as denúncias e o acolhimento a vítima. Além disso, é necessário que haja o incentivo e a investimento aos órgãos destinados a assistência mulher, assim também com a informação e denúncia por meio do telefone, redes sociais, entre outros meios (MARTINS *et al.*, 2020).

Sendo assim, é essencial a adoção de esforços entre a sociedade e o Estado para reduzir a agressão contra mulher, fazendo com que haja as discussões, debates e estratégias que faz com que tenha a conscientização sobre os casos de violência e como evitar que isso ocorra (OLIVEIRA, 2021).

Com isso torna-se possível o fortalecimento de políticas públicas voltadas a violência doméstica, oferecendo um funcionamento adequado das redes de apoio que visem implantar políticas de acolhimento e proteção às vítimas e que possibilite um trabalho psicológico e social com estas dando-lhes suporte efetivo para romper com a situação de violência (SOUZA; SILVA, 2019).

O Conselho Nacional de Justiça através da implementação de campanhas em associação com os órgãos judiciários, incentiva as vítimas de violência para realizar a denúncia de forma silenciosa. A denúncia é feita com a marcação da letra x em uma das mãos, nisso, é feito a identificação da vítima e a polícia faz o processo de atender a vítima e identificar o agressor, encaminhando a uma rede de apoio (PRADO; FIGUEIREDO, 2022).

Além da denúncia, a mulher ainda pode buscar auxílio no Ministério Público, em específico a Ouvidoria das Mulheres que tem o objetivo de prestar assistência a vítima e direcionando-a aos órgãos competentes. A ocorrência é feita e caso a mulher considere que sua vida está em risco no qual o agressor não cumpre as medidas de proteção, há as casas de apoio para acolhê-la e a Defensoria Pública também fica a disposição da vítima mediante as ações judiciais (VIEIRA *et al.*, 2020).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência contra a mulher e os casos de feminicídio tem sido um problema cada vez mais crescente na atualidade, mesmo após a aplicação de leis e medidas para ser evitado esse problema que consiste em um dos grandes desafios da sociedade. Existem diversos fatores que causam à violência a mulher, tais como: machismo, patriarcado, abuso de bebidas alcoólicas, ciúmes, entre outros, no qual pode causar até a morte.

É essencial ter a compreensão sobre as medidas a serem tomadas em casos de violência contra a mulher, sendo importante que os órgãos competentes acolham e seja prestado o atendimento no objetivo de resolver os seus problemas e seus anseios. Entretanto, muitas vezes a mulher, encontra-se despreparada e com medo de realizar a denúncia de fato de não ter amparo e ter a visão de que o agressor ficará impune.

Assim, percebe-se a necessidade da adoção de medidas e leis mais severas ao agressor para que os casos sejam diminuídos. Além disso, é necessário que haja a qualificação dos profissionais que atuam em contato com a vítima, transmitindo-lhes

conhecimento necessário acerca das formas de denunciar e proporcionar o atendimento humanizado e integral.

É importante que haja mais pesquisas científicas sobre o tema, para melhorar a compreensão e discussão dos fatores de risco de modo que possa potencializar as medidas de proteção propostas pela Lei Maria da Penha, transmitindo conhecimento e capacitação para atender a mulher e atender suas necessidades com o atendimento humanizado e integral.

Através do estudo em questão pode-se ter um estudo abrangente sobre o a importância das medidas protetivas e assistência a mulher vítima de agressão. Para haver a compreensão da temática, foi feito o desenvolvimento com a finalidade de realizar o alcance dos objetivos, que consiste em discutir sobre as medidas de proteção.

Durante a pesquisa houve a possibilidade de identificar os estudos sobre o assunto, que deve ser esclarecido nos dias atuais. Mediante isso, é importante que a temática seja desenvolvida em estudos e discutida para que haja o debate e reflexão do mesmo, com isso, trazendo melhoria a sociedade, sendo a pesquisa o incentivo ao estudo e concepção do tema.

## 6. REFERÊNCIAS

ACIOLE, Giovanni et al. Cuidado à família enlutada: uma ação pública necessária. **Saúde em Debate**, v. 43, n. 122, p. 805-818, 2019. Disponível em:

<<https://doi.org/10.1590/0103-1104201912212>>. Acesso em: 21 set. 2022.

ANDRADE, Letícia. A consolidação do patriarcado no Brasil: a origem das desigualdades entre homens e mulheres. **Rev Cient Mult Núcleo do Conh.** v. 07, n.3, p. 25-39. Nov. 2021. Disponível em:

<<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/psicologia/consolidacao-dopatriarcado>>. Acesso em: 18 set. 2022.

AQUINO, Luseni et al. **A Aplicação da Lei Maria da Penha em Cena: atores e práticas na produção de justiça para mulheres em situação de violência.** Rio de Janeiro : Ipea, 2021.

BANDEIRA, Lourdes; ALMEIDA, Tania. A transversalidade dos crimes de femicídio/feminicídio no Brasil e em Portugal. **Rev Defensoria Pública do Distrito Federal**, v. 1, n. 1, p. 26–56, 2019. Disponível em: <[https://redib.org/oai\\_articulo2954976-a-transversalidade-dos-crimesjklnwkç.kpl](https://redib.org/oai_articulo2954976-a-transversalidade-dos-crimesjklnwkç.kpl)>. Acesso em: 18 set. 2022.



BARBOSA, Marcela Dias et al. Direito e Feminismos: reflexão sobre o crime de estupro no Brasil. **Rev Estudos Feministas**, v. 29, n. 3, p. 1-11, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2021v29n372212>>. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASCO, Priscila. Violências Intrafamiliares Experiência das na Infância em Homens Autores de Violência Conjugal. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 40, n.13, p. 1-16, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-3703003218119>>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro**. Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2018.

BRASIL, República Federativa do. **Enfrentando a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional do Direito para as Mulheres. Brasília, 2020.

CARNEIRO, Jordana et al. Compreendendo a violência conjugal: um estudo em Grounded Theory. **Rev. Latino-Am.**, v. 27, n.5, p.1-10, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rlae/a/vw6dc7XVbLqr6WngM6qdsf/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 23 set. 2022.

COIMBRA, José et al. Lei Maria da Penha, equipe multidisciplinar e medidas protetivas. **Arq. bras. psicol.**, Rio de Janeiro, v. 70, n. 2, p. 158-172, 2018. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-52672018000200012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672018000200012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 06 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Denunciar violência contra mulher. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n.

CORDEIRO, Débora. Por que algumas mulheres não denunciam seus agressores? **Rev Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, n. 27, p. 365 – 383, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17512/8878>>. Acesso em: 07 out. 2022.

CRISTINE, Isabelle. Violência contra a mulher: a eficácia das medidas protetivas da lei Maria da Penha Oliveira. **Rev. Cien. Eletr. De Ciências Aplicadas**, v. 8, n. 3, p. 12-25, 2021. Disponível em: <[http://fait.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/pCQ9S4io7KYpr6Y\\_2021-6-14-19-28-8.pdf](http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/pCQ9S4io7KYpr6Y_2021-6-14-19-28-8.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2022.

FERNANDES, Beatriz et al. A mulher em situação de violência doméstica no contexto da pandemia de Covid-19: revisão integrativa. **Research, Society and Development**, v. 11,

n. 6, p.1-17, 2022. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v11i6.29233>>. Acesso em: 15 set. 2022.

FERRARA, Jessica; CARRIZO, Silvina. Caminhos para um feminismo de colonial. **Cadernos Pagu**, s.v, n. 62, p.22-29, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/18094449202100620029>>. Acesso em: 22 set. 2022.

FORNARI, Lucimara et al. Violência doméstica contra a mulher na pandemia: estratégias de enfrentamento divulgadas pelas mídias digitais. **Rev Bras Enfermagem**, v. 74, n. 1. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0034-7167-2020-0631>>. Acesso em: 15 set. 2022.

FRANCO, Débora et al. Violência doméstica e rompimento conjugal: repercussões do litígio na família. **Pensando fam.**, Porto Alegre, v. 22, n. 2, p. 154-171, dez. 2018 . Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679494X2018000200011&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679494X2018000200011&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 21 set. 2022.

FREITAS, Lucas et al. A violação dos direitos humanos da mulher e a eficácia da lei Maria da Penha. **Ciências Humanas e Sociais**, Aracaju, v. 3, n.2, p. 95-110, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article>>. Acesso em: 21 set. 2022.

FREITAS, Rodrigo et al. Significado atribuído pelos profissionais de saúde à violência vivenciada por infante-juvenis. **Rev. NUFEN**, Belém , v. 12, n. 3, p. 134-153, dez. 2020 . Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2175-25912020000300010&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-25912020000300010&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 23 set. 2022.

GOMES, Maria; CARVALHO, Alexandra. Pandemia de COVID-19 e violência doméstica na conjuntura sociopolítica brasileira. **Rev Estudos Feministas**, v. 29, n. 3, p.1-13, 2021. Disponível em: <[https://doi.org/10.1590/1806-9584\\_2021v29n374781](https://doi.org/10.1590/1806-9584_2021v29n374781)>. Acesso em: 23 set. 2022.

JUNG, Valdir; CAMPOS, Carmen. Órfãos do feminicídio: vítimas indiretas da violência contra a mulher. **Rev Criminologias e Políticas Criminais**, v. 5, n. 1, p. 79-96, 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/5573>>. Acesso em: 18 set. 2022.

LEITE, Franciéle et al. Violência contra a mulher e sua associação com o perfil do parceiro íntimo: estudo com usuárias da atenção primária. **Rev. Brasileira de Epidemiologia**, v. 22, n.3, p.1-14, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-549720190056>>. Acesso em: 19 set. 2022.

LOPES, Andressa et al. Justiça restaurativa e violência doméstica e familiar contra a mulher. **Cad Graduação - Ciências Humanas e Sociais**, UNIT - Alagoas, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 95, 2020. Disponível em:  
<<https://periodicos.set.edu.br/fitshumanas/article/view/8764>>. Acesso em: 07 out. 2022.

LUCENA, Marina et al. A influência da proteção internacional aos direitos da mulher no Brasil - Lei Maria da Penha. **Rev Direito Const. Int. Comparado**, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p.193-212, ago. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/rdcic/article/view/24864>> . Acesso em: 07 out. 2022.

MARQUES, Beatriz et al. Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. **Saúde em Debate**, v. 43, n. 4, p. 140-153, 2019. Disponível em:  
<<https://doi.org/10.1590/0103-11042019S412>>. Acesso em: 21 set. 2022.

MARQUES, Emanuele et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cad. Saúde Públ.**, v.36, n.4, p.1-6, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00074420>>. Acesso em: 13 set. 2022.

MARTINS, Andrea et al. Violência contra a mulher em tempos de pandemia da COVID-19 no Brasil: uma revisão integrativa. **Rev Enfermagem Atual In Derme**, [S. l.], v. 93, p.11-33, 2020. Disponível em:  
<<https://revistaenfermagematual.com/index.php/revista/article/view/828>>. Acesso em: 15 set. 2022.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: 2015.

OLIVEIRA, Isabelle. Violência contra a mulher: a eficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. **Rev Científica de Ciências Aplicadas**, v.10, n.2, p. 03-15, 2021. Disponível em: <[http://fait.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos](http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos)> . Acesso em: 19 set. 2022.

PEREIRA, Mara et al. Femicídio, leis de proteção às mulheres e estratégias de enfrentamento: uma revisão integrativa da literatura. **Rev. FSA**, Teresina, v. 17, n. 12, dez. 2020. Disponível em:  
<<http://www4.unifsa.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/2190/0>>. Acesso em: 22 set. 2022.

PINTO, Regiane. As medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha e o convívio familiar paterno-filial. **Rev Min. Público Rio de Janeiro**, v. 9, n.3 82, out./dez. P.193-213,

2021. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2490901>>. Acesso em: 22 set. 2022.

PRADO, Eunice; FIGUEIREDO, Luiza. Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica: planejamento, execução e análise crítica da campanha humanitária que se tornou lei federal. **Rev Eletrônica do CNJ**, v. 6, n. 1, jan. /jun. 2022. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wArtSKKQ920183>>. Acesso em: 18 set. 2022.

RITT, Caroline; RITT, Eduardo. **Violência doméstica contra as mulheres [recurso eletrônico] : uma necessária reflexão sobre suas causas e efeitos, bem como as formas de seu enfrentamento**. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2020.

SANTANA, Selma; SANTOS, Carlos. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. **Rev Bras Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 227-242, 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5059>>. Acesso em: 15 set. 2022.

SANTOS, Estephanie Dias dos. A ineficácia de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, lei nº 11.340/06. **Rev. Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. v. 08, n.3, p. 127-147, dez. 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/medidas-protetivas>>. Acesso em: 15 set. 2022.

SANTOS, Ione Barbosa dos et al. Violência contra a mulher na vida: estudo entre usuárias da Atenção Primária. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, n. 5, p. 1935-1946, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232020255.19752018>>. Acesso em: 19 set. 2022.

SARDENBERG, Cecília et al. Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento. **EDUFBA**, v. 19, n. 8, p. 13-23, 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.7476/9788523220167>>. Acesso em: 23 set. 2022.

SCOTT, Juliano; OLIVEIRA, Isabel. Perfil de homens autores de violência contra a mulher: uma análise documental. **Rev. Psicol. IMED**, Passo Fundo, v. 10, n. 2, pág. 71-88, dez. 2018. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2175-50272018000200006&lng=en&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-50272018000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15 set. 2022.

SENA, Luzirene; MARTINS, Maria. A (in)eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha. **Rev Hum. Inovação**. v.7, n.17, p.184-197, 2020. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/3904>>. Acesso em: 23 set. 2022.

SOUZA, Marjane; SILVA, Maria. Estratégias de enfrentamento de mulheres vítimas de violência doméstica: uma revisão da literatura brasileira. **Pensando fam.**, Porto Alegre, v. 23, n. 1, p. 153-166, jun. 2019. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-494X2019000100012&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2019000100012&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 15 set. 2022.

VIEIRA, Alex da Fonseca; CURY, Letícia. A Lei Maria da Penha e medidas protetivas em tempos de pandemia da Covid-19. **Rev Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, v. 07, n.3, p. 26-41. jun. 2022. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 23 out. 2022.

VIEIRA, Pâmela et al. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. **Rev Bras Epidemiol**, v.23, n.4, p. 1-5, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 20 set. 2022.

## **A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO JURÍDICA RELACIONADA À VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA INCLUSÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA COMO TIPO PENAL.**

**HELLEN CRISTINA SILVA LEITAO:**  
Acadêmica do curso de Bacharelado em  
Direito pela Unidade de Ensino Superior  
do sul do Maranhão – UNISULMA.

SILOAH JESSENI GOMES ALVES<sup>34</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O tema deste artigo é “a evolução da proteção jurídica relacionada à violência contra mulher”, dentro dos assuntos abordados, o foco é retratar as diferentes modalidades de violência praticada, em face da mulher, o objetivo geral foi à análise dos reflexos sociais e jurídicos do reconhecimento da violência psicológica como tipo penal. Portanto no desenvolvimento deste trabalho, será apresentado o contexto sócio-histórico da violência contra a mulher no Brasil, e quais as influências negativas, que se perpetuam até a atualidade, os tipos de diferentes de violência e seus aspectos, os reflexos jurídicos e sociais da inclusão da violência psicológica como tipo penal. Este artigo tem como objetivo compreender e analisar os aspectos relacionados à esfera do Direito e sociais. O conteúdo abordado possibilita explorar quais os reflexos jurídicos e sociais, que o reconhecimento como tipo penal, e os seus reflexos. Embora muito progresso tenha sido feito através desta atualização, novos obstáculos e dificuldades estão surgindo diariamente, gerando problemas jurídicos e sociais, uma vez que a lei para ser eficaz precisa de uma efetividade no âmbito do judiciário.

**Palavras-chave:** Violência. Mulher. Violência psicológica. Evolução legislativa. Tipificação Penal

**ABSTRACT:** The theme of this article is "the evolution of legal protection related to violence against women", within the topics covered, the focus is to portray the different modalities of violence practiced against women, the general objective was to analyze the social and legal consequences of the recognition of psychological violence as a criminal type. Therefore, in the development of this work, the socio-historical context of violence against women in Brazil will be presented, and what are the negative influences, which are perpetuated to the present day, the different types of violence and their aspects, the legal

---

<sup>34</sup> Professora orientadora. Docente do Curso de Direito – IESMA/Unisulma. Mestre em Formação Docente em Práticas Educativas (UFMA/Brasil). Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos (IESMA/Unisulma). Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Estado, Políticas Públicas Educacionais e Democracia – NEPED (UEMASUL).



and social consequences of inclusion of psychological violence as a criminal offense. This article aims to understand and analyze aspects related to the legal and social spheres. The content addressed makes it possible to explore the legal and social reflexes, which recognition as a criminal type, and its reflexes. Although much progress has been made through this update, new obstacles and difficulties are emerging daily, generating legal and social problems, since the law to be effective needs effectiveness within the judiciary.

**Keywords:** Violence. Women. Psychological violence. Legislative evolution. Criminal Classification

## 1 INTRODUÇÃO

A violência psicológica praticada contra a mulher pode ser observando como uma problemática, social e de saúde, pois é tratado neste trabalho através da perspectiva do Direito, desenvolvendo uma interpretação ampla e referencial, capaz de permitir uma análise contextualizada, portanto, é uma pesquisa de caráter, documental e bibliográfico.

Portanto foi necessário analisar a evolução da histórica do Direito, e como as leis tiveram que ser modificadas, para que na atualidade, o Estado conseguisse trazer a garantia, de uma igualdade entre os gêneros, portanto é indispensável salientar, que as mulheres, com o desenvolvimento da sociedade, não era possuidora de direito civis e políticos, impossibilitada até mesmo de direitos políticos, uma vez que era impedida de votar.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho, foi extraída a partir da metodologia, de revisão documental e bibliográfica, como podemos observar com a obra, "a violência" de Yves Michaud, "o segundo sexo" de Simone de Beauvoir, e "Violência contra a mulher: um olhar o ministério público brasileiro" do Conselho Nacional do Ministério público.

Todavia, com o desenvolvimento social, apesar do Direito brasileiro, garanti cada vez mais uma ideia de igualdade entre os gêneros, ainda foi possível observar reflexos negativos, advindos de uma sociedade construída sobre uma esfera machista e patriarcal, uma vez que uma grande parcela do gênero masculino, ainda se considera superior nas relações conjugais ou afetivas, exercendo a força coercitiva como forma de coagir a companheira, portanto, serão abordadas as diferentes modalidades de violência.

Há dentro do ordenamento jurídico diversas modalidades, versando a respeito da violência praticada contra a mulher, são classificadas como: patrimonial, sexual, moral, psicológica e física. Entretanto, ao discorrer sobre este tema, é de suma importância

salientar, que dentro de um relacionamento afetivo abusivo, poderá existir um ciclo, manifestado por diversas fases.

Entretanto, é necessário analisar uma violência silenciosa, ao qual traz danos irreversíveis, a vítima direta, e as indiretas, dentro da entidade familiar, que são os filhos, a violência psicológica não traz marcas visíveis, uma vez que atinge uma esfera invisível, todavia, traz danos irreversíveis, pessoal e socialmente.

O interesse pelo conteúdo abordado surgiu de situações pessoais, na qualidade de mulher, acadêmica e cidadã, e vítima de violência psicológica e física, durante um grande período, portanto, faz-se necessário salientar que, a violência psicológica, na maioria dos casos, a priori é imperceptível.

Estamos, assim, deduzindo que a importância científica está na análise da Lei 14.188/2021, incluída no código penal, desvendando as modificações, que esta novidade legislativa, trouxe para a sociedade de forma relevante, e quais os reflexos jurídicos e sociais, do reconhecimento como tipificação penal violência psicológica, praticada contra a mulher.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO BRASIL**

A violência praticada com a mulher carrega consigo a influência de diversos contextos sócio-histórico atrelados à história brasileira. À exemplo disso, é notório que mesmo com a revolução francesa e americana, a mulher ainda se encontrava desfavorecida, sem cidadania, uma vez que não desfrutava dos avanços legislativos. É possível observar, ainda, que durante um considerável período da história ela não era possuidora de direitos civis e políticos, era subjugada em razão do gênero e considerada inapta para tomadas de decisões..

Sobre isso Beauvoir (1970, p.97) aduz:

Desde a origem da humanidade, o privilégio biológico permitiu aos homens afirmarem-se sozinhos como sujeitos soberanos. Eles nunca abdicaram o privilégio; alienaram parcialmente sua existência na Natureza e na Mulher, mas reconquistaram-na a seguir. Condenada a desempenhar o papel do Outro, a mulher estava também condenada a possuir apenas uma força precária: escrava ou ídolo, nunca é ela que escolhe seu destino. "Os homens fazem os deuses; as mulheres adoram-nos", diz Frazer. São eles que decidem se as divindades supremas devem ser femininas ou masculinas. O lugar da mulher na sociedade é sempre eles que estabelecem. Em nenhuma época ela impôs sua própria lei (BEAUVOIR, 1970, p. 97)

No cenário legislativo, de acordo com Teixeira (2014) as primeiras leis que vigoravam no Brasil eram as advindas de Portugal, todavia após a proclamação da República leis nacionais começaram a vigorar. Até o ano de 1916 vigoravam as ordenações das Filipinas, uma legislação conservadora, influenciada pelo poder patriarcado vivenciado na Idade Média, onde foi possível observar que a mulher não possuía livre arbítrio, não poderia ser tutora, curadora ou litigar em juízo comercial e civil sem autorização do marido.

Além disso, por muito tempo a mulher era vista como relativamente incapaz. No contexto social e jurídico possuía somente um papel de submissão ao marido ou ao pai, dentro da esfera do matrimônio, era considerada posse do cônjuge, desta forma, se esse considerasse necessário, poderia proferir castigos físicos.

Posteriormente, no Código Civil de 1916, a evolução legislativa previu algumas ações em que a mulher não poderia praticar sem o consentimento do cônjuge, como observa-se:

Art. 242 – A mulher não pode, sem o consentimento do marido:

I - Praticar atos que este não poderia sem o consentimento da mulher

II- Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis do seu domínio particular,

qualquer que seja o regime dos bens.

III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem.

IV - Aceitar ou repudiar herança ou legado.

V- Aceitar tutela, curatela ou outro munus públicos

VI- Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251

VII - Exercer a profissão (art. 233, IV);

VIII - contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal.

(BRASIL, 1916, Art. 242)

Posteriormente, no ano de 1962, com a concepção do Estatuto da Mulher Casada, foi possível observar mudanças significativas na legislação abrangendo a mulher, de forma que ela passa a ter capacidade para a tomada de decisões dentro do casamento, podendo ser inserida no mercado de trabalho, convertendo-se em uma pessoa produtiva economicamente, entretanto, não foi liberada do autoritarismo masculino. O Estatuto se

tornou o ponto de partida para um vislumbre da ideia de igualdade entre os gêneros (MIRANDA, 2013, P.15)

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, grande marco legal. instituiu-se a igualdade entre os gêneros, que no seu parágrafo 5º, I:

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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, Art. 5º)

Sob o manto da CF/88, o Código Civil de 2002, apontou algumas modificações do texto legal, levando em consideração que no artigo 1511 "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges", promulgado que dentro da entidade familiar, o homem e a mulher têm direitos e deveres iguais dentro do casamento.

Conforme discorreu Ana Mercês Bahia Bock (1999, p.334 apud Paula, 2006):

Embora possa-se observar hoje profundas transformações na estrutura e dinâmica da família, há ainda a prevalência, em nossa sociedade, de um modelo de família que se caracteriza pela autoridade, e pela repressão da sexualidade, principalmente feminina. Poderíamos pergunta se essa imagem falseada que se tenta passar realmente cumpre a função de proteção, ou se encobre práticas de violência sobre o uso do corpo da mulher, bem como acaba justificando os castigos físicos na educação dos filhos. (BOCK, 1999, p.334, apud Paula, 2006)

Nota-se, assim, que o papel da mulher dentro da sociedade foi se alterando, e logo, pode ser observado que durante a evolução social, a atribuição dada a ela foi se modificando, a mulher passa a ser possuidora de direitos civis e políticos. Não obstante, mesmo que seja notória a representatividade feminina mais presente atualmente, é possível observar resquícios negativos que se perpetuam na atualidade.

## **2 TIPOS DE VIOLÊNCIA E SEU RECONHECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

De acordo com Teles e Melo (2012) ao falar sobre violência é necessário ter sensibilidade, pois a consequência advinda dessa ação causa efeitos irreversíveis à mulher. Contudo é de suma importância conceituar inicialmente o que é a violência, palavra que

tem derivação do latim "*violentia*" que pode ser definida pela utilização de força física intencional, psicológica ou intelectual, é utilizada como meio de persuasão para que seja feito a vontade do agressor, dessa forma, impedido que a vítima tome suas próprias decisões, podendo resultar em lesões físicas e psicológicas.

No livro "A violência", Michaud, (1989, p.12) aduz:

A violência é, portanto, assimilada ao imprevisível, à ausência de forma, ao desregramento absoluto. Não é de se espantar se não podemos defini-la. Como definir o que não tem nem regularidade nem estabilidade, um estado inconcebível no qual, a todo o momento, tudo (ou qualquer coisa) pode acontecer? (MICHAUD, 1989, p.12)

Segundo Teles e Melo (2012) há violência contra a mulher no Brasil independente da classe social, mas é mais comum em classes mais desfavorecidas, todavia pode acontecer com qualquer mulher.

Nesse cenário de conceituação, importa, ainda, abordar os tipos de violência contra a mulher e seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Destaca-se, nesse trabalho: violência doméstica, violência física, psicológica, patrimonial, sexual e moral.

Inicialmente, aborda-se a violência doméstica, que é caracterizada por qualquer dano ocasionado pela ação ou omissão, baseada no gênero, que venha a lhe causar lesão, morte, sofrimento físico, psicológico, sexual, patrimonial ou moral. (LEI 11.340/2006)

De acordo com o Instituto Maria da Penha (2018) existe um ciclo dentro da violência doméstica que é representado por fases, sendo a primeira considerada a fase do aumento da tensão, fase em que o agressor se apresenta enraivecido por coisas irrelevantes, insulta a vítima, profere ameaças e quebra objetos. A segunda fase é caracterizada pelo ato de violência, ocorre quando há a explosão do agressor, que se materializa através de ofensas verbais, psicológicas, patrimonial e moral. A terceira fase é a lua de mel, caracterizada pelo remorso do agressor, se tornando benévolo, almejando a reconciliação, com a promessa de transformação, e por fim retorna a fase de tensão, e todo o ciclo se repete.

Conforme discorreu o Instituto Maria da Penha (2019):

O medo constante, a tensão diária e as atitudes violentas tornaram-se cada vez mais frequentes. Formou-se, assim, o ciclo da violência: aumento da tensão, ato de violência, arrependimento e comportamento carinhoso. (Instituto Maria Penha, 2019)

De acordo com a Dra. Rosemary Correa (2019) muitas vezes se confunde a culpa do agressor com o uso do álcool e drogas, como causa da violência, quando na verdade, a utilização dessas substâncias, é apenas um facilitador.

Sobre isso, Côrrea (2012, p.40, apud CNNMP, 2018, p. 89) aduz:

Destarte, quando um homem está bêbado e agride uma mulher, não podemos afirmar que ele fez isso simplesmente por estar fora de si. Porque, se quem apanha é mulher, e não o vizinho, o amigo, o dono do bar, isso significa que ele está, mais uma vez, impondo seu poder sobre ela, e não quer dizer que ele não faria isso sóbrio (CORRÊA, 2012, p.40, apud CNMP, 2018, p. 89).

No ano de 2006 foi sancionada a lei nº 11.340/06, popularmente chamada, de Lei Maria da Penha, em homenagem a uma mulher brasileira que sofreu violência doméstica durante os anos de 1976 a 1984, quando ocorreu a primeira tentativa de homicídio, sendo vítima de um disparo de arma de fogo, tendo como resultado ferimentos na coluna ocasionando a paraplegia. Em 1984, ocorreu a segunda tentativa de homicídio, onde foi empurrada de sua cadeira de rodas, e sofreu uma descarga de energia por parte de seu cônjuge. Contudo com a prática reiterada desse delito, e de fatos relacionados à violência doméstica contra a mulher no âmbito familiar, foi necessário que o ordenamento jurídico, sancionasse uma lei mais específica que visa prevenir e punir a violência doméstica contra a mulher (Instituto Maria Da Penha, 2019).

Conforme podemos verificar, através do Lei Maria da Penha, no artigo 5º (2006):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.



Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, Lei 11.340/2006, Art. 5º).

A violência física, por sua vez, é caracterizada pela utilização da força, tapa, socos, pontapés, com o intuito de ofender a integridade física da vítima, podendo deixar ou não marcas visíveis. “A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal” (BRASIL, Lei 11.340/2006).

De acordo com Santos *et al*/(2022 p.107) através de pesquisa realizada pela Pesquisa Nacional de Vitimização, a violência física é que possui maior número de registro, sendo ela quantificada em 313.435 casos que foram denunciados, foi registrado também para a violência psicológica 153.292, violência moral 56.150, 9.675 casos para violência patrimonial e 12.810 casos de violência sexual.

Cabe ressaltar, ainda, que é possível observar que antes mesmo de ocorrer a violência física, muitas vezes ocorre a violência psicológica, que será tratada no tópico seguinte.

Outro tipo existente, a violência sexual é caracterizada pela imposição de caráter lascivo sem o consentimento, podendo ser empregado através de abuso, estupro, assédio exposição da ou á nudez e a pratica de atos libidinosos desprezados. É praticada quando a vítima não consente com o ato, ou não é capaz de expressar suas vontades, podendo ocorrer não somente a mulher, como também a idosos, crianças, pessoas com deficiências intelectivas, e pessoas transitoriamente inaptas.

A legislação através da Lei 11.340 (2006), tipifica o crime de violência sexual:

A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos(BRASIL, Lei 11.340/2006).

A legislação trouxe uma atualização de caráter relevante para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que o fato da vítima possuir casamento com o algoz, não é uma causa excludente de punibilidade dos crimes sexuais.

Fernandes (2015, p.15/16 apud CNMP, 2018, p.66) aponta que:

Desde o início de nossa história, pela primeira vez a legislação rompeu o elo que se estabelecia entre a honra da mulher e a prática de crimes sexuais. A referência à “honestidade” da mulher como elementar importava em flagrante discriminação e naturalizava diferenças culturais entre homens e mulheres. A exclusão do casamento como causa extintiva da punibilidade importou em reconhecer a dor da vítima independentemente de sua função social. Casamento e repressão ao estupro são coisas absolutamente distintas, mas que caminhavam juntas na legislação (FERNANDES, 2015, p. 15/16 apud CNMP, 2018, p.66).

Conforme verificado anteriormente, a violência sexual ocorre quando há o emprego de força coercitiva física ou psicológica, utilizando-se do corpo da vítima, sendo, portanto uma manutenção de primazia masculina, e de uma visão ultrapassada da supremacia da mesma. O homem utiliza-se novamente da tirania, coagindo sua companheira e ter relação sexual, mesmo sem seu consentimento. (CUNHA, 2004). Diante do exposto, trataremos seguidamente da violência patrimonial, outra modalidade, que atinge diretamente o patrimônio.

Para um melhor entendimento a respeito da violência patrimonial contra a mulher, é necessário inicialmente entender o que é o patrimônio, que pode ser definido como um conjunto de bens, obrigações e direitos que possuem valor financeiro, podendo ser de pessoa física e jurídica, é um conjunto de passivo ou ativo. Assim, violência patrimonial, é visualizada, pelo legislador de forma grave, tendo em vista que no artigo 6º, da lei 11.340/2006 está previsto que praticar, dessas condutas tipificadas, condiz com uma violação dos direitos humanos.

A violência patrimonial praticada contra a mulher, na legislação é descrita como subtrair, reter, destruir parcialmente ou total os objetos da vítima, assim como seus instrumentos de trabalho, o legislador também trouxe proteção aos bens pessoais da vítima, assim como documentos, pertences, direitos e valores, recursos econômicos, portanto, dessa forma a lei é ampla, o seu rol se torna exemplificativo (Lei 11.340/2006, art. 6º, 7º, IV).

Conforme Pereira *et al*, (2013, p. 3, apud Lustosa, 2019, p.19)

Consiste na recusa do agressor em entregar a vítima seus bens, valores, pertences e documentos, como forma de vingança ou, até mesmo, como um meio de conseguir obrigá-la a permanecer num relacionamento do qual pretende se retirar. (PEREIRA, 2013, p.19)

Por sua vez, a violência moral ocorre quando é empregado à vítima, ato inverídico, que fere diretamente a honra, reputação, afronta direta a dignidade da mulher, sendo eles: difamação, calúnia e injúria. A difamação é caracterizada pelo emprego de fato desonroso a alguém, calúnia ocorre quando é imputado um fato criminoso a um indivíduo, fato este que é inverídico, e a injúria ocorre quando há o emprego de características negativas que ferem sua integridade moral e psicológica. “A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” (BRASIL, Lei 11340/2006).

De acordo com Saffioti (2015) as feridas físicas, são de fácil recuperação, uma vez que pode ser tratada, como ocorre na maioria dos casos, mas as que ferem a alma, as chances de recuperação são reduzidas, e muitas vezes, a cura não é possível.

A violência moral pode ser exemplificada através, de relatos dos próprios meios de comunicação, de mulheres que tiveram sua vida íntima exposta, em redes sociais, sem o seu consentimento, no ano 2018 através da Lei Maria da Penha, foi aprovada a pena de 2 a 4 anos, e multa, prevista pros casos onde, há o compartilhamento de imagens, ou vídeos, expondo a vida sexual privada da mulher (CAVALVANTE, 2022).

### **3 A INVISIBILIDADE DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA**

A violência psicológica pode ser praticada, em todas as áreas, fora do âmbito conjugal: contra os pais, os filhos, em instituições educacionais, religiosas, profissionais e sócias. Dentro de uma relação ela pode-se camuflar de uma forma, que muitas vezes a vítima não se dá conta, a mulher muitas vezes entende, que o excesso é um sinal positivo.

Na violência psicológica o autor do crime utiliza-se de artimanhas para intimidar a violentada, inferioriza, humilha, ameaça, utilizando-se de meios de manipulação, para fazer com que a vítima, pense que não possuirá meios para sua autossustentação, que uma vez não possuindo meios para se manter, seria possível a perda da guarda de menores envolvidos, tal violência poderá se desenvolver para violência física, e o ciclo se repete até ser virar muitas vezes, uma estatística de feminicídio.

Sobre a violência psicológica, Souza (2018) aduz:

Assim veremos que é a mais frequente e talvez seja a menos denunciada. Essa é a forma de violência que pode manifestar-se de modo sutil, e a vítima muitas vezes nem se dá conta, das atitudes como “orientar” quanto o modo de falar, as roupas que deve vestir, quais os amigos que podem ou não conversar, ou seja, atitudes que evoluem gradativamente para um controle da vida da vítima, passando para agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de

atos e desejos, que são violência e devem ser denunciados. (SOUZA, 2018, p. 3)

De acordo com Avery Neal (2018) os cinco principais meios usados pelo abusador nos casos de violência psicológicas contra as parceiras são: controle, humor, punição, ciúme, isolamento da parceira, e a coisificação.

Ao abordar sobre a violência psicológica, ao se tratar da mulher, é necessário focalizar que sua origem advém do patriarcado, modelo de sociedade caracterizado pelo domínio da mulher, pelos homens. Ao falarmos sobre o papel empregado a mulher de submissão, incluímos vexação, preconceitos e discriminação

Pimentel (2011), ao falar sobre a violência psicológica dentro das relações conjugais, aponta que:

Patriarcado é um termo que designa a forma como os privilégios socialmente atribuídos aos homens significam opressão para as mulheres. Constitui-se a partir da concentração de recursos e propriedade nas mãos dos homens, definindo um sistema de herança ligado a uma genealogia por via varonil (PIMENTEL, 2011).

No meio social, essa tipificação é pouco discutida, uma vez que uma parcela muito grande da sociedade naturaliza esse tipo de conduta. As mulheres que são vítimas desse tipo imposição, precisam enfrentar também uma violência secundária, uma vez que, sofre da mesma forma através de outra violência, está é praticada pela sociedade, familiares do agressor, assim como também pelo Estado, uma vez que não havia previsão legal para essa prática.

Conforme Fonseca e Lucas (2006) discorreram:

A violência emocional ou psicológica é evidenciada pelo prejuízo à competência emocional da mulher, expresso através da tentativa de controlar suas ações, crenças e decisões, por meio de intimidação, manipulação, ameaças dirigidas a ela ou a seus filhos, humilhação, isolamento, rejeição, exploração e agressão verbal. Sendo assim, é considerado violento todo ato que cause danos à saúde psicológica, à autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal, como por exemplo, negar carinho, impedi-la de trabalhar, ter amigadas ou sair de casa. São atos de hostilidade e agressividade que podem influenciar na motivação, na autoimagem e na autoestima feminina (FONSECA; LUCAS, 2006, p. 9).

Logo, podemos verificar que a violência psicológica é mais comum em relacionamentos abusivos, que muitas vezes não é abordado pela sociedade, os danos psicológicos são igualados ou muitas vezes superiores aos danos físicos, uma vez que o indivíduo é arruinado, perde sua autoestima, pode desencadear um quadro de depressão, estresse, medo, enxaqueca, gastrite nervosa, úlcera, síndrome de pânico, transtornos psicológicos, dependência medicamentosa, entre outros.

Manzini e Velter (2019) *apud* Dias (2007) ao falarem sobre a violência psicológica, aduzem que:

A violência psicológica inicia-se de forma branda, com atos que passam despercebidos pela vítima, onde o agressor lança mão de pequenos insultos a fim de tornar a vítima insegura e baixar sua autoestima, bem porque, para partir para agressão física, o agressor precisa tornar a mulher desvalorizada de tal modo que ela aceite a agressão e se sinta culpada pela violência sofrida. Assim, o agressor passa a dissuadir a mulher, visando que esta, manifestamente vulnerável, torne-se emocionalmente dependente e aja conforme sua vontade, acatando suas decisões e aceite o tratamento a ela despendido. (MANZINI; VELTER, 2019)

Portanto, a desestabilização psicológica do indivíduo é um dos elementos principais, que faz com que a vítima deixe de viver de forma saudável, o trauma desencadeado pela agressão, afeta de forma cognitiva, desencadeando transtornos psicológicos. Como consequências, as vítimas podem e tendem a demonstrar um menor interesse nas práticas das atividades domésticas, além de melancolia constante, aumento da ingestão de bebidas alcoólicas, agressividade e estresse. (MAGALHAES, 2022)

Conforme Manzini e Velter (2019) *apud* Dias (2007):

A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre os sexos. É a mais frequente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciados. Para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia. Reconhecida pelo juiz sua ocorrência, cabível a concessão de medida protetiva de urgência. Praticando algum delito mediante violência psicológica, a majoração da pena se impõe (CP, art. 61, II, f). (DIAS, 2007, p. 48 *apud* MANZINI; VELTER, 2019)

Ainda de acordo com Manzini e Velter (2019) a violência psicológica, desencadeia danos irreversíveis a vítima, isso se dá pela prática reiterada do fato, de forma que as ações do agressor e a quantidade de abalos emocionais advindos da depreciação e das perseguições sofridas vão se agravando.

Uma vez que é pouco retratada na sociedade, tendo em vista que é ignorada pelo agressor e muitas vezes não é percebida pela vítima, quando é perceptível, a situação já chegou a níveis extremamente graves, dificultando a saída desse ciclo, por incapacidade ou medo.

Nesse sentido, após a consolidação e repetição da violência, muitas vezes são desencadeado transtornos e a mulher se vê paralisada, uma vez que se questiona o que o agressor é capaz de fazer, sentindo, portanto insegurança até mesmo para denunciar ou procurar ajudar. Esta incapacidade é decorrente de uma dependência emocional, e controle excessivo (MANZINI E VELTER, 2019).

Além disso, não são poucos os casos em que a vítima não se identifica como vítima. "Talvez seja a menos denunciada. A vítima, muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos são violência e devem ser denunciados" (DIAS 2010 apud FERNANDES, 2013, p.113).

### **3 REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA INCLUSÃO DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA COMO TIPO PENAL**

Conforme discorreu Hirigoyen (2006, p.11, apud RESENDE, 2022, p.16), é muito importante reverter a violência psicológica, pois está se torna um ponto de partida para que se inicie as outras formas de violência, "a violência é, sobretudo, psicológica", salienta:

Homem algum vai começar a espancar sua mulher da noite para o dia, sem razão aparente, em uma crise de loucura momentânea. A maior parte dos cônjuges violentos primeiro prepara o terreno, aterrorizando a companheira. Não há violência física sem que antes não tenha havido violência psicológica. (HIRIGOYEN, 2006, p. 27, apud RESENDE, 2022, p.16).

Como abordado, a violência psicológica é difícil de ser identificada pela vítima desde o início, uma vez que ele acontece de uma forma quase imperceptível, tendo em vista que se apresenta mascarada por zelo, carinho e preocupação, sendo necessário que a própria vítima, perceba que está sofrendo com esta situação, e procure meios legais para sair desse ciclo, por isso a importância de ter tipificação e amparo legal no ordenamento jurídico

Como retrata Bonfim (2016) no Brasil é possível observar no ordenamento jurídico duas legislações específicas tratam da tipificação dessas agressões, a Lei do feminicídio e a



Lei Maria da Penha. Conforme discorreu Silva (2020), no ano de 2003, foi criado um órgão especializado vinculado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, que é a Secretaria de Políticas para as Mulheres, com foco de trazer proteção às mulheres e qualidade de vida

Nesse contexto, com a Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, é um dos primeiros dispositivos legais, que deu maior ênfase a violência doméstica intrafamiliar contra a mulher, como podemos observar no artigo 7 inciso II, irá trazer a respeito da classificação das formas de violência familiar e doméstica contra a mulher, como é possível observar a seguir:

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 (BRASIL, Lei Maria da Penha nº 11.340).

Anteriormente na legislação esse crime era visto como um de menor potencial ofensivo e enquadrava-se nos crimes da Lei 9.099/1995, portanto na prática, significa dizer que o crime de violência de gênero, era visto como algo trivial, uma vez que muitas vezes as penas eram reduzidas, ao simples pagamento de sextas básicas ou trabalhos comunitários, com a atualização da Lei 11.340, ela trouxe um maior rigor.

O ordenamento jurídico através de suas leis e decretos visa inibir, por meio de suas leis, a prática de crimes relacionados à mulher na esfera não só física mais psicológica também. Nesse sentido, a Lei 14.188/2021, que trata a respeito do “Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica”, entrou em vigência alterando o artigo 12-C da Lei 11340/06, possibilitando a vítima a pedir medida protetiva, visando resguardar sua integridade física e psicológica:

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. Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (BRASIL, Lei 14.188/2021).

Conforme discorreu, Magalhães (2022), a Lei nº 14.188/2021 trouxe uma série de mudanças legislativas no combate à violência contra a mulher, incluindo a criação do esquema de sinal vermelho, que, entre outras medidas, estipulou que a letra X, preferencialmente vermelha nas mãos das mulheres, poderia ser utilizada como sinal de atenção e condenação da violência a que a mulher foi submetida. Também aumentou as penas para crimes de lesão corporal à mulher em razão da mulher, e acabou por criar a tipificação do crime de violência com a modalidade psicológica contra a mulher.

A Lei nº 14.188/2021, ratificada pelo atual Presidente sem poder de veto, continha na Lei nº 11.340/2006 os critérios para a integridade emocional da mulher em risco. Seu texto afirma que tais atos de violência doméstica são puníveis com pena de seis meses a dois anos de reclusão, e multas são impostas aos acusados de insultar, manipular, ameaçar, extorquir e outros atos que visem lesar a integridade psíquica da vítima.

Além disso, o amparo protetivo se dá através da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher em situação de violência; as Casas de abrigos; Defensoria Pública da Mulher; Promotorias e Juizados da Violência Doméstica e Familiar; Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra mulher (2007); e o Programa Viver sem Violência (2013).

Uma mudança importante que vale a pena mencionar é que, a partir desta nova lei, chefes e policiais agora podem remover imediatamente um agressor de um ambiente de convívio com base no perigo à saúde psicológica da mulher coisas que só são permitidas se houver risco à integridade física.

Todavia, apesar da boa intenção do legislador, na prática carece de eficácia, como aduz Trindade (2017, apud Magalhães, 2021):

É muito difícil de ser concretizada na prática, devido a atual realidade da polícia judiciária, a falta de recursos da polícia, faltando até mesmo um maior cuidado do poder público. Não há viaturas suficientes, por vezes faltando até combustível quando há viaturas. Então, nota-se que este inciso tem certa dificuldade de ser concreto na prática. Seria muito importante se esta previsão se realizasse na prática, pois diversas vezes a mulher vítima não possui condições físicas ou matérias para se deslocar para um local seguro, longe do agressor.

Conforme Magalhães (2022) aduz que, outro problema observado na execução da Lei Maria da Penha é a vagareza do judiciário, que está relacionada ao baixo número de

servidores para atender as demandas processuais. As vítimas são mais vulneráveis pela demora no processo e, além disso, correm o risco de atuação simultânea, o que, sem dúvida, dificulta mais a confrontação da violência.

Analisou-se também que a Lei Maria da Penha respondeu consistentemente de forma insatisfatória aos reais interesses das vítimas femininas. Às vezes, priorizar a punição para o agressor desconsidera o vínculo afetivo da mulher com o agressor e, ao condená-lo, ela busca outra mediação para resolver o conflito e acabar com a situação de violência. Portanto, seu principal interesse não é a punição, mas o aconselhamento e o tratamento.

Quanto à Lei nº 14.188, que versa em específico da violência doméstica psicológica, certamente podemos reconhecer que há um enfoque maior na violência doméstica contra a mulher. No entanto, como foi promulgada recentemente, após 15 anos da Lei nº 11.340, não podemos dizer que não encontrará obstáculos em sua implementação como a Lei Maria da Penha.

Embora se saiba que as referidas leis obtiveram grande sucesso, são extremamente benéficas em termos de direitos e garantias e constituem um marco histórico na proteção jurídica das mulheres vítimas de violência psicológica, ainda é necessário compreender seu desenvolvimento nas realidades específicas. Diante do exposto, podemos destacar que os desafios que ainda existem na vivência brasileira ao tratar da aplicabilidade das normas não precisam ser enfrentados apenas pelo movimento feminista, mas pelo governo federal. Envolvimento de governos estaduais e profissionais áreas de formação diversas. (MAGALHAES, 2022).

Especialmente porque esse acontecimento envolve uma conflito coletivo, com base na comunicação, compartilhamento e cooperação entre os que trabalham nos desafios sociais e jurídicos do tema estudado. Assim como para as mulheres que estão passando por isso, e para a sociedade como um todo, esclarecer essa indagação cada vez mais cotidiana em nosso país e ter discernimento a respeito do que fazer diante da existência ou suspeita de um caso.

## **5 CONCLUSÃO**

O objetivo deste trabalho é trazer uma análise da evolução da proteção jurídica relacionada a violência praticada contra a mulher, a violência em todas as suas modalidades e seus ângulos traz reflexos negativos, podendo ser social, psicológicos e comportamentais, assim como reflete não só na mulher, mas a todos os pertencentes da entidade familiar, que são afetados de forma colateral.

Portanto, com a atualização do Código Penal, trazendo uma nova tipificação, restritivas de direitos, para a violência no âmbito psicológico, é esperado que traga resultados positivos na esfera penal, uma vez que para a vítima, é garantido mais direitos, e para o meio social, com a aplicação da pena, traga uma diminuição nos casos de violência praticada contra o gênero feminino.

Por conseguinte, com os temas abordados, foi possível fazer uma análise, de onde se iniciou o problema social, da violência, assim como como se desenvolveu durante a evolução legislativa, e quais os resquícios negativos ainda perpetrados na sociedade, com diferentes tipos de modalidade deste fato criminoso, a previsão legal, e quais os reflexos esperados com atualização do texto normativo com uma nova tipificação. Desde os primórdios, o privilégio somente biológico, permitiu ao homem se auto intitular, como sujeitos superiores (BEAUVOIR, 2009).

Nesse sentido, embora seja possível observar grandes avanços legislativos, e sociais, para com a mulher, ainda é notório alguns aspectos negativos advindos de uma sociedade construída, através de visões machistas, de legislações e aspectos históricos, e culturais brasileiros, a dominância do sexo feminino praticado pelos homens, alicerçado pela desigualdade de gênero. A legislação do Brasil, uma vez que foi advindo de Portugal, e mesmo após a revolução Francesa e Americana, as mulheres ainda se encontravam desfavorecidas de direitos. As primeiras Leis que entraram em vigor no País foram às ordenações das Filipinas, influenciada pelo patriarcado praticado na idade média.

Podemos deduzir, que a atualização legislativa prevista na Lei 14.188 tratando a respeito da violência psicológica, no âmbito intrafamiliar, carregou consigo uma inovação para a mulher. Verificando que as duas leis, trouxe modificações, com o objetivo de vingar a prática dos delitos. Criando também leis mais rigorosas, uma vez que passa de uma lei restritiva de Direitos, para uma restritiva de Liberdade.

Nesta senda, é importante destacar que mesmo após todas as atualizações legislativas, é necessário que haja uma modificação social, levando em consideração que, a violência sendo de qualquer forma que ela se manifesta, é um fracasso, e a luta pela igualdade de direitos sociais e jurídicos, ainda é um caminho longo a ser percorrido.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução de Sérgio Milliet. 4º. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BRASIL. Lei nº 3.071: Código Civil, de 1º de janeiro de 1916. 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 Acesso em: 08 de dezembro de 2021

BRASIL. Lei nº 10.406: Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 08 de dezembro de 2021

BRASIL, Lei nº 14.188/2021. Código penal, de 28 de julho de 2021. Disponível em: <https://in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.188-de-28-de-julho-de-2021-334902612>. Acesso: 08 de dezembro de 2021

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.

BRASIL, Lei nº 11.340/2006. Código penal, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 08 de dezembro de 2021

CAVALCANTE, Luciane F. **A violência contra a mulher sob o olhar mediação cultural da informação**: análise da exposição “retratos relatos”. São Paulo: EPIM. 2022, p.11.

CUNHA, Tânia R. **O preço do Silêncio**: violência conjugal contra mulheres de camadas médias e altas. São Paulo: PUC, 2004.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTERIO PUBLICO. **Violência contra a mulher**: um olhar do ministério público brasileiro. Brasília: Editora movimento, 2018, p. 89. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO\\_WEB\\_1\\_1.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/FEMINICIDIO_WEB_1_1.pdf). Acesso em: 20 de outubro de 2022.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. 1d. São Paulo, 2006.

FONSECA, Paula M.; LUCAS, Taiane N. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. Bahia, 2006.

IMP – INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.htm>. Acesso em 04 de setembro de 2022.

LIMA, Paulo M. **Violência contra a mulher**: o homicídio privilegiado e a violência doméstica. 2d. São Paulo, Atlas, 2013.

LIMA, Ludmila; CONCEIÇÃO, Thais; LIMA, Vitória; FILHO, Tadeu. **Violência psicológica contra a mulher**: notas breves sobre contextos de vulnerabilização. RIEC, Ceará, 2022.

LUSTOSA, Mariana C. **Nem sempre o alvo é o corpo da mulher:** a invisibilidade da violência patrimonial no âmbito jurídico. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14055>. Acesso em: 20 de outubro de 2022.

MANZINI, Luana; VELTER; Stela C. **Violência psicológica contra mulheres:** uma abordagem com os instrumentos previstos na Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64779/violencia-psicologica-contra-mulheres-uma-abordagem-com-os-instrumentos-previstos-na-lei-maria-da-penha>. Acesso em 27 Setembro 2022.

MAGALHÃES, Reia S. **Violência doméstica ostensiva e violência doméstica velada:** reflexões sobre os aspectos sociais e legais das formas da violência doméstica física e psicológica contra a mulher no Brasil. Humana Res, 1 ed. Piauí 2022.

MICHAUD, Yves. **A violência.** Tradução de L. Garcia. São Paulo: Editora Ática, 1989.

MIRANDA, Maria G. **O estatuto da mulher casada de 1962.** Porto Alegre, 2013. Disponível em: <file:///E:/documentos/Desktop/000914587.pdf> Acesso em: 18 de setembro de 2022.

MORAES, *et al.* **Maria da penha.** 1d. São Paulo, 2013.

NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal 2;** dos Crimes contra a Pessoa e Patrimônio. São Paulo: Saraiva, 1976

PAULA, Gauthama C. **Mulher merece lei específica, pois foi oprimida por anos.** Conjur, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-out-11/mulher-merece-lei-especifica-pois-foi-oprimida-anos>. Acesso em: 20 e outubro de 2022

PENHA, Maria P. **Sobrevivi... posso contar.** 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

PIMENTEL. Adelma P. **A violência psicológica nas relações conjugais: pesquisa e intervenção clínica.** 1d. São Paulo, 2021.

PORTAL EDUCAÇÃO. **Conceito de Violência.** Disponível em <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/conceito-de-violencia/24924>. Acesso em 04 de setembro de 2022.

RESENDE, Gabrielly R. **Agressão psicológica à mulher:** violência silenciosa e inicialmente sutil no meio conjugal. Goiás: PUC, 2022.



SANTOS, Kátia; BUGAI, Fernanda; Karpinski, Mônica. **“Você é seu próprio lar”**: sobre moradia e violência patrimonial contra mulheres. Paraná: NUPEM, 2022.

SIQUEIRA, Camila A; ROCHA, Ellen S. **Violência psicológica contra a mulher**: uma análise bibliográfica sobre causa e consequência desse fenômeno. Amapá: Arquivos Científicos (IMMES), 2. v. 2019.

TELES, Maria A.; MELO, Monica M. **O que é a violência contra a mulher**; Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 2012.

TRINDADE, Vitória E. **Lei Maria da Penha: violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária**. UNISC, 2016, Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14576/3276>. Acesso em: 18 de outubro de 2022.

VOLKMANN, Fabiane; SILVA, Everaldo. **A violência psicológica contra mulher lei 11.340/2006 - Lei Maria da Penha**, Cadernos zycmunt Bauman, 10. Vol. 2020

## **APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA PARA MULHERES TRANSEXUAIS**

**MARIA ROSARIO SILVA ANDRADE:**

Acadêmica do curso da Instituição de Ensino Superior Centro Universitário UNA de Betim.

VIVIAN MONTEIRO MAGALHÃES<sup>35</sup>

(coautora)

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para mulheres transexuais. Destaca-se que, a referida Lei Maria da Penha é uma legislação protetiva que fez toda a diferença para as mulheres brasileiras. Na verdade, foi por causa de uma pessoa que se chama Maria da Penha é que se criou a legislação definida pela Lei nº. 11.340/06. Maria da Penha foi uma pessoa que sofreu inúmeros tipos de violência, tanto que seu caso foi parar em um Tribunal Internacional que, ao intervir, determinou que o Brasil criasse meios para prevenir e punir agressores que têm como vítimas as mulheres em ambientes domésticos. De tal forma, ao ser criada, a Lei nº. 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, ajudou no combate à violência doméstica, fazendo com que muitos homens se afastassem de casa ou fossem punidos. Por outro lado, com as mudanças culturais e sociais que ocorrem no cotidiano das pessoas, passam a existir as transexuais ou transgêneros, que são pessoas que se identificam com um gênero diferente do seu sexo atribuído no momento do nascimento. Com efeito, fica a pergunta se à pessoa que nasceu como homem, mas posteriormente se transformou em mulher, inclusive, alterando seu registro civil, pode aplicar a Lei Maria da Penha. O presente estudo visa apresentar justamente essa questão relacionada aos transgêneros e entender quais são as explicações sociais, jurídicas e psicossociais sobre o assunto, para no fim, concluir se a Lei Maria da Penha se aplica ou não para estas pessoas. Faz-se necessário analisar pesquisas oriundas de artigos científicos, bibliografias e jurisprudência referentes ao tema, traçando uma análise histórica da luta contra à violência doméstica.

**Palavras-chave:** Transexual. Transgêneros. Lei Maria da Penha. Aplicabilidade.

**ABSTRACT:** The present study seeks to analyze the applicability of the Maria da Penha Law for transsexual women. It is noteworthy that the aforementioned Maria da Penha Law is a protective legislation that made all the difference for Brazilian women. In fact, it was because of a person called Maria da Penha that the legislation defined by Law no. 11,340/06. Maria da Penha was a person who suffered numerous types of violence, so much so that her case ended up in an International Court that, by intervening, determined that Brazil create means to prevent and punish aggressors who have women in domestic

---

<sup>35</sup> Acadêmica do curso da Instituição de Ensino Superior Centro Universitário UNA Betim

environments as victims. In such a way, when created, Law no. 11.340/06, popularly known as the Maria da Penha Law, helped to combat domestic violence, causing many men to move away from home or be punished. On the other hand, with the cultural and social changes that occur in people's daily lives, transsexuals or transgenders come into being, which are people who identify with a gender different from their assigned sex at birth. In fact, the question remains whether a person who was born as a man, but later became a woman, even altering his or her civil registry, can apply the Maria da Penha Law. The present study aims to present precisely this issue related to transgender people and understand what are the social, legal and psychosocial explanations on the subject, in order to conclude whether or not the Maria da Penha Law applies to these people. It is necessary to analyze research from scientific articles, bibliographies and jurisprudence related to the subject, outlining a historical analysis of the fight against domestic violence.

**Keywords:** Transsexual. Transgender. Maria da Penha Law. Applicability.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006) conhecida como Lei Maria da Penha promulgada visando a proteção da mulher em situação de violência doméstica no Brasil, vem sofrendo adequações ano após ano, tendo em vista que as vítimas devem sair da delegacia com medida protetiva. Entretanto, em alguns casos, não existe uma disposição expressa na lei, como no caso da aplicabilidade das medidas protetivas às pessoas transexuais ou transgêneros.

Evidencia-se, neste caso, a ineficácia da Lei para algumas situações, sendo que a mulher trans enfrenta ao longo de sua vida inúmeras formas de violências domésticas. Reitera-se que a lei não é clara quanto à aplicação das medidas de proteção para transgêneros e transexuais, mas, para as que vivem uma crise existencial por viverem em um corpo oposto ao seu gênero declarado e por se sentirem excluídas da sociedade, sem proteção do poder legislativo, o judiciário deve dar uma resposta efetiva.

Aliás, os Tribunais estão em discussão a respeito da aplicação da lei protetiva aos transexuais, sendo que a discordância está na aceitação da mulher transgênero no papel social da mulher, mulher vulnerável, visto que poucos conseguem realizar a cirurgia para mudança de sexo e a alteração do registro civil.

Desta feita, surge o problema de pesquisa, qual seja: é aplicável a Lei Maria da Penha as mulheres transexuais e transgêneros? Assim, com o presente artigo, busca-se analisar sobre esta aplicação, destacando a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.

Os procedimentos metodológicos adotados para o desenvolvimento deste artigo consistem na análise da legislação vigente, doutrina e decisões judiciais relacionada à temática abordada através da coleta de dados e informações de artigos científicos publicados em revistas, literatura especializada, obras literárias e redações publicadas na internet.

O presente artigo é dividido em quatro partes, sendo as considerações iniciais, em que é apresentado o problema, objetivo e metodologia de pesquisa; seguido do referencial teórico, em que são abordadas as teorias e temáticas relacionadas ao tema objeto de estudo, e ao final são apresentadas as considerações finais seguidas das referências que contribuíram para construção da presente investigação.

Uma vez traçado, em linhas gerais a estrutura do presente artigo, para alcançar o objetivo proposto faz-se necessário adentrar na análise de alguns temas relacionados à temática apresentada, o que se faz nos tópicos a seguir.

## **2. HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA GRUPOS MINORITÁRIOS**

Para analisar sobre a violência contra grupo minoritário, pertinente destacar o que é a violência, como e quando ela ocorre. De início, pode-se dizer que o significado de violência é histórico e cultural, ou seja, varia de acordo com época e com o local de onde se fala. Nas palavras da Promotora de Justiça, Nívia Mônica da Silva (2017):

A perspectiva contemporânea desse termo é conceitualmente ampla, o que significa dizer que a violência não se concretiza apenas quando há prática de crimes. Adota-se, a ideia de que a violência abrange outras experiências que as pessoas considerem desrespeitosas e injustas.

Na história da humanidade, não são raras as lutas pelos direitos, principalmente dos grupos minoritários e que visam melhores condições de vida e de maior proteção. Neste sentido, Nívia Mônica da Silva (2017) alerta:

Diversos grupos de pessoas têm sido historicamente privados de usufruir direitos em virtude de sua etnia, idade, identidade de gênero, orientação sexual, cor da pele, religião ou pela comunidade a que pertencem, por exemplo. Sentindo-se violentadas pelo desrespeito às características que as diferenciam das outras, essas pessoas se uniram em grupos e começaram a lutar para serem reconhecidas como merecedoras de igual respeito e consideração.

Estes grupos minoritários vêm lutando por um espaço no corpo social, sem haver qualquer espécie de discriminação e violência. Estas pessoas estão mais expostas a este

tipo de reação em virtude da sua vulnerabilidade, a qual está vinculada a características discriminadas pela sociedade.

Nívia Mônica da Silva (2017) descreve grupo vulnerável com as seguintes palavras, *litteris*:

Grupo vulnerável é um conjunto de pessoas que, por questões ligadas a gênero, idade, raça, etnia, condição social, deficiência, orientação sexual, crença religiosa, nacionalidade e opinião política, entre outras características, se tornam mais suscetíveis a sofrer violação de seus direitos.

A título de exemplo de um desses grupos de pessoas vulneráveis estão as mulheres transexuais e os transgêneros. Sobre a vulnerabilidade da mulher, Lucilene Garcia (2011) aponta: "Desde os tempos bíblicos que a mulher tem passado por gravíssimas violações em seus direitos mais elementares, como direito à vida, à liberdade e a disposição de seu corpo".

Maria Amélia de Almeida Teles e Mônica de Melo citadas por Lucilene Garcia (2011) apresentam outros exemplos a respeito do assunto:

[...] são inúmeros os exemplos da prática de atos de submissão e hostilidade sexuais que, frequentemente, foram levados aos extremos: venda e troca de mulheres, como se fossem mercadorias, mulheres escravizadas, violadas, vendidas à prostituição, assassinadas por ocasião de morte de seus senhores e maridos, ou ainda a mutilação genital feminina (amputação do clitóris)

Nas civilizações antigas também era comum esta violência contra a mulher. Ilustrando o tema, Sandra Pereira Aparecida Dias (2010) discorre sobre a civilização Grega, na Idade Média e Idade Moderna:

Nas civilizações Gregas, a mulher era vista como uma criatura subumana, inferior ao homem. Era menosprezada moral e socialmente, e não tinha direito algum. Na Alexandria romanizada no séc. I d.C, Filón, filósofo helenista lançou as raízes ideológicas para a subordinação das mulheres no mundo ocidental. Ele uniu a filosofia de Platão, que apontava a mulher como tendo alma inferior e menos racionalidade, ao dogma teológico hebraico, que mostra a mulher como insensata e causadora de todo o mal, além de ter sido criada a partir do homem. Na Idade Média a mulher desempenhava o papel

de mãe e esposa. Sua função precípua era de obedecer ao marido e gerar filhos. Nada lhe era permitido. Na Idade Moderna, ao lado da queima de sutiãs em praças públicas, simbolizando a tão sonhada liberdade feminina, vimos também as esposas serem queimadas nas piras funerárias juntas aos corpos dos maridos falecidos ou incentivadas, para salvar a honra da família, a cometerem suicídio, se houvessem sido vítimas de violência sexual, mesmo se a mesma tivesse sido impetrada por um membro da família, um pai ou irmão, que nem sequer era questionado sobre o ato.

Nesta perspectiva, a sociedade embora evoluísse, sempre teve essa visão de inferioridade em relação à mulher. Inclusive, no ordenamento jurídico ela nunca teve qualquer proteção, tanto é verdade que o homem no casamento era considerado o chefe. (COMEL, 2007).

Então, conforme a mulher foi criando sua independência financeira, muitos maridos e companheiros se incomodaram, acreditando que aquilo seria uma afronta aos costumes arraigados na sociedade. Por esta razão às agressões físicas, morais e patrimoniais começaram a ser exacerbadas. (MEMÓRIAS DA DITADURA, 2016).

No que tange aos transgêneros, entre os anos de 1950 e de 1960, o site Memórias da Ditadura (2016) relata que: “[...] o período ficou assinalado pelo recrudescimento da ditadura civil-militar”. E ainda, discorre: “A comunidade LGBT brasileira manteve seus locais de sociabilidade em guetos. Longe de poderem se organizar como movimento político”. (MEMÓRIAS DA DITADURA, 2016).

Cumprir destacar: “O atraso na formação e consolidação das lutas contra o preconceito sexual deve-se tanto à repressão do regime ditatorial quanto à ausência do debate sobre a questão entre os grupos de esquerda que combatiam a ditadura”. (MEMÓRIAS DA DITADURA, 2016).

Ademais, o site Memórias da Ditadura (2016) demonstra também sobre a discriminação sistemática, que se estendeu no aspecto do trabalho:

A discriminação sistemática estendeu-se também ao mundo do trabalho. Um exemplo foi a organização da chamada Comissão de Investigação Sumária, instalada em 1969 no Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty). Seu objetivo era a repressão a homossexuais, alcoólatras e a pessoas consideradas emocionalmente instáveis, dentro do Itamaraty.

No que tange a legislação, o Ato Institucional nº. 5 (BRASIL, 1968) cassou



funcionários sob a acusação de prática de homossexualismo, conforme informa o site Memórias da Ditadura (2016):

Em 1969, após o AI-5, o órgão formulou uma lista que culminou com a cassação de 44 funcionários, a maior da história deste órgão, sob a acusação de afrontarem os valores do regime em suas condutas na vida privada. Dentre quinze pedidos de exoneração de diplomatas, sete tinham como justificativa a “prática de homossexualismo” e a “incontinência pública escandalosa”. Outros dez diplomatas suspeitos de tal prática deveriam passar por exames médicos e psiquiátricos e, caso fossem comprovadas as acusações, eles também seriam ser afastados. Além desses fatos lamentáveis ocorridos em órgãos governamentais, homossexuais e travestis viviam em regime de terror, sendo frequentemente perseguidos e presos pelas polícias nas ruas.

Já entre os anos de 1975 a 1982, a violência continuou, de forma que a Polícia passou a realizar abordagens aos homossexuais por suposta prática de vadiagem:

Entre os anos de 1975 e 1982, durante as administrações de Paulo Egydio Martins e Paulo Maluf, em São Paulo, as rondas policiais no centro da cidade eram destinadas especialmente à abordagem violenta e à prisão dessas pessoas pela suposta prática de vadiagem. (MEMÓRIAS DA DITADURA, 2016).

Cumprasseverar, mesmo após estes episódios de horror contra transgêneros, décadas atrás, bem como atualmente, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) limitou-se a equiparar os direitos e deveres entre homens e mulheres, fundamentando-se no sexo e ignorando as distinções de gênero e a orientação sexual. Sob o pretexto de proteger a família, a sociedade, seus valores e sua moral, a questão LGBT foi praticamente excluída do texto constitucional.

Com efeito, nota-se a necessidade de interpretar as leis já existentes em prol dos indivíduos transgêneros, os quais estão à mercê de proteção Estatal e Jurídica. Pois, muito embora a violência contra a mulher ainda não tenha sido aniquilada por completo, há no ordenamento jurídico uma norma específica para tanto, o que não aconteceu com lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros.

## **2.1 A criação da Lei Maria da Penha, princípio da isonomia, objetivos e sujeito**

A Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006), conhecida popularmente como Lei Maria da

Penha, foi criada com o objetivo de erradicar a violência no ambiente doméstico, tendo como requisito para aplicação a vulnerabilidade da vítima em relação ao agressor. Em seu texto, a lei não contempla apenas os casos de agressão física, mas também, situações de violência psicológica, destruição de objetos e documentos, difamação e calúnia.

Conforme dispõe seu artigo 5º, *caput*: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". (BRASIL, 2006).

Trata-se, pois, de uma legislação das melhores do mundo, conforme analisa Elves Dias (2015):

A Lei 11.340, de 07/08/2006 (Lei Maria da Penha) é considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a terceira melhor lei do mundo no combate à violência doméstica, perdendo apenas para Espanha e Chile. A dianteira ficou com a lei espanhola considerada a melhor legislação no enfrentamento a violência doméstica seguida pela legislação chilena.

Sua criação não foi um ato voluntário do Brasil. As providências para extirpar a violência contra a mulher só ocorreu após a Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenar o Estado Brasileiro por negligência, omissão e tolerância sobre episódios de violência doméstica perpetrados contra mulheres. (DIAS, 2010).

A condenação foi respaldada na inércia do país em punir o caso de violência doméstica que teve como vítima Maria da Penha Maia Fernandes. Com efeito, com o parecer da Comissão Interamericana, o Estado brasileiro criou a legislação protetiva para os casos em que envolvem violência doméstica, sendo que seu artigo 1º assim descreve:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006).

Por outro lado, existe o princípio da isonomia, também conhecido como princípio

da igualdade, e que se trata de um vetor principiológico baseado na própria democracia do país, pois, todos devem ser iguais perante a lei, inclusive, devendo haver um equilíbrio para aqueles que são mais frágeis e hipossuficientes em comparação ao outro.

Em decorrência da aplicação deste princípio, existem críticos que consideram a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) inconstitucional, justamente por acreditar que ela fere esse princípio. Neste particular, é necessário fazer uma diferenciação entre a isonomia formal e a material.

No tocante a isonomia formal, conforme explica Ticiane Vitoria Figueiredo (2011):

[...] a Constituição Federal só reconhece a igualdade no seu sentido jurídico-formal de “igualdade perante a lei”, neste caso refere-se somente à igualdade em direitos. A isonomia material, por sua vez consiste em uma equiparação mediante as diferenças sociais, seria então, uma igualdade no sentido lato.

Com efeito, é inegável quando se fala em homens e mulheres não considerar a desigualdade gritante entre eles. Neste sentido, os doutrinadores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 18) se manifestam sobre o assunto: “[...] por serem diferentes, em alguns momentos haverá forçosamente de possuir direitos adequados a estas desigualdades”.

Assim sendo, conforme esclarece Ticiane Vitoria Figueiredo (2011):

[...] para que homens e mulheres sejam iguais perante a lei e a sociedade, é necessário que haja uma “ferramenta” que possibilite uma equiparação, ainda que forçada, entre eles. Com base nestas argumentações, a Lei Maria da Penha pode ser considerada uma destas ferramentas.

Assim, não se pode conceber que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) fere o princípio da isonomia, pois, todos devem ser tratados de forma igual, sendo que algumas normas devem existir justamente para dar esse equilíbrio entre as pessoas.

Sobre o objetivo da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) trata-se de: “[...] coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. (art. 1º). Em uma leitura sem adentrar na finalidade primordial da lei, acredita-se que cuida de toda e qualquer violência contra mulher. Seu artigo 5º esclarece a questão, mencionando que “[...] configura violência doméstica e familiar qualquer ação ou omissão baseada no gênero”, dependendo ainda das circunstâncias que estão previstas em seus incisos. (BRASIL, 2006).

A partir deste detalhe, é possível uma análise da aplicação da lei apenas quando ocorrem agressões, sejam físicas, sexuais, psicológicas ou patrimoniais em um ambiente onde a mulher esteja vulnerável. Este ambiente se denomina como doméstico, que é onde a mulher não possui de meios para se proteger.

Para a aplicação da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006) será necessário a análise do caso concreto em consonância com uma das hipóteses previstas no artigo 5º. Isto é, não preenchido um daqueles requisitos, a norma prevista na Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2016) não será empregada.

Para esclarecer, veja a seguinte situação: uma mulher está andando pela rua e de repente por uma situação alheia entra em conflito com um homem desconhecido, na oportunidade ele a empurra, com intenção de afastá-la. Como resultado, configurou o delito de vias de fato, previsto no artigo 21 do Decreto-Lei nº. 3.688/41. (BRASIL, 1941).

Neste caso, é notório que a violência praticada foi em razão de simples atrito cotidiano, não podendo falar em aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), pois a circunstância em que ocorreu o evento não está descrita nos incisos do artigo 5º.

Diferente seria se o homem fosse companheiro da vítima, que nesse caso enquadraria na hipótese do artigo 5º, inciso III da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006), pois nessa situação teria uma relação íntima de afeto.

Com efeito, para que fique configurada a violência doméstica com incidência da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), ela deve estar ligada a uma questão de gênero, praticada em um contexto familiar, doméstico ou em razão de relação íntima de afeto, que resulte, dentre outros fatos, morte, lesão sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (BIANCHINI, 2013).

Não há dúvida, portanto, no sentido de que para sua aplicação é necessário no mínimo à convivência entre vítima e agressor, estando aquela sob uma vulnerabilidade.

Sobre o sujeito passivo e ativo, o artigo 5º da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006) determina que, para seus efeitos: “[...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”; a ser praticada no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

Em um primeiro momento, diante deste conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, pode-se afirmar que os sujeitos do crime previsto na Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), são:

a) sujeito passivo: somente a mulher que tenha sido vítima de agressão decorrente de

violência doméstica e familiar;

b) sujeito ativo: somente o homem.

Renato Brasileiro de Lima explica (2016, p. 899):

Para a caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher, não é necessário que a violência seja perpetrada por pessoas de sexos distintos. O agressor tanto pode ser um homem (união heterossexual) como outra mulher (união homoafetiva). A propósito, basta atentar para o quanto disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 11.340/06, que prevê que as relações pessoais que autorizam o reconhecimento da violência doméstica e familiar contra a mulher independem de orientação sexual. Assim, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina estão ao abrigo da Lei Maria da Penha, quando a violência for perpetrada entre pessoas que possuem relações domésticas, familiares e íntimas de afeto.

Contudo, devido ao disposto no artigo 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006): “[...] as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”; ou seja, quando se fala em violência doméstica e familiar contra a mulher, o foco principal de tudo isso é o sujeito passivo, a mulher, sendo que independe se o sujeito ativo da violência é homem ou mulher.

## **2.2 Violência baseada em gênero**

A violência de gênero é um padrão específico de violência, ou seja, escolhe-se a vítima por ela ser mulher, ou homossexual, ou negro etc. Neste caso, conforme explica Nívia Mônica da Silva (2017), torna-se algo fundada na: “[...] hierarquia e desigualdade de lugares e papéis sociais sexuados. Essa violência, numa sociedade desigual, patriarcal e heteronormativa como ainda é esta em que vivemos, tende a inferiorizar as mulheres, homossexuais e transgêneros”.

Ademais, a violência de gênero pode ocorrer em vários espaços. Ela acontece tanto no âmbito da comunidade e do trabalho quanto no espaço do lar e das famílias. Ou seja, tem incidência no mundo privado e também no público. (SILVA, 2017).

Neste quadrante, ao analisar o artigo 5º, *caput* da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2016) é possível observar que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, baseada no gênero. Assim, é digno de explicar que:

[...] a violência contra a mulher é uma forma específica de violência, praticada por qualquer indivíduo, seja homem ou mulher e dirigida à mulher. Acontece que, o termo "mulher" pode se referir tanto ao sexo feminino, quanto ao gênero feminino. Assim sendo, não teria sentido sancionar uma lei, que tivesse como objetivo a proteção apenas de um determinado sexo biológico. (GOMES, 2011).

Deste modo, diz-se que é baseada no gênero: “[...] pelo fato dessa violência se referir às características sociais, culturais e políticas impostas a homens e mulheres e não às diferenças biológicas entre eles”. (GOMES, 2011).

No mesmo sentido são as palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 40): “[...] o gênero recebe uma construção sociológica, é um conceito mais subjetivo, mais ligado ao papel social desempenhado pelo indivíduo do que por suas características biológicas”.

Partindo desta premissa, identidade de gênero compreende, conforme inciso II do artigo 1º da Resolução nº. 11/2014 (BRASIL, 2014) do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais:

Art. 1º [...]

II - Identidade de gênero "a profundamente sentida, experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”.

Cumpra mencionar que da mesma forma que a mulher, a transexual ou o transgênero, cujo gênero é o feminino, também sofre preconceito e violência, tanto na sociedade de modo geral, quanto nas relações de âmbito doméstico. (SILVA, 2017).

A partir deste raciocínio, analisando a própria literalidade da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006), baseada em gênero, não prevalece dúvidas quanto à aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) para aquele indivíduo que optou por se identificar como mulher no decorrer da vida, embora biologicamente seu sexo seja distinto.

Porém, existe uma distinção entre sexo e gênero. Conforme Quisumbing citado (*apud* NOHARA, 2015): “[...] mesmo os estudiosos por vezes se confundem no emprego dos termos sexo e gênero”. Para ela, sexo se refere: “[...] às categorias inatas do ponto de vista biológico, ou seja, algo relacionado com feminino e masculino”; já o gênero, conforme



Moser citado por Irene Nohara (2015): “[...] diz respeito aos papéis sociais relacionados com a mulher e o homem”.

Em outras palavras, sexo é aquilo que a pessoa nasce, sendo impossível sua mudança, se enquadrando em uma categoria biológica. Sendo o gênero, uma faculdade do ser humano ao longo da vida e apenas uma distinção sociológica. (NOHARA, 2015).

Então, conclui-se que gênero faz menção ao modo como alguém se identifica. Não só a si mesmo como para a sociedade. Neste sentido o indivíduo pode se apresentar como um homem ou mulher ou ambos, sem levar em consideração a sua biologia. (NOHARA, 2015).

Destarte, analisando a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) sob o aspecto de gênero, será totalmente cabível sua aplicação àquelas pessoas que embora tenham nascido com o sexo masculino, durante a vida optou por se reconhecerem do gênero feminino. Sob essa ótica, é necessário abordar alguns conceitos para adequá-los a aplicação da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006).

A orientação sexual, conforme site Grupo Dignidade (2017), refere-se: “[...] à capacidade de cada pessoa ter atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”.

Sobre a questão da identidade de gênero, Nívia Mônica da Silva (2017) descreve:

Transgênero é um termo “guarda-chuva” que se refere a todas as pessoas cuja expressão de gênero não corresponde ao papel social atribuído ao gênero destinado a elas no nascimento. Desse modo, a pessoa não se adequa ao papel esperado pela sociedade para o sexo que fora designado. Mais recentemente, o termo também tem sido utilizado para definir pessoas que estão em trânsito entre um gênero e outro. Entre as/os transgêneros estão as/os transexuais, travestis, drag queens e drag kings, entre outras identidades e formas de expressão.

E neste sentido, considerando que o termo transgênero é a classe, as espécies são:

Transexual: pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. Homens e mulheres transexuais podem manifestar o desejo de se submeterem a intervenções médico-cirúrgicas para realizarem a adequação dos seus atributos

físicos de nascença (inclusive genitais) e a sua identidade de gênero constituída;

Mulher transexual: ou simplesmente mulher trans é a pessoa que se identifica como sendo do gênero feminino embora tenha sido biologicamente designada como pertencente ao sexo/gênero masculino ao nascer;

Homem transexual: ou simplesmente homem trans é a pessoa que se identifica como sendo do gênero masculino embora tenha sido biologicamente designada como pertencente ao sexo/gênero feminino ao nascer;

Travesti: pessoa que nasce do sexo masculino ou feminino, mas que tem sua identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico, assumindo papéis de gênero diferentes daquele imposto pela sociedade. No caso de pessoas travestis com identidade de gênero feminina, muitas modificam seus corpos por meio de hormonioterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas, porém, vale ressaltar que isso não é regra para todas. (GRUPO DIGNIDADE, 2017).

Existe ainda o termo intersexual, que se refere a uma variedade de condições em que uma pessoa nasce com uma autonomia reprodutiva ou sexual que não parecem se ajustar às definições de preponderantes para o feminino ou para o masculino. (GRUPO DIGNIDADE, 2017).

Com efeito, importante salientar que, após o esclarecimento sobre estes conceitos, tão falados hodiernamente, nota-se que a realidade é muito mais complexa que todos esses termos. As pessoas têm o direito e a liberdade de transitarem entre gêneros e desejos sexuais, sem ficarem adstritas há apenas dois gêneros, sejam eles, masculino e feminino.

Em contrapartida, a sociedade ainda não é totalmente preparada para estas mudanças, o que gera violência as pessoas que não seguem o paradigma. Cumpre destacar, as violências sofridas por transgêneros incluem agressões físicas e psicológicas, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização, preconceito, maus-tratos, dentre outras. Sob este aspecto é de fácil elucidação que são as mesmas violências sofridas por mulheres, fazendo jus a aplicação da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006), desde que no ambiente doméstico, de acordo com o artigo 5º, da referida lei. (SILVA, 2017).

Assim, quando se fala na diferença entre sexo e gênero, significa que o sexo é quando alguém nasce como homem ou mulher. E no que tange ao gênero, o homem ou a mulher deixam de ser o sexo que nasceu, para seguir outra orientação, podendo, ainda, ser através da forma transgênero.

### 2.3 Adequação da lei às mudanças da sociedade

Neste quadrante, deve ser ressaltado que por meio do poder constituinte (derivado) até a Constituição Federal (BRASIL, 1988) ocorreram mutações para melhor atender os anseios da sociedade moderna. Nas palavras de Francisco Gildevan Freire Guimarães (2017):

[...] por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

Este ajustamento da lei é a ciência hermenêutica, a qual tem como finalidade primordial a interpretação dos textos, do sentido das palavras considerando a história, as ideologias, as realidades sociais, econômicas e políticas do Estado, objetivando uma realização do bem comum. (GUIMARÃES, 2017).

Sob esse aspecto, deve ser ressaltado que nas últimas décadas vários conceitos do corpo social foram ampliados, dentre eles o da própria família. Cumpre mencionar, o direito deve acompanhar a evolução cultural. Principalmente o ordenamento jurídico deve interagir-se com os acontecimentos sociais, visando buscar respostas para aquele momento da realidade. (GUIMARÃES, 2017).

Conforme diz Francisco Gildevan Freire Guimarães (2017):

Para toda mudança ocorrida na coletividade, o direito necessita acompanhar. Nos dias de hoje, embora ainda haja lutas constantes contra o preconceito não podemos deixar de destacar o grande avanço ocorrido desde a época da Ditadura civil-militar de 1964. Como se sabe, havia um aparato de controle moral contra os comportamentos sexuais, tidos como "desviantes". Assim, homossexuais, travestis, prostitutas e outras pessoas consideradas "perversas", ou "anormais", eram alvos de perseguições, detenção arbitrária, expurgos de cargos públicos, censura e outras formas de violência.

Por isto, a aplicação da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006) a casos onde há como vítima

um indivíduo transgênero ou transexual é medida que se impõe, analisando todo o contexto de adequação da lei e também para evitar preconceitos.

Aliás, conforme ressalta Álvaro Villaça Azevedo (2012, p. 87): “[...] o amor é mais importante do que tudo na família; o mútuo auxílio material e espiritual entre os esposos, sua convivência amorosa, é mais importante do que a própria formalidade que faz nascer a família”.

Diante dessa releitura, se constata uma autêntica transformação e evolução da família, sobretudo, baseando a teoria geral da família em um centro de realização da dignidade da pessoa humana. E como convivência mútua baseados nos princípios fundamentais a família ganha um patamar mais importante. Neste contexto, destaca Maria Berenice Dias (2013, p. 03):

[...] a dinâmica das transformações impressas aos grupos familiares, especialmente na modernidade e na pós-modernidade, deve ser revisitada sob a ótica da transformação dos papéis da mulher, sem que se incorra em distorção: a mulher sempre simbolizou no imaginário universal a afetividade, a capacidade de procriar, de cuidar, enfim, conceber e zelar pela sua prole, fenômenos que no gênero humano estão impregnados de um sentimento capaz de, por si só, diferenciar a espécie. Aliás, os movimentos de mulheres, atualizados, postulam que nenhuma questão humana deve ser alheia ao feminismo.

Destarte, diante destas considerações, a família, em conceito moderno se forma independentemente do sexo ou matrimônio, importando sim, a união desses indivíduos por afinidade ou aquiescência natural. Por isso, a família advinda da Constituição Federal (BRASIL, 1988) tem por fundamento fazer valer a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. (DIAS, 2013).

Assim, o objetivo da constituição de família passa a ser traduzida em um sistema de proteção de seus membros, pautando-se, principalmente, nos preceitos de sobrevivência, relacionados aos princípios inerentes da pessoa humana, como dignidade, respeito e igualdade. (DIAS, 2013).

Contudo, mesmo existindo esta proteção ampla, no Brasil ainda não possui uma legislação específica sobre transexuais ou transgêneros. Entretanto, algumas decisões reconhecem os direitos de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros, que formam o grupo LGBT. Uma dessas decisões, segundo o site Jurídico Certo (2017) estabelece que: “[...] nas instituições de ensino, deve-se usar o nome social, substituindo o nome de registro, ocorrendo o mesmo em boletins de ocorrência registrados por

autoridades policiais”.

No caso das escolas, conforme informa o site Jurídico Certo (2017):

[...] os transgêneros devem ter garantido o direito de usar banheiros, vestiários e espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada aluno. Se houver distinção de uniformes, o transgênero poderá usar aquele mais adequado à sua identidade de gênero. A decisão sobre escolas também determina que a garantia de reconhecimento de identidade de gênero deve ser atribuída a estudantes adolescentes, mesmo sem autorização dos pais ou responsáveis. Também é reconhecido pelas redes de ensino o nome social no tratamento oral, sendo usado o nome civil apenas na emissão de documentos oficiais.

Esta decisão das escolas faz parte do texto da Resolução nº. 12 (BRASIL, 2015) do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais da Secretaria dos Direitos Humanos.

Do mesmo conselho, a Resolução nº. 11 (BRASIL, 2014) determina os parâmetros para a inclusão dos itens “orientação sexual”, “identidade de gênero” e “nome social” nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais. Estes itens tomaram como parâmetro, entre outros, o artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal artigo estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Por estas e outros dispositivos, pode-se observar que deve ser aplicado a série de direitos e garantias sem qualquer violação a integridade física e moral, considerando também a livre escolha da pessoa em razão de sua ideologia e consoante a sua liberdade sexual. Nesta seara, adentra-se para o problema da aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) em favor a mulheres transexuais ou transgêneros.

#### **2.4 A Lei Maria da Penha e sua aplicação as mulheres transexuais ou transgêneros**

Como já abordado, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) protege o gênero feminino, não apenas o sexo biológico, aquele com que a pessoa nasce. Sendo assim, a finalidade social da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006) é proteger as mulheres devido às suas peculiares vulnerabilidades, não se podendo negar essa garantia a quem se identifica com o gênero feminino, ainda que tenha nascido homem.

Embora ainda não seja o entendimento pacificado entre os Tribunais, muitos juízes e desembargadores vêm reconhecendo a aplicação. A título de exemplo, conforme narra

Sérgio Rodas (2017):

[...] em caso recente, uma mulher trans que sofreu lesões corporais de seu companheiro ao requerer medidas protetivas, não concedeu a ordem, pois entendeu não ser caso de violência doméstica contra a mulher. Após recurso, em instância superior, a defensora Leticia Oliveira Furtado, argumentou o pedido de reconsideração da primeira negativa de concessão de medidas protetivas com as seguintes palavras: "A Lei Maria da Penha prevê proteção ampla e irrestrita às mulheres da prática de violência de gênero, sem fazer qualquer tipo de discriminação entre elas, seja com relação à raça, idade, orientação sexual, classe social ou identidade de gênero. Portanto, mulheres transexuais e travestis também estão cobertas pelos seus dispositivos". Ao rever a sentença do juizado, o desembargador João Ziraldo Maia afirmou que o Poder Judiciário não pode discriminar quem nasceu com sexo biológico masculino, mas não se identifica com esse gênero. Segundo Maia, a Lei Maria da Penha protege mulheres, independentemente do sexo biológico delas. O importante, a seu ver, é que elas estejam sujeitas às vulnerabilidades sociais do gênero. Para o magistrado, a vedação ao retrocesso permite uma interpretação extensiva da lei para também alcançar as mulheres trans. Mas, mesmo sem isso, ainda seria possível aplicar as medidas cautelares do Código de Processo Penal, ressaltou.

Nesse enfoque, tendo em vista não existir legislação específica para as pessoas transgêneros ou transexuais, se faz justo a aplicação da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006), pois, a não aplicação os deixam desamparados.

Como se sabe, esta população transgênero, diante de suas escolhas já sofrem diversos preconceitos, não havendo sequer projeto de lei para erradicar violências praticadas contra eles. Incontestável que a aplicação não será em qualquer situação, mas apenas para aquelas que preenchem os requisitos do artigo 5º da Lei nº. 11.340/06 (BRASIL, 2006), estando o transgênero ou mulher transexual em situação de vulnerabilidade e ambiente doméstico.

Aliás, o principal ordenamento jurídico brasileiro traz várias passagens afirmativas da dignidade quando estabelece a mesma como fundamento do Estado democrático no seu artigo 1º, inciso III; quando em seu texto assegura a dignidade em toda ação econômica (art. 170); quando determinou que o planejamento familiar é livre fundado no princípio da dignidade (art. 226, § 7º); quando determinou que cabe a família, a sociedade e ao Estado assegurar a dignidade a criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227), como também o dever de amparar os idosos e manter o seu bem-estar (art. 230).



Diante da determinação constitucional, é gritante o fato do transexual dever ser protegido pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 1988), considerando que a garantia a dignidade deve estar acima de qualquer outra pretensão ou que se presume violação de direitos.

Tal fato faz demonstrar a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2022) sobre o assunto, conforme informativo transcrito a seguir:

Lei Maria da Penha é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma

Por unanimidade, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais. Considerando que, para efeito de incidência da lei, mulher trans é mulher também, o colegiado deu provimento a recurso do Ministério Público de São Paulo e determinou a aplicação das medidas protetivas requeridas por uma transexual, nos termos do artigo 22 da Lei 11.340/2006, após ela sofrer agressões do seu pai na residência da família.

"Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas, e o direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias", afirmou o relator, ministro Rogerio Schietti Cruz.

O juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) negaram as medidas protetivas, entendendo que a proteção da Maria da Penha seria limitada à condição de mulher biológica. Ao STJ, o Ministério Público argumentou que não se trata de fazer analogia, mas de aplicar simplesmente o texto da lei, cujo artigo 5º, ao definir seu âmbito de incidência, refere-se à violência "baseada no gênero", e não no sexo biológico.

Portanto, com base no recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é possível perceber que a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) se aplica a pessoas transexuais ou transgêneros, de modo que, a preservação da dignidade deve estar acima de qualquer interpretação que fere ou viole direitos. Se a pessoa se identifica como mulher, então deve ser aplicada a ela todas as normas de proteção, sob pena de afrontar os princípios de proteção e, o principal, a dignidade e igualdade.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) aborda a sociedade conjugal estabelecendo que a mesma deve ser exercida em forma de igualdade de condições. Ainda que a sociedade se mostre evoluída, ao menos teoricamente, existem as questões de gênero que inferiorizam as mulheres.

Se a mulher é vista como um gênero fraco por questões machistas, imagina-se a mulher transexual ou transgênero; neste aspecto, é notória a violência desta população e que é tida como um grupo de minoria. Mas, esta minoria não é por razão apenas de quantidade, mas também, de direitos.

A violência que envolve preferência sexual causa inúmeros danos a estas pessoas, e que se não cessada causará muitas mortes. Pessoas transexuais e transgêneros devem ser protegidos pelo Estado de forma igualitária, e esta igualdade somente acontece quando a legislação é aplicada.

Se para a mulher a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) tem como objetivo a sua proteção voltada para as medidas protetivas, deve ser aplicada igualmente a pessoas transexuais e transgêneros, sob pena de violação a sua dignidade da pessoa humana.

Qualquer pessoa tem a sua liberdade sexual e que deve ser respeitada; se determinada pessoa escolhe sua identidade baseada no sexo oposto que nasceu, então, deve ser protegida pelo Estado, devendo ser criadas as mesmas medidas de proteção.

É acertada a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, somente assim, com a ampla proteção é que esta população poderá estar mais segura. Não existe ciência exata para o ser humano, mas sim, a luta pelos seus direitos e garantias fundamentais.

A aplicação da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) se impõe, devendo a luta ser contra o preconceito, discriminação e violência. Para tanto, outro tipo de preconceito e violência existe que é a do legislativo, pois, não criar leis específicas também ofendem esta população. Mas, o judiciário deve dar uma resposta, motivo que Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com grande ênfase, protegeu os transexuais aplicando a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), no que deve ser acolhida para todos os demais Tribunais.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Dever de coabitação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988.

BIANCHINI, Alice. **Os três contextos da violência de gênero**: doméstico, familiar ou

relação íntima de afeto. Jus Brasil, 2013. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121814348/os-tres-contextos-da-violencia-de-genero-domestico-familiar-ou-relacao-intima-de-afeto?ref=serp>>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº. 5**, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Palácio do Planalto, 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Palácio do Planalto, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.688**, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Palácio do Planalto, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Palácio do Planalto, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Resolução nº. 11**, de 18 de Dezembro de 2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Estabelece os parâmetros para a inclusão dos itens "orientação sexual", "identidade de gênero" e "nome social" nos boletins de ocorrência emitidos pelas autoridades policiais no Brasil. Secretaria de Direitos Humanos, 2014. Disponível em:

<<http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/normativos-2/resolucao-no-11-cncc-lgbt-18-de-dezembro-de-2014.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Lei Maria da Pena é aplicável à violência contra mulher trans, decide Sexta Turma.** STJ, 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Pena-e-aplicavel-a-violencia-contramulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx>>. Acesso em: 06 out. 2022.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Elves. **Lei Maria da Pena: a terceira melhor lei do mundo.** Jus, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36178/lei-maria-da-pena-a-terceira-melhor-lei-do-mundo>>. Acesso em: 06 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Um breve histórico da violência contra a mulher.** Uma Mulher, 2010. Disponível em: <<https://araretamaumamulher.blogs.sapo.pt/16871.html>>. Acesso em: 06 out. 2022.

DIAS. **A evolução da família e seus direitos.** Maria Berenice, 2012. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7\\_-\\_a\\_evolu%27%20da\\_fam%20e\\_seus\\_direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-_a_evolu%27%20da_fam%20e_seus_direitos.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2022.

FIGUEIREDO, Ticiane Vitoria. **A Isonomia e a Lei Maria da Pena.** Critica Consciente, 2011. Disponível em: <<https://criticaconsciente.wordpress.com/2011/04/19/a-isonomia-e-a-lei-maria-da-pena/>>. Acesso em: 06 out. 2022.

GARCIA, Lucilene. **Direito das mulheres e seu reconhecimento como Direitos Humanos.** E-Gov, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-das-mulheres-e-seu-reconhecimentos-como-direitos-humanos>>. Acesso em: 06 out. 2022.

GOMES, Laura Nayara Gonçalves Costa. **A aplicação da Lei Maria da Pena ao gênero feminino.** Lex Magister, 2011. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_23343224\\_A\\_APLICACAO\\_DA\\_LEI\\_MARIA\\_DA\\_PENHA\\_A\\_O\\_GENERO](http://www.lex.com.br/doutrina_23343224_A_APLICACAO_DA_LEI_MARIA_DA_PENHA_A_O_GENERO)>. Acesso em: 06 out. 2022.

GRUPO DIGNIDADE. **Orientação sexual.** Grupo Dignidade, 2017. Disponível em: <<http://grupodignidade.org.br/consultapublica/3-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 06 out. 2022.

GUIMARÃES, Francisco Gildevan Freire. **Mutação constitucional:** a mutação da família na sociedade. Jus, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58952/mutacao-constitucional-a-mutacao-da-familia-na-sociedade>>. Acesso em: 06 out. 2022.

JURÍDICO CERTO. **Entenda os direitos dos transgêneros no Brasil.** Jurídico Certo, 2017. Disponível em: <<https://blog.juridicocerto.com/2017/03/entenda-os-direitos-de-transgeneros-no-brasil.html>>. Acesso em: 06 out. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** São Paulo: Juspodivm, 2016.

MEMÓRIA DA DITADURA. **LGBT.** Memórias da Ditadura, 2016. Disponível em: <<http://memoriasdeditadura.org.br/lgbt/index.html>>. Acesso em: 06 out. 2022.

NOHARA, Irene. **Qual a diferença entre gênero e sexo?** Direito Administrativo, 2015. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/qual-a-diferenca-entre-genero-e-sexo/>>. Acesso em: 06 out. 2022.

RODAS, Sérgio. **Lei Maria da Penha protege mulher trans vítima de homem trans, diz desembargador.** Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-05/lei-maria-penha-protege-mulher-trans-vitima-homem-trans>>. Acesso em: 06 out. 2022.

SILVA, Nívia Mônica da. **Em busca de respeito e dignidade:** um guia de prevenção e assistência a vítimas de violência. MP/MG, 2017. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:T5NkRLtln7UJ:https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A91CFA942E2C05F0142E850ED62306A+%&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 06 out. 2022.

SOARES, Nana. **Em números:** a violência contra a mulher brasileira. Estadão, 2017. Disponível em: <<http://emails.estadao.com.br/blogs/nana-soares/em-numeros-a-violencia-contra-a-mulher-brasileira/>>. Acesso em: 06 out. 2022.

## A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA O USO DEVIDO DAS PRAIAS DE ÁGUA DOCE

**WANDECOOL DE SOUSA SILVA:**  
Graduando em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

WESLEY LIMA FREIRE<sup>36</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo compreender se a educação ambiental se apresenta como instrumento para obtenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo como foco a preservação das praias de água doce. Sabe-se que o ser humano é o maior destruidor da fauna e flora, isto é, da natureza que o cerca. Neste cenário de destruição e descaso com o meio ambiente, não pode-se deixar de citar a poluição de riachos, lagos e rios, especialmente as praias de água doce. Desta forma, é fundamental que haja maior fiscalização e punição conforme preconiza a legislação. De fato, a área urbanizada dificilmente voltará a ser uma área verde, com a presença de animais silvestres e vasta vegetação. A partir disso, a manutenção dos riachos e o rio de água doce tão comum no Brasil passa a ser uma prioridade, assim como também, permitir que outros recursos naturais ainda existentes fiquem protegidos da devastação humana. Em relação à metodologia, destaca-se a pesquisa bibliográfica por meio de livros e artigos de autores renomados e especialistas na temática abordada.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Preservação. Praias. Água doce.

**ABSTRACT:** This work aims to understand if environmental education is presented as an instrument to obtain an ecologically balanced environment, focusing on the preservation of freshwater beaches. It is known that the human being is the biggest destroyer of the fauna and flora, that is, of the nature that surrounds him. In this scenario of destruction and neglect of the environment, one cannot fail to mention the pollution of streams, lakes and rivers, especially freshwater beaches. In this way, it is essential that there is greater inspection and punishment as recommended by the legislation. In fact, the urbanized area will hardly be a green area again, with the presence of wild animals and vast vegetation.

---

<sup>36</sup> Orientador. Professor do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA). Mestrando em Desenvolvimento Regional (UNIJUÍ) e Especialista em Direito Civil e Empresarial. E-mail: weslley.freire@unisulma.edu.br.



From this, the maintenance of streams and the freshwater river so common in Brazil becomes a priority, as well as allowing other natural resources that still exist to be protected from human devastation. Regarding the methodology, we highlight the bibliographic research through books and articles by renowned authors and specialists in the subject addressed.

**Keywords:** Environment. Preservation. Beaches. Fresh water.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a sociedade atual vem passando por transformações científicas, tecnológicas, educacional e, também, ambiental. Observa-se a degradação excessiva da fauna, flora e, conseqüentemente, a poluição, não só na área rural, como também, na área urbana, gerando problemas de saneamento básico.

Esta situação inquietadora chama a atenção para questões importantes a respeito do meio ambiente, a fim de encontrar um caminho de proteger, recuperar, preservar, defender e garantir a melhoria socioambiental, permitindo, assim, elevar a qualidade de vida de todos.

É importante destacar que a Educação Ambiental é fundamental para proteger o meio ambiente para a atual e futuras gerações. Um dos fatores que gera a degradação do ambiente é a ausência da aplicação de normas, falta de consciência da sociedade brasileira, falta de informação ou interesse de reverter a situação atual do ambiente em que se vive.

Em um país como o Brasil, de grandes dimensões territoriais e grande área verde e água doce, é comum encontrar situações de descaso total da população, causando queimadas, poluindo rios e matando a fauna e flora. A fim de inibir esse cenário, deve haver mais fiscalização por parte das autoridades governamentais e, principalmente, da própria população.

É a partir desse contexto que o presente trabalho traz a seguinte problemática: a educação ambiental se apresenta como instrumento para obtenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo como foco a preservação das águas doces? Diante desse questionamento, ressalta-se a importância de uma legislação ambiental específica para combater os crimes ambientais e danos ao meio ambiente, a mesma deve ser eficiente e atuar todos aqueles que cometem tal infração, porém, sabe-se que muitos cometem penalidades e não sofrem as conseqüências devidas.

Com isso, tem-se como objetivo geral: compreender se a educação ambiental se apresenta como instrumento para obtenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A partir disso, destaca-se alguns objetivos específicos: identificar os princípios que norteiam o Direito Ambiental; caracterizar o meio ambiente ecologicamente equilibrado; analisar a educação ambiental como instrumento para o uso devido das praias de água doce.

O artigo está dividido em quatro capítulos. Inicia-se com essa introdução. O primeiro capítulo apresenta o conceito de meio ambiente. O segundo capítulo identifica os princípios do meio ambiente. O terceiro capítulo refere-se à importância da educação ambiental para o uso devido das praias de água doce. O quinto capítulo corresponde à metodologia. Por fim, as considerações finais.

## **2 CONCEITO DE MEIO AMBIENTE**

Ao tratar do tema meio ambiente, primeiramente é preciso entender o que significa essas palavras, que influenciam para a qualidade de vida do homem. A palavra “meio” tem o sentido de lugar, ambiente, assim, também como a palavra “ambiente” que tem o sentido de meio em que vive, demonstrando que são termos com os mesmos significados, razão disso, os doutrinadores criticam a palavra “meio ambiente” arguindo que se trata de inutilidade proposital (SILVA, 2011).

Nas ciências, encontram-se significados bem amplos de ambiente, como na ecologia que estuda os processos e as interações de todos os seres vivos; na biológica que analisa tudo que afeta diretamente no metabolismo ou o comportamento de um ser vivo ou de uma espécie; nas ciências sociais que verifica a cultura em que um indivíduo vive interagindo com um conjunto de pessoas e instituições, seja individualmente ou em grupo (ANTUNES, 2011).

É importante observar que a palavra ambiente está conectada a uma integração de valores, assim, pode-se conceituar meio ambiente como um conjunto de seres vivos que se envolvem e se manifestam entre si, interagindo ou interferindo no seu processo de criação, sendo influenciados pelas circunstâncias que nos circundam.

O meio ambiente não é simplesmente natureza, como bem esclarece Antunes (2011, p. 7), “meio ambiente é natureza mais atividade antrópica, mais modificação produzida pelo Ser Humano sobre o meio físico de onde retira o seu sustento”. Considerando tal entendimento, verifica-se que o meio ambiente não é somente natureza, mais sim um

espaço construído pelo homem onde este luta pela manutenção da vida e sua reprodução, modificando o meio e sua cultura.

Na mesma linha de raciocínio, Silva (2011, p.26) entende que o conceito de meio ambiente há de ser, pois, "globalizante, abrangente de toda a natureza original e a artificial, bem como os bens culturais correlatos, correspondendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico".

A existência de normas em defesa do meio ambiente urbano, expande na área do trabalho dos mercados abertos e feiras livres, a qual reflete a exigência do cumprimento de normas conforme a ordem da Constituição em favor da população local.

Juridicamente, o conceito de Meio Ambiente foi estabelecido na Lei n.º 6.938, em seu art. 3º, inciso I, "*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*". Nas magistrais palavras de Antunes (2011, p. 67) é importante salientar suas críticas:

O conceito estabelecido na PNMA merece crítica, pois, como se pode perceber, o seu conteúdo não está voltado para um aspecto fundamental do problema ambiental, que é, exatamente, o aspecto humano. A definição legal considera o meio ambiente do ponto vista puramente biológico e não do ponto vista social que, no caso, é fundamental. Entretanto, não deve passar sem registro o fato de que no contexto da elaboração da Lei n.º 6.938/814 a proteção do meio ambiente era considerada como uma forma de proteção da saúde humana, e não como um bem merecedor de tutela autônoma."

Sabendo-se que o meio ambiente é tudo o que tem a ver com a vida dos seres *vivos, os elementos físicos, vivos, culturais tem alcançado grande relevância para o nosso ordenamento jurídico. Por ser, o meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida, este atende ao princípio da dignidade da pessoa humana e, tal princípio é valorizado nacionalmente e internacionalmente, como verificado no artigo 1º, III, da Constituição Federal do Brasil.*

*Não bastando à legislação infraconstitucional o meio ambiente foi tutelado pela legislação constituinte destinando-se um capítulo inteiro sobre este tema, conforme se observa do art. 225 da Constituição Federal de 1998:*

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

*Assim sendo, o bem jurídico acima protegido é abrangido a todos sem distinção de raça, cor ou etnias, por ser um bem difuso não haverá apropriação e por ser finalístico irá atender as presentes e futuras gerações.*

## **2.1 Classificação do meio ambiente**

*A Constituição Federal, se preocupou em proteger a vida do Homem em todos seus aspectos, seja ele natural, artificial, cultural ou laboral, e até mesmo genético. Este último está tutelado pelo art. 225, V da CF/88, estabelecendo o dever do Poder Público de "Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" (BRASIL, 1988)*

*São poucos os doutrinadores que afirmam que o meio ambiente em categorias, sendo que para esses, o meio ambiente se divide em cinco categorias. Todavia, deve ser observada a corrente majoritária, que divide o meio ambiente em quatro categorias, a saber: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho.*

### **2.1.1 Meio Ambiente Natural**

*O meio ambiente natural é aquele ligado as forma de vida e aos elementos naturais, vez que são criados originalmente pela natureza sem a interferência humana, como por exemplo: quando em uma horta o produtor faz um canteiro para o cultivo de uma hortaliça. Neste exemplo, não houve modificação da substância da semente, razão pela qual, a ação do homem foi insignificativa no que tange a modificação e interferência no meio natural.*

*Para Sirvinkas (2011, p. 91) " meio ambiente natural – integra a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna, a flora, o patrimônio genético e a zona costeira".*

*A Carta Magna assegura, em seu art. 225, §1º, I, III e VII, o direito a este meio, determinando a preservação e restauração do processo ecológico promovendo o seu manejo e vedando qualquer prática que coloque em risco sua função ecológica.*

*Após a conceituação do meio ambiente natural, percebe-se que esta espécie não é vislumbrada na maioria das cidades brasileiras, já que o que se percebe no local é a extrema interferência humana no seu meio natural. A interferência que ocorre é tanto pelas edificações implantadas, bem como pela degradação ambiental pela alocação de resíduos sólidos, esgotamento à céu aberto, poluição sonora, entre outras modificações provenientes da ação humana, mais precisamente, pelos feirantes e consumidores locais.*

### *2.1.2 Meio Ambiente Artificial*

O meio ambiente artificial é aquele onde ocorre mudança do meio natural pela mão humana. A interferência do homem na natureza se dar em virtude de sua sobrevivência, no que tange a alimentação, a moradia, os vestuários e tudo que é vital para uma vida digna e saudável aos olhos do homem contemporâneo.

É considerado o meio ambiente artificial os imóveis urbanos e rurais (casa, condomínio, prédio etc.), espaços públicos, modificação genética, criação de objeto, ou seja, tudo aquilo que é possível existir pela interferência do Homem (FIORILLO, 2010). Em estudos doutrinários, o meio ambiente é caracterizado nas cidades e nos territórios urbanos, tendo em vista que nestes locais se concentram o maior número de espaços habitáveis. Isso não significa dizer que a área rural é excluída desse conceito, apenas emprega-se tal terminologia.

Deste modo, cidade é considerada meio artificial e para atender o dispositivo do art. 225 da CF/88 “à sadia qualidade de vida”, faz-se necessário um ambiente adequado que proporcione lazer, segurança, educação e tudo que é essência para uma vida saudável e ecologicamente equilibrada para a sociedade.

A Constituição Federal dispõe sobre o meio ambiente artificial não só no *caput* do art. 225, mas também no seu art. 5º, onde prevê o direito à propriedade e no seu art. 182, que trata da política urbana nacional que é orientado pelos princípios e diretrizes de proteção ao meio ambiente, proporcionando um desenvolvimento urbano saudável à vida, pois estabelece desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem estar de seus habitantes.

Observa-se que a proteção ao meio ambiente artificial está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, posto que tem o objetivo de proporcionar um desenvolvimento urbano conciliado com uma vida saudável.

### 2.1.3 Meio Ambiente Cultural

O meio ambiente cultural está relacionado ao patrimônio, algo que foi adquirido e preservado durante o desenvolvimento da raça humana, conhecimentos históricos e científicos, descobertas e comportamentos deixados por civilizações antigas e contemporâneas.

Sobre o meio cultural, ressalta Fiorillo (2010, p. 73) “é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial”.

A Carta Magna salvaguarda o meio ambiente cultural, especificamente, em seus artigos 215 e 216, na qual dá garantia ao exercício e o acesso das culturais, protegendo as manifestações culturais, incentivando e valorizando as festas culturais. Assim, afirma o artigo 216 da Constituição Federal do Brasil:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Aponta-se que o meio ambiente cultura pode ser concreto (transfiguração de algo para o meio artificial) e abstrato (não transfiguração para o meio artificial), caracterizando-se pelas manifestações culturais, o valor histórico, o valor paisagístico, o valor arqueológico dentre outros) (SILVA, 2011).

O meio ambiente cultural é amplo e muito importante, pois identifica um povo, uma região, um país etc., por ser representados pelos elementos históricos de uma cidade, crenças, folclóricos e monumentos.

Sendo, assim, verifica-se que o meio ambiente cultural é de certa forma alocado em feiras livres, vez que elas se tornaram um ambiente cultural na cidade, onde são adquiridos



produtos do gênero alimentícios, bem como outros materiais para o uso da população local e dos turistas que visitam a cidade. Todavia, esse meio ambiente cultural deixa a desejar, pois lá não é promovido um bem estar da população, mas um verdadeiro risco a saúde pública, pelos casos de infringência das normas sanitárias, que garantem o necessário para uma qualidade de vida da população.

#### *2.1.4 Meio ambiente do Trabalho*

O meio ambiente do trabalho está intimamente ligado a atividades laborais e a vida do trabalhador, que precisa ser protegida para evitar danos irreparáveis. Nesta esteira, é necessário medidas de precaução e prevenção de doenças e acidentes laborais.

O local de trabalho deve apresentar condições adequadas para as práticas da atividade específica de cada serviço, verificando a salubridade, a existência de risco físico e a saúde mental.

O meio ambiente do trabalho recebe respaldo na legislação constituinte quando tutela que “todos” têm direito à sadia qualidade de vida, sendo assegurado ao trabalhador a manutenção de sua saúde e segurança no seu local de trabalho. É importante salientar que Direito do Trabalho é distinto de Meio Ambiente do Trabalho, sendo que este busca salvaguardar a vida e aquele busca dirimir os conflitos com emprego e empregador.

### **3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO AMBIENTAL**

A partir da recepção das leis de proteção ao meio ambiente no bojo da Constituição Federal de 1988, estas passam a pertencer à categoria de Direitos humanos difuso e coletivo elevando-se ao patamar não só de direito de um titular, tampouco da sociedade, assim como de todos os seres humanos, que tem reconhecido seu direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, a análise dos princípios fundamentais de qualquer sistema jurídico, faz-se necessário em qualquer ramo do direito, tratando-se de meio ambiente torna-se indiscutível a obtenção de uma visão global do sistema onde estão inseridos os seres, para uma discussão relevante de como aplicar as normas concretas que beneficiarão a todos.

De fato, os princípios prestam importante auxílio no conhecimento do sistema jurídico, no sentido de uma melhor identificação da coerência e unidade que fazem de um corpo normativo qualquer um verdadeiro sistema lógico e racional. É notório que quando

se trata do entendimento do sistema jurídico este está sempre e permanentemente vinculado à realidade social.

Assim, é importante destacar que os princípios cumprem igualmente essa outra função: definir e determinar valores sociais, que passam, então, a ser vinculantes para toda atividade de interpretação e aplicação do direito.

### **3.1 Princípio do Acesso Equitativo aos Recursos Naturais**

Baseado neste princípio, o meio ambiente é pensado como um bem de uso comum do povo. O ar, a água e o solo devem satisfazer às necessidades básicas comuns a todos os habitantes da terra.

Nessa tarefa, o direito ambiental deve estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais, estabelecendo ao mesmo tempo a utilização razoável ou necessária desse uso, ainda que os bens não sejam atualmente escassos (SIRVINSKAS, 2011).

A equidade dará oportunidades iguais diante de casos iguais ou semelhantes. É na retidão que se encontra uma dimensão temporal capaz de assegurar às gerações futuras o uso dos recursos ambientais.

### **3.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público na Proteção do Meio Ambiente em Relação aos Interesses Privados**

Esse princípio é, na realidade, um princípio geral do direito Público moderno, por meio do qual se proclama a superioridade dos interesses da coletividade, que devem prevalecer sobre os interesses dos particulares, de índole privada. Trata-se, na realidade, de verdadeiro pressuposto de estabilidade da ordem social (SIRVINSKAS, 2011).

O interesse na proteção essencial do meio ambiente, funde-se dessa forma, tanto na individualidade quanto no coletivo sendo de natureza física, jurídica ou pública, deve prevalecer sempre sobre os interesses individuais privados, ainda que legítimos.

### **3.3 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público na Proteção do Meio Ambiente**

A Constituição de 1988, no art. 225, *caput*, atribuiu ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a qualificação jurídica de bem de uso comum do povo. Isso significa que o meio ambiente é um bem que pertence à coletividade e não integra o

patrimônio disponível seja ele particular ou do Estado, sendo, para ambos, sempre indisponível.

Essa ideia de indisponibilidade do meio ambiente vem reforçada pela necessidade de preservação assegurando formas de existência das gerações futuras. Existem, imposições inseridas pela própria Carta Magna, um dever de as gerações atuais transferirem esse "patrimônio" ambiental às gerações futuras. Daí a razão de não poderem dispor dele (SILVA, 2011).

É importante observar, ainda, que, por pertencer a todos indistintamente e ser indisponível, o meio ambiente é igualmente insuscetível de apropriação, seja pelo Estado, seja pelos particulares. Aqui aparece a relevância de uma distinção, nem sempre efetuada pela doutrina, entre, de um lado, o meio ambiente globalmente considerado, como bem incorpóreo, imaterial, e, de outro lado, os elementos corpóreos que o compõem.

O meio ambiente em termos amplos, ao contrário do que se possa pensar frequentemente, não é apenas aquele conjunto de bens formado pela água, pelo ar, pelo solo, pela fauna, pela flora. Diversamente, o meio ambiente, inclusive para a nossa legislação (art. 3º, inc. I, da Lei 6.938/81), é, na verdade, um conjunto de condições, leis, influências e interações, de ordem física, química e biológica, que permite, abrigam e regem a vida em todas as suas formas. É, portanto, um bem essencialmente incorpóreo e imaterial. E é esse bem imaterial que se considera insuscetível de apropriação.

### **3.4 Princípio da Intervenção Estatal Obrigatória na Defesa do Meio Ambiente**

Sendo uma garantia constitucional de preservação da espécie humana, assim como dos componentes essenciais a vida, esse princípio está inscrito no item 17 da Declaração de Estocolmo de 1972 e no art. 227, *caput*, da Constituição Federal e decorre da natureza indisponível do meio ambiente, acima referida.

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar a 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 (BRASIL, 1988).

Tais dispositivos normativos da Declaração de Estocolmo e da Constituição de 1988 consignaram expressamente o dever de o Poder Público atuar na defesa do meio ambiente, tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito legislativo e até no âmbito jurisdicional, cabendo ao Estado adotar as políticas públicas e os programas de ação necessários para cumprir esse dever imposto.

Ressalte-se que se a defesa do meio ambiente é um dever do Estado, a atividade dos órgãos e agentes estatais na promoção da preservação da qualidade ambiental passa a ser, conseqüentemente, de natureza compulsória, obrigatória. Com isso, torna-se viável exigir do Poder Público o exercício efetivo das competências ambientais que lhe foram outorgadas, evidentemente com as regras e contornos previstos na Constituição e nas leis.

### **3.5 Princípio da Participação Popular na Proteção do Meio Ambiente**

A participação popular na proteção do meio ambiente está prevista expressamente no Princípio nº 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, determinada na Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente.

No Brasil, ela tem como fundamento genérico o art. 1º, parágrafo único da CF/88 que instituiu no país um regime de democracia semidireta - e, como fundamento específico em matéria de meio ambiente, o art. 225, *caput*, da CF. Trata-se, portanto, de decorrência necessária do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do regime jurídico do ambiente como bem de uso comum do povo.

São, basicamente, essas as regras que autorizam a atuação da coletividade na proteção do meio ambiente. Mas a Constituição foi ainda mais longe: ao lado da faculdade atribuída à coletividade de defender e preservar o meio ambiente, a Carta Magna impôs expressamente à sociedade o dever de atuar nesse sentido (art. 225, *caput*).

Fundamentalmente, há três mecanismos de participação direta da população da proteção da qualidade ambiental, reconhecidos pelo Direito brasileiro. Em primeiro lugar, pela participação nos processos de criação do Direito Ambiental, com a iniciativa popular nos procedimentos legislativos, a realização de referendos sobre leis e atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados dotados de poderes normativos, como o CONAMA (SIRVINSKAS, 2011).

Em segundo lugar, a sociedade pode atuar diretamente na defesa do meio ambiente participando na formulação e na execução de políticas ambientais, por intermédio da atuação de representantes da sociedade civil em órgãos colegiados responsáveis pela

formulação de diretrizes e pelo acompanhamento da execução de políticas públicas; por ocasião da discussão de estudos de impacto ambiental em audiências públicas

E, finalmente, o terceiro mecanismo de participação popular direta na proteção do meio ambiente é por intermédio do Poder Judiciário, com a utilização de instrumentos processuais que permitem a obtenção da prestação jurisdicional na área ambiental (entre todos, o mais famoso deles, a ação civil pública ambiental da Lei 7.347/85).

Com relação à educação, parece-nos desnecessário qualquer comentário específico, a não ser a respeito da sua importância como método de conscientização e estímulo à participação (art. 225, § 1º, inc. VI, da CF, art. 2º, inc. X, da Lei 6.938/81).

### **3.6 Princípio da Avaliação Prévia dos Impactos Ambientais das Atividades de Qualquer Natureza**

A avaliação prévia de impactos ambientais é certamente um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico em matéria de proteção do meio ambiente, prevista, de forma expressa, no art. 225, § 1º, inc. IV, da CF, no art. 9º, inc. III, da Lei 6.938/81 e no princípio 17 da Declaração do Rio de 1992.

Embora esteja intimamente ligada à ideia de prevenção de danos ambientais, a avaliação de impactos no meio ambiente tem conotação um pouco mais ampla, pressuposto que exige sua menção em destaque. Na verdade, ela é um mecanismo de planejamento, na medida em que insere a obrigação de levar em consideração o meio ambiente, antes da realização de atividades e antes da tomada de decisões que possam ter algum tipo de influência na qualidade ambiental (SILVA, 2011).

Normalmente, a avaliação prévia de impactos ambientais é efetuada por meio de Estudo de Impacto Ambiental – EIA, que é instrumento essencial e obrigatório, para toda e qualquer atividade suscetível de causar significativa degradação do meio ambiente (art. 225, § 1º, inc. III, da CF).

### **3.7 Princípio da Prevenção de Danos e Degradações Ambientais**

A importância deste Princípio decorre da constatação de que as agressões ao meio ambiente são, em regra, de difícil ou impossível reparação. Sendo que: uma vez consumada uma degradação ao meio ambiente, a sua reparação nem sempre é certa e, quando

possível, excessivamente demorada. Daí a necessidade de atuação preventiva para que se consiga evitar os danos ambientais (SIRVINSKAS, 2011).

Além disso, corresponde também àquela exigência referida anteriormente, de que as gerações atuais transmitam o "patrimônio" ambiental às gerações que nos sucederão, objetivo inatingível sem uma maior preocupação com a prevenção.

E a tal ponto, a ideia de prevenção se tornou importante que a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, adotou, em sua Declaração de Princípios, o denominado princípio da precaução.

E a tal ponto a ideia de prevenção se tornou importante que a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, adotou, em sua Declaração de Princípios, o denominado princípio da precaução.

De acordo com esse princípio, sempre que houver perigo de ocorrência de um dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente, sobretudo em função dos custos dessas medidas.

### **3.8 Princípio da Responsabilização das Condutas e Atividades Lesivas ao Meio Ambiente**

Em que pese à importância da prevenção dos danos ao meio ambiente, é preciso reconhecer que, na prática atual, as medidas estritamente preventivas têm se revelado limitadas e, com incrível frequência, incapazes de manter o equilíbrio ecológico.

Percebe-se uma certa tolerância da Administração e, por vezes, da própria legislação diante de determinadas agressões ao meio ambiente e também em função da negligência e imprudência do homem no exercício de suas atividades, contra as quais, como se sabe, nenhum dispositivo ou mecanismo preventivo pode ser inteiramente eficaz.

Assim, para que se tenha um sistema completo de preservação e conservação do meio ambiente é necessário pensar sempre na responsabilização dos causadores de danos ambientais e da maneira mais ampla possível. Essa amplitude da responsabilização do degradador está relacionada, em primeiro lugar, com a autonomia e independência entre os três sistemas de responsabilidade existentes: civil, administrativa e penal (SIRVINSKAS, 2011).



Nesses termos, um poluidor, por um mesmo ato de poluição, pode ser responsabilizado, simultaneamente, nas esferas civil, penal e administrativa, com a viabilidade de incidência cumulativa desses sistemas de responsabilidade em relação a um mesmo fato danoso.

No Direito brasileiro, a independência entre a responsabilidade civil e a administrativa, com a possibilidade de cumulação de ambas, encontra respaldo em expressa disposição de lei (art. 14, § 1º, da Lei Federal 6.938/81) e já foi reconhecida, por exemplo, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Com relação à independência da responsabilidade criminal em face das demais a matéria também é tranquila, sendo da própria tradição do nosso Direito (art. 225, § 3º, da CF, art. 1.525 do CC e art. 64 do CPC).

Em segundo lugar, é interessante notar que, no âmbito civil, a responsabilidade do responsável pela degradação se submeta, entre nós, a duas regras da maior importância, que revelam a amplitude da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente e o rigor (necessário) do legislador nessa matéria (SIRVINSKAS, 2011).

A primeira regra é a de que o degradador assuma a responsabilidade objetiva pelos danos ambientais por este causados, isto é, mesmo que este, independentemente da existência de culpa ou não cause algum dano ambiental será por este responsabilizado e imposto as medidas cabíveis para restauração das atividades por ele exercidas (Art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81) (SILVA, 2011).

A segunda regra é a da reparação integral do prejuízo causado, que tem como objetivo propiciar a recomposição do meio ambiente, na medida do possível, no estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano. É importante frisar, que no nosso sistema jurídico não dá espaço para aplicação de mecanismo de compensação, por vezes utilizado no direito internacional, onde se beneficia o degradador por meio do qual se procura-se limitar em um teto as indenizações, causando assim um tipo de valoração quanto ao dano causado.

No Brasil, adotou-se um sistema de conjugação simultâneo onde ao mesmo tempo tornou-se necessário, cobrar a responsabilidade objetiva e a reparação integral. Tal orientação, aliás, é rigorosamente correta, como decorrência a inafastabilidade do princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio

ambiente, que impede a adoção de qualquer dispositivo tendente à predeterminação de limites à reparação de danos ambientais. Em suma, no direito brasileiro vigora a combinação: responsabilidade sem culpa, indenização ilimitada (SIRVINSKAS, 2011, p.84).

Completa, finalmente, esse quadro de ampliação da responsabilidade do causador a danos e agressões ao meio ambiente, a responsabilização, também no âmbito penal, da pessoa jurídica. A nossa Constituição de 1988, no art. 225, § 3º, deixa em aberto a possibilidade das pessoas jurídicas serem penalmente responsáveis por crimes contra a natureza e o meio ambiente em geral.

#### **4 A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA O USO DEVIDO DAS PRAIAS DE ÁGUA DOCE**

A poluição da água corresponde ao processo de poluir, contaminar ou depositar resíduos na água de rios, lagos, córregos, nascentes e mares e oceanos. Essa é uma questão socioambiental muito séria, pois embora a água seja um recurso natural renovável, ela pode se tornar cada vez mais escassa, pois apenas a água potável é adequada para o consumo. Quando essa poluição atinge as praias, além do lixo deixado na areia, isso pode transmitir doenças e gerar impactos na saúde pública.

A poluição hídrica também carece de leis específicas que a regulamente. Dados genéricos sobre controle da qualidade de água podem ser obtidos na Lei de Recursos Hídricos, de 1997, e na resolução CONAMA número 20, de 1986.

É necessária a “integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental”, mas nenhuma diretriz específica sobre controle e manuseio da água é mencionada. A Lei de Crimes contra o Meio Ambiente, de 1998, prevê de um a quatro anos de prisão ao responsável pela poluição das águas, se for enquadrado no conceito de poluidor anteriormente citado. Essa pena sobe para cinco anos se o infrator se enquadrar em causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade (LANGANKE, 2017).

A principal causa da poluição das águas é o desenvolvimento desenfreado da atividade econômica, principalmente nas cidades, com o aumento do despejo indevido de resíduos da rede de esgoto e esgotamento sanitário. Outra razão apontada é a determinação equivocada dos resíduos por parte da população, que lança objetos em corpos d'água por falta de conscientização ambiental (ANTUNES, 2011).

Deve-se levar em consideração que em uma bacia hidrográfica tudo o que ocorre em sua bacia é despejado no leito do rio correspondente. Assim, o aumento dos níveis de poluição nas áreas urbanas cria maiores níveis de poluição para os leitos dos rios que atravessam essas áreas urbanas. O mesmo acontece no campo quando o uso indiscriminado de agrotóxicos contamina os recursos hídricos, já que todo aquele lote de compostos químicos acaba sendo destinado ao lençol freático ou ao curso d'água mais próximo. Como cita Langanke (2017, p. 3), conforme a Lei número 6.938, de 1981, poluição é:

A degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Com o desenvolvimento das sociedades e a intensificação do processo de industrialização, além da introdução de novas técnicas de plantio no campo, cada vez mais as reservas hídricas estão sendo poluídas, levando a uma maior escassez de terras aproveitáveis, de água potável e outras funções. As consequências da poluição da água são múltiplas. A primeira, como já dissemos, é a perda de recursos hídricos para consumo. Além disso, vale lembrar que esses locais são habitat de diversas espécies, algumas das quais em risco de extinção.

Para combater a poluição das águas, é necessário intensificar as campanhas de conscientização ambiental, promover medidas de controle e fiscalização, além de uma gestão adequada de resíduos e tratamento de água. É necessário, portanto, tomar medidas sustentáveis, principalmente para garantir esses e outros recursos naturais para as gerações futuras.

## **5 METODOLOGIA**

A metodologia do presente estudo teve como base a pesquisa bibliográfica, fundamentando em análise dos conteúdos que descrevem o fenômeno em questão, com utilização de diversos livros, artigos e outros documentos bibliográficos.

Segundo Gil (2010, p. 30) se fez necessária a pesquisa bibliográfica, por permitir uma cobertura ampla do que se pretende pesquisar, a qual permite "ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente".

Todo o trabalho de pesquisa foi pautado numa abordagem qualitativa por haver uma preocupação em analisar e interpretar as tendências atuais acerca da educação ambiental como instrumento de preservação das águas doces, eis que

a metodologia qualitativa preocupa-se em analisar e interpretar os aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano. Fornece análise mais detalhada sobre as investigações, hábitos, atitudes, tendências de comportamento etc. (PRESTES 2003, p. 30).

A principal fonte de pesquisa foi a bibliográfica, por se tratar de um assunto sistematizado desenvolvido com base em material publicado (fonte primária ou secundária) em livros, revistas, jornais e redes eletrônicas. Nesta pesquisa, utilizou-se referências bibliográficas para composição do referencial teórico, bem como o uso de fontes primárias, isto é, material escrito e visual como artigos relacionados ao tema ora abordado, constante da base SciELO público.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Percebe-se que o ideal de proteção é fundamentado pelos princípios que norteiam o Direito Ambiental, tendo como principais eixos de atuação: Fiscalização Ambiental e Prevenção. Logicamente que as atividades podem variar desde ações referentes a educação ambiental nas comunidades locais, até ações coercitivas de fiscalização de ilícitos ambientais, utilizando-se do poder de polícia administrativa de seu órgão gestor, preferencialmente com um cunho educativo.

A prevenção e o combate aos danos florestais devem ser vistos como um dos subprogramas específicos do programa "Proteção Ambiental" no plano de manejo da Unidade de Conservação ou de forma mais ampla no seu "Plano de Gestão". Um bom Plano de Proteção visa atender a fiscalização ambiental e a prevenção da mata, combate a incêndios florestais e manutenção adequada dos rios e lagos.

O Brasil é um dos poucos países do mundo com uma grande área de vegetação e reservas de água doce, no entanto, ao mesmo tempo que possui estoque de recursos naturais é também um dos que mais destrói. Grande parte da população brasileira não faz

sua parte para manutenção dessa área natural. A falta de cuidados com a natureza e despejo irregular de produtos tóxicos, lixo urbano e até mesmo lixo hospitalar, trazem graves danos ao meio ambiente e tais prejuízos demoram décadas para serem recuperados, quando realmente são.

Todo Direito reflete e cristaliza determinados valores sociais, assim como deveres que vão definir a própria organização da vida em sociedade. E, via de regra, a importância do sistema de ordenamento jurídico, é decorrência expressa dos princípios veiculados por intermédio dos textos constitucionais e acrescidos das declarações internacionais de princípios.

Por questões práticas, as leis demais normas legais pertinentes ao tema e utilizadas no texto serão apenas citadas, podendo facilmente ser encontradas em sites especializados e/ou específicos na internet. Não há dúvida que o planeta já está funcionando a todo vapor, sem descanso. Já passou da hora da população mundial recuar no consumo e começar a guardar recursos considerados escassos, daí a importância da água doce como recurso vital para a manutenção da vida humana e sua subsistência.

Diante dos fatos relatados, acredita-se que o objetivo foi alcançado, visto que apresentou-se o conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado, fundamentado a partir de uma série de princípios que visam a sua preservação e proteção. Percebe-se, também que a educação ambiental poderá contribuir para a obtenção de uma consciência sustentável, de modo que a população use de forma devida as praias de água doce. Todavia, o tema não se esgota aqui, pois trata-se de um conteúdo extremamente dinâmico e que vem evoluindo paralelamente ao aumento da pressão sobre o meio ambiente pelo crescimento demográfico, a expansão das fronteiras agrícolas e os avanços tecnológicos.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 13. ed. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

BRASIL. **Constituição de 1988**: Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988 com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n.º 1/92 a 30/2000 e Emendas Constitucionais de Revisão n.º 1 a 6/94. Brasília-DF: Senado Federal, 2001.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 2003.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Previdência Social**. Eloy Chaves. Composto e Impresso na Gráfica do IAPB, divulgação n.15, 1965.

BRASIL. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005**. In: VADE MECUM Acadêmico de Direito. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. In: VADE MECUM Acadêmico de Direito. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Lei n.º 12.305/10, de 02 de agosto de 2010**. Lei que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. In: VADE MECUM Acadêmico de Direito. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. **Lei n.º 9.795 de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre educação ambiental, institua Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. DOU, Brasília, 28 abr. 1999.

CERVO, Amado Luiz. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

**ONU**. Declaração de Estocolmo. Organização das Nações Unidas – ONU. 1972.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LANGANKE, Roberto. **Conservação das águas**. São Paulo: USP, 2017. Disponível em: [http://ecologia.ib.usp.br/lepac/conservacao/ensino/direito\\_poluicao.htm](http://ecologia.ib.usp.br/lepac/conservacao/ensino/direito_poluicao.htm) Acesso em: 20 set. 2022.

SILVA, Danny Monteiro da Silva. **Dano Ambiental e sua Reparação**. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.



## **ABANDONO AFETIVO PATERNO: ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O ABANDONO PATERNO NO BRASIL**

**RAFAELA PEREIRA BARROS:**  
Graduanda do Curso de Direito  
do Instituto de Ensino Superior  
do Sul do Maranhão.

ROSA DE FÁTIMA TAVARES SOUZA.  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo teve por finalidade a análise das consequências do abandono afetivo paterno e esse tema vem provocando um grande debate na doutrina. Na jurisprudência não poderia ser diferente, na medida em que os Tribunais vem sendo provocados com frequência a decidir sobre a possibilidade de indenização proveniente desse tipo de abandono. Duas correntes têm protagonizado esta grande discussão. Uma entende que o afeto é um sentimento espontâneo, não podendo ser imposto por meio de uma decisão judicial, daí a impossibilidade de fixação de indenização. A outra, com base no princípio pilar que é a dignidade da pessoa humana, defende a possibilidade da indenização. Para a elaboração do trabalho, inicialmente, foi desenvolvido um estudo sobre a evolução do conceito de família e do próprio Direito de Família, destacando o afeto como elemento essencial ao seu reconhecimento. Em seguida, foi discutido os tipos de responsabilidade civil, bem como a possível indenização pecuniária. Foi demonstrado o prazo prescricional da ação de indenização por abandono afetivo, prazo esse que prescreve em três anos, o início da contagem desse prazo prescricional deve ocorrer na data em que o autor atingir a maioridade e a possibilidade da retirada do sobrenome do genitor que o abandonou. Conclui-se então que o abandono afetivo tem várias consequências, sendo a mais prejudicial a psicológica.

**Palavras-Chaves:** Abandono afetivo Paterno; Consequências; Tipos de Responsabilidade civil; Dignidade Humana; Indenização pecuniária;

### **INTRODUÇÃO**

O abandono afetivo é, na atualidade, um dos temas mais intrigantes do Direito de Família e também de alta relevância para a sociedade sob o ponto de vista prático. O tema do presente artigo consiste na possibilidade (ou não) da condenação de um dos pais – ou de ambos – ao pagamento de indenização ao filho por danos morais decorrentes deste abandono. Como é de conhecimento comum, a família constitui elemento fundamental na formação da personalidade de qualquer pessoa. A Psicologia, a Sociologia, o Direito e

outros ramos do conhecimento humano destacam que a falta de atenção, de carinho, de afeto por parte dos pais pode acarretar muitas dores, frustrações e fragilidades no ser humano, as quais constituem danos psicológicos de natureza grave e podem contribuir significativamente para a formação do caráter do indivíduo no futuro.

A metodologia adotada foi a dedutiva, onde se busca demonstrar que a partir de uma análise do ordenamento jurídico brasileiro é perfeitamente possível extrair a ilação de que o abandono afetivo constitui um ato ilícito civil passível de indenização.

Acerca do assunto aqui falado, diversas controvérsias residem em torno do tema, a começar pela denominação abandono "afetivo", porque pelo nome, o que se leva a imaginar em uma primeira leitura é que o afeto é só sentimento, logo seria, portanto, um "abandono sentimental". A partir desse pressuposto muitos acabam por entender que quando se fala em responsabilidade nessa questão seria como "quantificar" o amor ou o sentimento e muitas perguntas derivam-se desta constatação, como por exemplo: está se condenando indivíduos porque eles não querem amar seus filhos? Um genitor é obrigado a amar seu filho?

Dessa forma, conclui-se que as respostas para tal pressuposto e muitas indagações não são simples na medida que a questão tem um forte cunho subjetivo, e que por muitos anos, ao que parece, pode ter sido negligenciada pelos Tribunais e pelo ordenamento Jurídico.

## **1. O ABANDONO AFETIVO PATERNO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS**

### **1.1 CONCEITUAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO**

Conforme o Projeto de Lei do Senado nº. 700/2007 de autoria do Senador Marcelo Crivella, no qual foi aprovado no dia 09 de setembro de 2015, pela Comissão de Direitos Humanos, onde prevê alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinando abandono afetivo através do artigo 232-A como crime:

Art. 232-A. Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social. Pena – detenção, de um a seis meses.

Dessa forma, para melhor compreensão do conceito de abandono afetivo, precisa-se antes visualizar o conceito de família, Maria Berenice Dias (2021, p.139/140) traz um conceito bem claro sobre família:

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. A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o 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.

A partir desse conceito, nota-se que o afeto soma de forma essencial na concretização de uma família, e é de extrema importância na maneira em que os pais educam seus filhos, para que não sejam falhos e deixem de demonstrar o carinho e cuidado para com os filhos, formando assim, cidadãos seguros de si.

A abordagem do tema Abandono Afetivo Paterno tem sido de grande repercussão e com bastante discussão na atualidade, de certa forma, existe uma divergência entre magistrados de várias regiões no País acerca do assunto, poucos trazem o conceito para então, haver uma pacificação no entendimento do assunto ora tão polêmico.

Nessa linha de raciocínio, Paulo Lôbo (2018, p.224, online) dispõe sobre o princípio da paternidade responsável:

O princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão reparatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos “com absoluta prioridade”, oponíveis à família — inclusive ao pai separado —, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. O art. 229 da Constituição estabelece que são deveres jurídicos dos pais assistir, criar e educar os filhos menores. A autoridade parental do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia (CC, art. 1.634), que não se subsomem na pensão alimentícia.

Dessa forma, entende-se que a paternidade responsável é um desdobramento do princípio da responsabilidade, uma vez que, sendo pais, deve-se arcar com o ônus e o bônus da criação dos filhos, mesmo que esses filhos tenham sido planejados ou não.

Outro princípio que é de extrema importância e de grande valia é o melhor interesse da criança e do adolescente, de forma expressa prevista no artigo 227 da Constituição Federal, que vem sintetizando, reforçando e complementando todo o conteúdo dos direitos fundamentais dos menores, inclusive como prioridade absoluta:

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. (BRASIL, 2021, online).

Contudo, chega-se a um conceito de “abandono afetivo”, que nada mais é que o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, estabelecidos na Constituição e na legislação ordinária. Seu campo não é somente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser descartadas. Melhor seria que fosse denominado “inadimplemento dos deveres parentais”. Quando há inadimplemento de deveres parentais estabelecidos em lei, como os referidos nos artigos 227 e 229 da Constituição, uma das consequências é a reparação civil. (PAULO LÔBO, 2018).

## **1.2 CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO**

É indiscutível que ser abandonado pelo pai ou pela mãe pode causar prejuízos emocionais na vida de um filho. Dói não ser amado, mas dói muito mais ser abandonado. É incontroverso que o apoio da família é de suma importância na vida do indivíduo em formação e que existe um dever jurídico de cuidado por parte dos genitores. No entanto, quais as consequências de se romper tal convívio, cuidado, apoio; entre filho e genitor?

Sabe-se que a família é o alicerce na formação do caráter e da personalidade de um indivíduo. Indivíduo esse que deve ser tratado com carinho, respeito, afeto e atenção. Quando a criação de uma criança é formada com afeto, ela cresce muito mais feliz e aprende a tratar o próximo da forma que foi tratada, com afeto, com amor

Conforme contribuição da ilustre jurista Maria Berenice Dias (2016, p. 138 e 139):

"A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor

em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilitada pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo, para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor."

Acerca do dano causado pelo abandono também é interessante mencionar as palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, IBDFAM):

"O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada."

Está evidente que todos os danos causados pelo abandono é uma matéria que transcende o direito de modo interdisciplinar, pois para além da compreensão legal há de se destacar os vários aspectos psicológicos e psiquiátricos envolvendo a questão. É incontroverso que cada ser humano é único, tem suas emoções, particularidades e reage de formas imprevisíveis quando expostos a situação de abandono, não é fácil enfrentar todo o dano causado. Junta-se a isto, a questão das diversas culturas, formas de criação e pontos de vista com relação a criação dos filhos. Conforme mencionado outrora, a Constituição da República prevê o planejamento familiar livre conforme decisão do casal, no entanto também deixa claro os deveres impostos a estes enquanto responsáveis pela sua prole.

Dessa forma, embora as funções do genitor possam ser exercidas por outra pessoa, a ausência deste será impossível de preencher, os males que a falta de um dos pais pode causar, gerando a desvalorização de si mesmo e certo distanciamento das outras pessoas. Entende-se, que a ausência da figura paterna, mesmo em caso de falecimento, poderá ser suprida por meio da figura do avô, um tio ou padrasto. No entanto, quando o histórico

é de rejeição e abandono, esta lacuna pode influenciar na forma como os filhos se relacionam com as pessoas, incidindo em sua vida adulta, além de poder desencadear quadros de baixa autoestima, ansiedade e falta de confiança.

Contudo, é essencial que a criança receba o suporte familiar necessário. Dessa forma:

À família é delegada uma função fundamental para o desenvolvimento humano que é a de prover cuidado. Esse aspecto é reconhecido independentemente das transformações em diferentes arranjos de família que coexistem em distintas sociedades ao longo do tempo. A importância da família, não obstante, vai além de um valor instrumental no processo de desenvolvimento humano. Ela também representa um valor intrínseco, porque estabelece intensas relações ao combinar intimidade, afetividade mútua, cuidado recíproco, dependência e pertença. Essas qualidades têm valor para as pessoas em seu desenvolvimento e não podem ser encontradas sem contar com uma afiliação familiar. (MACANA, 2014, p. 15).

Portanto, chega-se a um conceito de “abandono afetivo”, que nada mais é que o inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, estabelecidos na Constituição e na legislação ordinária. Seu campo não é somente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser descartadas.

## **2. A RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA**

Em análise do critério da conduta do causador do dano, a responsabilidade pode ser considerada subjetiva, quando baseada na culpa em sentido lato (culpa ou dolo), ou objetiva, quando independe de qualquer falha humana (culpa) ou vontade de causar o dano (dolo), em outras palavras, decorre de uma simples relação de causalidade (nexo causal) e/ou de uma situação específica do responsável ou de obrigação que lhe é atribuída. (WALD, 2012, online).

### **2.1 SUBJETIVA**

A responsabilidade subjetiva, também é conhecida como “clássica”, se fundamenta na culpa do agente que comete um ato e gera dano a outrem. O vigente Código Civil brasileiro adotou como regra geral a responsabilidade civil subjetiva (art. 186),<sup>3</sup> segundo a qual, baseada na teoria clássica, o ofensor tem o dever de reparar ou de restituir o mal causado desde que comprovado o dano, o nexo causal e a sua culpa.

Neste sentido, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves nos explica como se dá a responsabilidade subjetiva, dispõe que:



Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou "subjetiva", pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser "subjetiva" a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2014, p.59).

O dolo refere-se à ação ou omissão voluntária disciplinada no art. 186, CC. Em outros termos, significa dizer que a pessoa viola intencionalmente um dever jurídico na intenção de prejudicar a outrem.

Nas lições de Sérgio Cavalieri Filho, citado por Tartuce, a culpa é caracterizada por três elementos: "a) a conduta voluntária, com resultado involuntário; b) a previsão ou previsibilidade; e c) a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção" (Tartuce, 2011, p. 414).

Nesta esteira, conclui-se que enquanto no dolo o agente pratica o ato na intencionalidade de alcançar determinado resultado, isto é, a pessoa deseja a conduta e o resultado; na culpa quer a conduta, porém, não deseja o resultado.

Todavia, entende-se, que caso não seja comprovado que o autor da conduta tenha agido com culpa ou dolo, não haverá para ele o dever de indenizar. Ou seja, a prova de culpa do agente é um pressuposto necessário para que o dano seja indenizável.

## **2.2 OBJETIVA**

A responsabilidade civil objetiva é caracterizada pela ausência de necessidade de a vítima assumir o ônus de comprovar a culpa do agente causador do dano, ou seja, basta que ela apenas demonstre o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano provocado. Conforme se verifica da leitura do Art. 927 do Código Civil, a responsabilidade objetiva ocorre em duas situações: por imposição da lei e pela aplicação da teoria do risco.

Carlos Roberto Gonçalves nos explica com suas preciosas palavras de como se dá o cabimento da responsabilidade objetiva, dispondo que:

A lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a

responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Ela é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco. (GONÇALVES, 2014, p.59).

Portanto, conclui-se, que independente da comprovação de culpa do agente causador, haverá para ele o dever de indenizar. Ou seja, todo e qualquer dano deverá ser indenizado e reparado por quem o causou, independente de culpa.

### **3. ANÁLISE JURÍDICA SOBRE O ABANDONO PATERNO NO BRASIL**

Um dos pontos que contribuem para a cultura do abandono paterno é a crença machista de que a mulher já nasce preparada para ser mãe. Mais ainda, que desenvolve um amor puro e de forma natural pelo filho, sem muitos esforços, já o pai, precisa de tempo e convivência para sentir o tão falado amor paterno. Por sua vez, quando o abandono vem do pai, ele é relativizado e até mesmo justificado. Muitas vezes com a culpabilização da figura materna.

O Código Civil de 2002, no artigo 1566, inciso IV, ao relatar os efeitos do casamento, prediz que compete aos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda; sendo que o artigo 1632 alerta que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º repete o texto constitucional, enquanto o artigo 19 trata do direito à convivência familiar. Neste diapasão Maria Helena Diniz salienta que:

O Estatuto rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

É evidente que no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo é composto por princípios que se agrupam exigências de justiça, inclusive alguns que são próprios das relações familiares e que servirão de norte na apreciação do caso concreto aqui falado. Cabe, por ora, lembrar alguns princípios que estão presentes no direito da família bem como no direito da pessoa humana, da solidariedade familiar, da afetividade, da igualdade

entre todos os filhos, da igualdade da chefia familiar, do melhor interesse da criança, da igualdade entre os cônjuges e da pluralidade familiar.

Há três princípios que servirão de pilares no nosso destaque para tratativa do tema por abandono afetivo no Brasil. O primeiro princípio é da Dignidade da Pessoa Humana, representado como princípio dos quais se irradiam todos os demais. É carregado de sentimentos e emoções, experimentado no plano dos afetos, sendo que o Estado não tem apenas o dever de privar-se de praticar atos que atentem contra a dignidade, mas promovê-la, garantindo ao ser humano o mínimo existencial para a efetividade deste princípio, sendo direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que lhe aflige. Temos no princípio da dignidade humana o corolário dos princípios da paternidade responsável e da afetividade.

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce função instrumental integradora e hermenêutica na ordem jurídica como um todo e, especialmente, no direito de família, servindo de parâmetro para aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico. É a ideia consagrada do princípio dos princípios.

Outro princípio com grande relevância é o da solidariedade familiar, reforçamos Maria Berenice Dias:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade a reciprocidade. (...) em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (DIAS, Maria Berenice, 2007, p.48).

Por último, e abordando diretamente ao dano moral por abandono afetivo, encontra-se o princípio da afetividade, em que dada a importância do afeto nas relações familiares, pode-se dizer que se trata do princípio norteador das relações familiares e o direito a elas correspondente.

Na mesma linha de raciocínio Maria Berenice (DIAS, Maria Berenice, 2007, p.52) alega que:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende

de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família (...). O direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto. (...) as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de em dar e receber amor.

Dessa forma, é por meio do afeto que se constrói as relações interpessoais formadoras da família, motivo pelo qual tem e merece uma grande atenção jurídica, devendo a base da sociedade ser focada na dignidade da pessoa humana. Assim, o afeto que se tratava de um sentimento, passou a ter valor jurídico na esfera familiar, sendo instrumentalizado por meio do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3.1 OS EFEITOS JURÍDICOS E PSICOLÓGICOS ORIUNDOS DO ABANDONO AFETIVO PATERNO**

As relações e os vínculos familiares são de grande importância quando considerada de fator primordial no desenvolvimento do ser humano. Afinal, é no "seio deste grupo que o indivíduo nasce e se desenvolve, moldando assim, a sua personalidade ao mesmo tempo que se integra ao meio social".

O sofrimento da criança abandonada pode ocasionar deficiências no seu comportamento mental e social para o resto da vida, a criança pode se isolar do convívio de outras pessoas, apresentar problemas escolares, depressão, tristeza, baixa autoestima, além de problemas de saúde. Essa atitude reduz as oportunidades de trabalho dos filhos, na idade adulta eles também podem ser enganados mais facilmente e ter dificuldades com tarefas simples devido à falta de conhecimento e de desenvolvimento das capacidades cognitivas básicas.

A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. A ausência da figura do pai desestrutura os filhos, que se tornam pessoas inseguras, infelizes.

Nas preciosas lições de Freud (Freud, 1925-1926/1996) revela-se que:

O perigo sentido pela criança, segundo Freud, é o de perder o objeto protetor e de ser abandonado por aquele que a livra da situação de desamparo psíquico e motor. A criança precisa de ajuda do outro para sua própria sobrevivência, pois quando se perde o amor do outro, surge a angústia do abandono.

Tendo em vista que se trata de um assunto em voga atualmente, pois incontáveis crianças brasileiras são vítimas de tal fenômeno, e, recentemente, alguns julgados vêm entendendo que tal negligência por parte dos pais cabe inclusive indenização por dano moral aos filhos, bem como a possível exclusão do sobrenome do pai o ou da mãe que abandonou o filho, resultado das consequências causadas pelo abandono afetivo.

As decisões judiciais buscam reparar com indenizações pecuniárias o abandono sofrido pelo filho, na fase da formação de sua personalidade, diante dos pais que se recusam total ou parcial do contato com seus filhos.

Destaca-se que, a condenação não busca reparar a falta de amor, desamor, ou a preferência de um pai por um ou outro filho, mas sim, procura penalizar a violação dos deveres morais, o qual é direito do filho rejeitado, (MADALENO, 2013).

### **3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DE ABANDONO MORAL**

É uma área do Direito Civil que busca reparar o dano causado a outrem, e para isso se faz necessário provar a conduta, o dano e o nexo de causalidade ensejador da ação danosa que prejudica o terceiro. É, portanto, uma forma de reparar abstratamente o indivíduo pelo prejuízo causado a ele, por não ter condições de recuperar o estado em que se encontrava antes da conduta humana.

O elemento **nexo causal** é um dos pressupostos fundamentais para a configuração da responsabilidade civil e do dever de indenizar. Refere-se à relação de causalidade entre o ato ilícito e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. Não sendo o dano sofrido por ato do agente, inexistente a relação de causalidade, conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag. 39):

“O conceito de nexo causal, nexo etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um

dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida”.

O agente precisa ser responsável sobre os danos que, direta ou imediatamente, resultaram de sua ação ou omissão.

O dano ocasionado pelo abandono afetivo é decorre de uma lesão a personalidade do indivíduo. Com isso gera resultados de profunda tristeza na vida social e pessoal do lesado e denegrindo-se como pessoa. A exteriorização do amor é primordial para que não ocorra esse dano.

Entre as decisões favoráveis recentes, pode-se citar a da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estatui ser possível esse tipo de reparação civil.

Eis o que estatui o histórico julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). [...] EMENTA.CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 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. 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. [...], Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...], ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. [...] por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. [...]. Brasília (DF), 24 de abril de 2012(Data do Julgamento), MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

A respeito deste conceito Maria Helena Diniz contribui ao acrescentar que:



A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2003, p. 35)

No entendimento de Silvio de Salvo Venosa, “a responsabilidade civil é parte integrante ao direito obrigacional, a reparação dos danos sendo algo decorrente da transgressão de uma obrigação, de um dever jurídico ou direito”

### **3.3 A IMPORTÂNCIA DO CUIDADO PATERNO NA FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE**

É reconhecido como importante o papel do pai no desenvolvimento da criança e a interação entre pai e filho é um dos fatores decisivos para o desenvolvimento cognitivo e social, pois o caráter de uma pessoa é construído através de **hábitos e relações que fazem parte da experiência individual**. Ele está intimamente ligado ao modo de pensar, sentir ou reagir de cada indivíduo, ou seja, se reflete nas atitudes e ações tomadas ao longo da vida.

A experiência clínica tem mostrado que, na vida adulta, as representações dessa vivência insurgem nas várias possibilidades de construção psicoafetiva, com repercussão nas relações sociais, facilitando a capacidade de aprendizagem e a integração da criança na comunidade.

É por meio da família que a criança conhece os diferentes grupos sociais, compreende os meios comunicação e interação com a sociedade e vai conseguindo desenvolver sua própria personalidade. Esse convívio é responsável por passar os valores que fazem parte dos princípios da civilidade e do respeito que regem as relações sociais.

Portanto, a figura paterna tem influência direta no desenvolvimento da criança, ao contrário do pensamento popular que se estabeleceu por longos anos e em diversas culturas, a figura paterna e a sua participação em todas as fases do desenvolvimento infantil, desde o nascimento do bebê, é essencial e traz consequências positivas para o indivíduo em toda a sua existência, não somente durante a infância.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. CRITÉRIOS. INTERESSE DOS MENORES. PREVALÊNCIA. CONVIVÊNCIA PATERNA. IMPORTÂNCIA FUNDAMENTAL. 1. Com amparo na proteção do bem-estar e do bom desenvolvimento do menor, o direito de visitas deve ser sempre regulamentado com lastro na solidariedade familiar, nas obrigações resultantes do pátrio-poder e,

notadamente, em face dos interesses do menor, a fim de lhe propiciar um melhor desenvolvimento moral e psicológico. 2. Há que se enaltecer a importância da convivência tanto materna e quanto paterna, ao passo em que o direito do menor de conviver com seu genitor mostra-se de fundamental relevância para o desenvolvimento e formação da criança, desde que não haja qualquer motivo que não recomende a convivência familiar. 3. Agravo parcialmente provido para autorizar que o genitor possa visitar seus filhos, além de nos finais de semana alternados, todas as quartas-feiras, buscando-os na escola e devolvendo-os na quinta-feira diretamente na escola, bem como tê-los em sua companhia em feriados alternados, dia dos pais e aniversário do genitor. (TJ-DF XXXXX - Segredo de Justiça XXXXX-16.2013.8.07.0000, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 26/09/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 08/10/2013. Pág.: 100).

Conclui-se que é de grande importância o papel do pai no desenvolvimento da criança. Uma vez que hoje a interação entre pai e filho é vista como um dos fatores decisivos para o desenvolvimento cognitivo e social, facilitando a capacidade de aprendizagem e a integração da criança na comunidade.

#### **4. A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA**

Os princípios constitucionais vieram para trazer um amparo legal e de suma importância para o Direito de família, amparo este, que foi desejado por vários anos. Neste sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é, sem sombra de dúvida, o princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro.

É de grande relevância ressaltar este princípio, tendo em vista que sua importância é clara ao se tratar de abandono afetivo paterno. A Constituição Federal de 88, em seu artigo 1º, III, deixa claro sua importância. Observe:

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 (BRASIL, 1988, art. 1º).

Portanto, todo ato, conduta ou atitude que classifique ou objetifique a pessoa, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto qualquer, estará claramente violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

##### **4.1 OS EFEITOS DA INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA**

A indenização pecuniária tem uma função punitiva e educativa, pois, já que não se pode valorar pecuniariamente o afeto, essa forma de punição servirá para demonstrar ao genitor que ao negar e desprezar seu filho, agiu de forma equivocada e incoerente com o seu dever e indo contra a moral e ao ordenamento jurídico.

Essa responsabilização civil, além de ter uma finalidade reparatória, é também educativa, visando à conscientização do genitor de que sua conduta é reprovável. Serve também como um desestímulo, para evitar que outros pais abandonem e desprezem os seus filhos.

No Rio Grande do Sul em 2003, o juiz Mario Romano Maggioni ao proferir sua sentença, processo nº 141/1.03.001232-0 da Comarca de Capão da Canoa/RS, condenou um pai em primeira instância a pagar uma indenização fixada em R\$ 48 mil reais (200 salários da época), isto abriu precedente favorável ao pagamento da indenização, fundamentando que conforme a legislação brasileira, a educação abrange a convivência familiar, onde é inerente o amor, o afeto, o respeito e a dignidade indispensáveis ao desenvolvimento da criança.

Nesse sentido cabe citar parte da decisão do juiz Maggioni:

Vistos. I- D.J.A ajuizou ação de indenização por danos morais contra D.V.A inicialmente qualificados. Referiu, em suma, que é filha do demandado. Desde o nascimento da autora o pai abandonou-a material (alimentos) e psicologicamente (afeto, carinho, amor). Houve ação de alimentos e diversas execuções. Em ação revisional o demandado avençou pagar R\$ 720,00 mensais e assumir o papel de pai. Novamente não honrou com o avençado, não demonstrando qualquer amor pela filha. Tal abandono tem trazido graves prejuízos à moral da autora. Requereu pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) a título de indenização por danos morais. Citado (fl. 27), o demandado restou silente. O Ministério Público manifestou-se pela extinção (fls. 29-33). Vieram os autos conclusos. Relatados. Decido. II- A questão comporta o julgamento do processo no estado em que se encontra. Trata-se de revelia (art. 330, II, do Código de Processo Civil). Citado, o requerido não contestou a ação. Presumem-se, assim, verdadeiros os fatos afirmados pela autora (art. 319, Código de Processo Civil). De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei n.o. 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol,

brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança.

Diante disso, são muitas as ações com o caráter indenizatório que estão debatidas no judiciário brasileiro, como forma de gerar responsabilidade civil indenizatória pelo abandono afetivo.

#### **4.2 PRAZO PRESCRICIONAL**

No tocante ao prazo prescricional da ação de indenização por abandono afetivo, o Código Civil Brasileiro determina em seu art. 206, §3º, V, que:

“Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil”. E por se tratar de indenização por abandono afetivo, o início da contagem do prazo prescricional deve ocorrer na data em que o autor atingir a maioridade, pois de acordo com o art. 197, II, do mesmo Código: “Não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar”.

Foi demonstrado o prazo prescricional da ação de indenização por abandono afetivo, prazo esse que prescreve em três anos, o início da contagem desse prazo prescricional deve ocorrer na data em que o autor atingir a maioridade, fazendo, então, o reconhecimento da paternidade e logo após, ao dever de indenizar, pois não há que se falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade, pois é somente a partir deste, que se fazem presentes os deveres inerentes ao poder familiar

#### **5. RETIRADA DO SOBRENOME DO GENITOR QUE O ABANDONOU**

De fato, é possível retirar o nome do genitor do registro, mas esse procedimento não é tão simples. Uma vez que, a exclusão depende de autorização judicial, pois o solicitante deve comprovar o abandono ou mesmo o constrangimento gerado por manter a filiação nos documentos do requerente.

Isso porque nome e sobrenome são entendidos pela legislação brasileira como direito de personalidade e são protegidos para que não sejam alterados simplesmente por vontade de seu detentor, sendo necessária uma ordem do Poder Judiciário para que se faça as mudanças cabíveis.

Recurso especial. Direito civil. Registro civil. Nome. Alteração. Suspensão do patronímico paterno. Abandono pelo pai na infância.

Eis um julgado do STJ:

Justo motivo. Retificação do assento de nascimento. Interpretação dos artigos 56 e 57 da lei nº 6.015/73. Precedentes. 1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro. 2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público. 3. Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna. 4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial. 5. Recurso especial provido.”

(Resp 1304718/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

E presente artigo científico teve como objetivo realizar uma análise sobre uma situação ainda polêmica no judiciário, no qual trata-se do abandono paterno no Brasil, sua responsabilidade civil e dever de indenizar pelo sofrimento dos filhos diante da falta de afeto.

Conforme entendimento jurisprudencial de mais de um tribunal, os quais passaram a impor ao pai o dever de pagar indenização a título de danos morais, é o que sustenta Dias (2007, p. 406.): “Independente do pagamento de pensão alimentícia, o abandono afetivo gera a obrigação de indenização pela falta de convívio”

Da exposição feita, notou-se que o afeto ganha um papel relevante no ordenamento jurídico e se constitui como pilar de diversos institutos presentes na Constituição Federal e no Código Civil. Com isso, constitui-se como justificativa válida para a reparação na responsabilidade civil e psicológico decorrentes do abandono afetivo parental.

Ademais, a família é o elemento principal na construção do desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, razão pela qual cabe aos pais proteger e auxiliar seus filhos na longa caminhada rumo à formação integral, direito este fundamental e garantido pela Constituição Federal de 1988.

Conclui-se, que, diante de tantos casos de abandono afetivo, os pais acabam se esquecendo de seus deveres e suas responsabilidades, razão pela qual cabe ao judiciário

muitas vezes lembrá-los de suas obrigações através da punição diante da falta de afeto proporcionado aos filhos, devendo o magistrado analisar cada caso individualmente, para que o valor da indenização possa amenizar a dor sofrida.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. 2007. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo> acesso em 28/09/2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LÔBO, Paulo **Direito civil: volume 5: famílias** / Paulo Lôbo. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. V. 7. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACANA, Esmeralda Correa. **O papel da família no desenvolvimento humano: o cuidado da primeira infância e a formação de habilidades cognitivas e socioemocionais**. Tese (Doutorado em Economia). Programa de Pós-Graduação em Economia, Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/109267> Acesso em: 28/09/2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. - 1 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: responsabilidade civil**, vol. 7 / Arnoldo Wald, Brunno Pandori Giancoli. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único** / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

Freud, S. (1996 a). Publicações pré-psicanalíticas e esboços inéditos. In: \_\_\_\_\_. Obras completas (v. I p. 335-396). Rio de Janeiro: Imago. (Trabalho original publicado em 1886-1889).



BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei do Senado Nº 700, de 2007. Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/projetolei/PL\\_700-2007.PDF](http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/projetolei/PL_700-2007.PDF) acesso em: 28/09/2022

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. – 22ª ed. – São Paulo: Editora Reidel, 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003

## **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS E DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DE ACORDO COM A NOVA REDAÇÃO DA LEI 8.429**

**ALEXANDRE RODRIGUES SILVA:**

Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão - IESMA/UNISULMA.

FRANCINE ADILIA RODANTE FERRARI NABHAN<sup>37</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo avalia os impactos na Administração Pública diante das evoluções processuais concernente aos "elementos subjetivos da culpa e do dolo", assim como, os avanços relativos à "prescrição geral e intercorrente" advindos da nova Lei de Improbidade Administrativa. Assim, amparada na doutrina e jurisprudência, foi realizada "pesquisa exploratória" referente às alterações legislativas de interesse deste trabalho; e a qual, na sequência, foi submetida a "revisão integrativa" dos objetos de estudo. O mesmo método de pesquisa foi utilizado para correlacionar os "elementos subjetivos" e as "prescrições" do ímprobo administrativo. E, ao final, observou-se significativo impacto da nova Lei 8.429 quanto ao alvo (destino) das sanções administrativas, sendo estas aplicadas com maior justiça e segurança jurídica; e, quanto às prescrições, que ao serem correlacionados aos elementos subjetivos (culpa e dolo) ocasionaram abrangente repercussão geral nos tribunais.

Palavras-Chave: improbidade administrativa, retroatividade, prescrição intercorrente.

**ABSTRACT:** This article evaluates the impacts on Public Administration in the face of procedural developments concerning the "subjective elements of guilt and malice", as well as the advances related to the "general and intercurrent prescription" arising from the new Administrative Improbity Law. Thus, supported by doctrine and jurisprudence, "exploratory research" was carried out regarding the legislative changes of interest to this work; and which, subsequently, was subjected to an "integrative review" of the objects of study. The same research method was used to correlate the "subjective elements" and the "prescriptions" of administrative misconduct. And, in the end, there was a significant impact of the new Law 8,429 regarding the target (destination) of administrative sanctions, which are applied with greater justice and legal certainty; and, as for the prescriptions, which, when correlated with the subjective elements (guilt and willful misconduct), caused a wide general repercussion in the courts.

---

<sup>37</sup> Professor Orientador. Mestre em Direito.

Keywords: administrative improbity, retroactivity, intercurrent prescription.

## 1 INTRODUÇÃO

Conceitua-se como sendo "improbidade administrativa" a desonestidade de ação ou omissão associada a falta de rigor no trato da administração pública; a qual provém de ato relacionado à função do Estado e sempre terá a participação do agente público como elemento condicionante para que haja desvio no exercício da função pública. Portanto, para que ocorra o ímprobo administrativo nos termos do art. 37, § 4º da CF, faz-se necessária atuação de alguém contra o patrimônio público.

E aqui, deve-se pontuar que, na improbidade administrativa não há diferenciação específica entre os atos de função administrativa e política, pois ambas são regidas pelo Direito Público e causam efeitos jurídicos. "Qualquer agente público, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pode ser punido com a pena de perda do cargo que ocupa, pela prática de atos de improbidade administrativa" [1]. Logo, *lato sensu*, o ímprobo administrativo consiste em ato proveniente do exercício funcional de qualquer agente público inserido em qualquer esfera do Poder Estatal que seja contrário aos princípios da Administração Pública elencados no artigo 37 da CF.

E, embora a lei aponte a participação do agente público como sendo imprescindível na ocorrência do ímprobo administrativo, há possibilidade de participação direta ou indireta de agentes particulares nos crimes contra o patrimônio público, os quais estão também sujeitos às penalidades previstas em lei (Código Penal, cap. I e II). Assim, quer seja particular físico ou jurídico que se valha da malversação da coisa pública, sofrerá as sanções previstas em lei (Lei 8.429/1992, art. 3º). Lembrando, que não existe ato de improbidade cometido unicamente por particular, logo, é "inviável o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda" [2].

Observando os dispositivos da Constituição Federal e as normas infraconstitucionais da Lei 8.112/1990 que fazem alusão a improbidade administrativa, nota-se que, em ambos os casos: a) não há definição conceitual para essa ilegalidade, a despeito dela originar processos administrativos, civis e penais; b) não indica os atos que caracterizam a improbidade administrativa; e, c) por óbvio, não há sanções estipuladas (Lei 7.209/1984, art. 1º). Porém, essas questões foram inicialmente sanadas com o advento da Lei Ordinária 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA, oriunda do Projeto de Lei 1446/1991), que definiu: os agentes do ímprobo administrativo; os elementos objetivos e subjetivos do tipo; e, os procedimentos processuais.

E, transcorridos quase três décadas, a Lei 8.429 foi modificada em outubro de 2021 pela Lei 14.230, proporcionando as seguintes evoluções: 1) os elementos subjetivos culpa, foi extinto na caracterização do ímprobo administrativo e, dolo, passou a ser considerado apenas na sua forma específica para qualificar os atos de improbidade administrativa; 2) adição de novos prazos prescricionais, dos quais ocasionou ampla repercussão junto ao STF; e, 3) alteração nos atos processuais, como por exemplo, a exclusividade do Ministério Público em iniciar a ação principal e propor acordos, bem como, a possibilidade de sentenças civis e criminais terem efeitos nas ações de ímprobo administrativo.

Em tese, todas as leis do ornamento são importantes, todavia, com certa segurança pode-se declarar que a Lei de Improbidade Administrativa se sobressalta em importância, pois, sem um regimento eficaz que proteja o bem público da avassaladora corrupção e seja rigoroso na punição dos corruptores, inevitavelmente haverá a ruína de todo o sistema.

Por conseguinte, focando nesta relevância, o presente artigo teve como objetivo geral avaliar as alterações normativas da Lei 14.230/2021 sobre os "elementos subjetivos" e "prazos prescricionais" da antiga LIA e, de forma mais específica, correlatar esses objetos de estudo. E, para alcançar tal intento, realizou-se na doutrina e jurisprudência pesquisa exploratória atinente às alterações citadas, e valendo-se da mesma ferramenta de pesquisa foi realizada revisão integrativa quanto a correlação entre os elementos subjetivos e os prazos prescricionais dos atos de improbidade administrativa; relação que pôde ser observada em recente repercussão geral, discorrida adiante.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Elementos subjetivos do ímprobo administrativo**

#### **2.1.1 Culpa**

No âmbito do Direito, "culpa" é a ação voluntária desatenciosa direcionada a um objetivo lícito ou ilícito; sendo este último não almejado (podendo ainda ser ou não suscetível a previsibilidade, e caso seja, há chance de ser evitado). Em outras palavras, a "culpa" consiste na omissão de diligência requerida de um sujeito em determinado comportamento ou atividade funcional. E essa diligência exigida é sobrepujada pela negligência, imperícia e imprudência (Código Penal, art. 18, inc. II cf. CPM, art. 33, II) [3]. Logo, os efeitos da culpa que acarretam danos estão sujeitos à responsabilidade civil e penal. Quanto às espécies de culpa, Fernando Capez defende a seguinte classificação:

"(i) culpa inconsciente: é a culpa sem previsão, em que o agente não prevê o que era previsível; (ii) culpa consciente: é aquela em que o agente prevê o resultado, embora não o aceite. Há no agente a

representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta, de pronto, por entender que a evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo previsto; (iii) culpa imprópria: é aquela em que o agente, por erro de tipo inescusável, supõe estar diante de uma causa de justificação que lhe permita praticar, licitamente, um fato típico. Há uma má apreciação da realidade fática, fazendo o autor supor que está acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude [...]; (iv) culpa própria: é aquela oriunda de uma conduta imprudente, negligente ou imperita; (v) culpa mediata ou indireta: ocorre quando o agente produz indiretamente um resultado a título de culpa" [4].

E, Guilherme Nucci ao abordar o assunto, vale-se do conceito trazido pelo Código penal Militar, que assim conceitua "culpa" (culpabilidade), *in verbis*: "Diz-se o crime: culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenido-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo" [5]. Por óbvio, como mencionado, essa previsibilidade no âmbito da culpa caracteriza-se pelo potencial conhecimento da materialização do evento lesivo. Mirabete e Fabbrini contribuem sobre o tema, afirmando:

"O tipo culposo é diverso do doloso. Há na conduta não uma vontade dirigida à realização do tipo, mas apenas um conhecimento potencial de sua concretização, vale dizer, uma possibilidade de conhecimento de que o resultado lesivo pode ocorrer. Esse aspecto subjetivo da culpa é a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do sujeito cria para os bens jurídicos alheios, a possibilidade de prever o resultado conforme o conhecimento do agente. A essa possibilidade de conhecimento e previsão dá-se o nome de previsibilidade. A previsibilidade – como anota Damásio – é a possibilidade de ser antevisto o resultado, nas condições em que o sujeito se encontrava. Exige-se que o agente, nas circunstâncias em que se encontrava, pudesse prever o resultado de seu ato. A condição mínima de culpa em sentido estrito é a previsibilidade; ela não existe se o resultado vai além da previsão." [6]

### 2.1.2 Dolo

Essa modalidade do elemento subjetivo é consolidadamente reconhecida como a vontade desinibida e consciente (livre arbítrio cômico) do agente em praticar conduta específica. Na Administração Pública, naturalmente, o conceito de dolo advém do Código

Penal, que tem a ilegalidade dolosa "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo" (CP, art. 18, inc. I. cf. LIA, art. 1º, § 2º). Na definição de Hans Welzel:

"A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal e correspondente seleção de meio, controla o curso da ação conduzindo-a com um determinado objetivo, ou seja, o homem prevê e predetermina a finalidade da ação. Nesse sentido, o saber causal do homem, adquirido com a experiência e preservado como ciência, fundamenta a capacidade humana de prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis da ação, de propor diferentes fins, ou seja, de dirigir sua atividade, conforme seu plano, à consecução de um fim." [7]

Em geral, o dolo possui os seguintes constituintes: o "cognitivo ou intelectual", que corresponde ao entendimento da conduta (a compreensão entre resultado e respectivo nexos causal); e, o "volitivo", que corresponde ao impulso de praticar a conduta que materializará o resultado. Estefam e Gonçalves observam, que o dolo "abrange não só o objetivo perseguido pelo sujeito (dolo de primeiro grau), mas também o meio escolhido para a consecução do intento, que gera outro efeito inseparável do objetivo primário, o qual é tido como "dolo de segundo grau ou dolo de consequências secundárias" [8].

Há três teorias relacionadas à essência do dolo, a saber: 1) teoria da vontade, onde há prática do ato consciente sabendo contrário à lei; 2) teoria da representação, onde há prática do ato prevendo possibilidade do resultado acontecer; e 3) teoria do consentimento, onde há previsão ou consciência do resultado mas, sem o desejo de produzi-lo. E, fundamentadas nessas teorias têm-se as seguintes espécies de dolo: dolo direto (determinado, intencional, e imediato), dolo indireto ou indeterminado, dolo alternativo, e dolo eventual. E destes, a legislação pátria consolidou em seu ordenamento o primeiro e o último, como expõe Andreucci: "O Brasil adotou, no art. 18, I, do Código Penal, a teoria da vontade (para que exista dolo é preciso a consciência e vontade de produzir o resultado - dolo direto) e a teoria do assentimento (existe dolo também quando o agente aceita o risco de produzir o resultado - dolo eventual)" [9]. Em suma, o dolo direto (foco da análise adiante), há o conhecimento e o desejo de realizar situação objetiva, mas não é fator intrínseco à consciência da antijuridicidade da conduta.

É sabido que, a primeira redação da Lei 8.429 eliminou as lacunas referente a classificação dos atos que resultam em improbidade administrativa, sendo eles: 1) enriquecer de forma ilícita ao exercer cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades; 2) lesar o erário por qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens das entidades; e, 3) atentar contra os princípios da Administração Pública por meio de qualquer ação ou omissão que viole os deveres instituídos em lei (LIA, arts 9º, 10 e 11).



Na redação da lei de 1992, esses três artigos defendiam a possibilidade de associar os atos de improbidade administrativa nas modalidades culposa e/ou dolosa. Contudo, na prática, jurisprudência e doutrina entenderam que a modalidade culposa é injusta e impraticável em tais atos pelos seguintes motivos: a) a forma culposa se equipara à forma dolosa ao ensejar a mesma penalidade (em decorrência da indiferença da própria LIA, que não considerava avaliar as circunstâncias do ato, se proposital ou não); e, b) sendo que o ímprobo administrativo pressupõe a deliberada intenção de enriquecer-se, de lesar ou atentar contra a coisa pública (art. 9º, 10 e 11), não há possibilidade de atribuir intenção ou má-fé à qualquer ação de mero expediente do agente público.

No entanto, isso não pressupõe que simples atos de função do agente público concretizados como ilegais deixam de ser penalizados, pois, continuam sendo ilegalidade de cunho culposo e passíveis de sanções: "O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições" (Lei 8.112/1990, art. 121). O propósito do novo texto da Lei 8.429 consiste em afastar como sendo atos de improbidade administrativa os erros operacionais durante as atividades corriqueiras de função do agente público, ou seja, não incluir no rol de ímprobos administrativos as falhas que ocorrem durante os simples exercícios diários do servidor público. E neste ponto, com maestria o Supremo Tribunal de Justiça expôs:

"A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. A confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade deve provir do caput do art. 11 da Lei 8.429/1992, porquanto ali está apontada como ímproba qualquer conduta que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o da legalidade (art. 37 da CF). Mas nem toda ilegalidade é ímproba." [10].

Outro ponto de destaque nesta temática consiste na extinção do "dolo genérico" (vontade de praticar a conduta típica, sem nenhuma finalidade especial) para qualificar o ato de improbidade administrativa, pois a Lei 8.429 passa a exigir demonstração de finalidade, i. e., "dolo específico". A antiga redação da LIA defendia que o ato de improbidade administrativa era "qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa" que lesasse o bem material ou imaterial da Administração Pública. Em abstrato, isso proporcionou relativa injustiça punitiva entre a "ação voluntária premeditada" contra o patrimônio

público tutelado pela lei e a "ação voluntária impremeditada", pois ambas direcionavam à mesma sanção.

E essa questão foi pacificada pela nova redação da Lei 8.429 ao considerar ímprobo, o "dolo livre e consciente" visando alcançar os ilícitos tipificados nos arts. 9º, 10 e 11"; ou seja, a lei passou a ter ímprobo como sendo algo materializado via "dolo específico". Na letra da lei: "o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa" (art. 1º, §§ 2º e 3º). E sobre a exclusão dolo genérico do ímprobo administrativo, assim pontua o STJ:

"O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei nº 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, ex vi do seu art. 1º, §§ 2º e 3º, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado" [11].

Tal questão compôs a "Repercussão Geral Tema 1199" (ver adiante), que envolveu a condição de retroatividade nos processos de ímprobo administrativo diante do novo texto normativo da LIA.

## **2.2 Prazos prescricionais**

Tempo é algo primordial no âmbito jurídico, pois através dele pode-se estabelecer a validade ou extinção de direitos e deveres (CF, art. 37, § 5º). E entre os institutos essencialmente vinculados ao fator tempo encontra-se a prescrição, que na Administração Pública proporciona segurança jurídica e estabilidade aos seus respectivos atos.

A prescrição é definida como sendo a extinção à pretensão de um determinado direito em virtude de um descumprimento procedimental (por falta de ação intencional ou não) ao fim de um prazo fixo e exato (Código Civil, arts. 189, 192); e a qual, "pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita" (CC, art. 193). Seja em processo penal, civil ou administrativo, a prescrição é legítima e imprescindível nas relações processuais que envolvem a Administração Pública, o agente público e o cidadão; pois, "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206" (CC, art. 189). Beviláqua, Diniz e Tartuce, respectivamente, assim definem a prescrição:

"Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo. Não é a falta de um exercício do direito, que lhe tira o vigor, o direito pode conservar-se inativo, por longo tempo, sem perder a sua eficácia. É o não uso da ação que lhe afronta a capacidade de agir." [12]

"A prescrição atinge a ação em sentido material e não o direito subjetivo; não extingue o direito, gera a exceção, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão. Se não fosse oposta pelo demandado, a prescrição não produziria quaisquer efeitos sobre a ação, em sentido processual, pois o órgão julgante não poderia conhecê-la de ofício (CC, art. 194, ora revogado), salvo se viesse a favorecer absolutamente incapaz." [13]

"Na prescrição, nota-se que ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo. Tanto isso é verdade que, se alguém pagar uma dívida prescrita, não pode pedir a devolução da quantia paga, eis que existia o direito de crédito que não foi extinto pela prescrição." [14]

"Configura-se a prescrição intercorrente quando o autor de processo já iniciado permanece inerte, de forma continuada e ininterrupta, durante lapso temporal suficiente para a perda da pretensão." [15]

Portanto, nos atos da Administração Pública voltados contra as irregularidades em sua esfera, o instituto da prescrição possui importantes aplicações, como nos PADs (Lei 8.112/1990, arts. 110, 142); onde os prazos desencadeiam-se quando a autoridade competente, para iniciar o processo administrativo, passa a ter conhecimento do fato (cf. STJ, Súmula 635). E assim como há ditames em lei para que o processo administrativo disciplinar inicie no seu devido tempo, igualmente, há regras para o seu desfecho no tempo legal.

"O excepcional poder-dever de a Administração punir a falta cometida por seus Servidores não se desenvolve ou efetiva de modo absoluto, de sorte que encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, uma vez que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da potestade disciplinar do Estado, além de que o acentuado lapso temporal transcorrido entre o cometimento da infração e a aplicação

da respectiva sanção esvazia a razão de ser da responsabilização do Servidor supostamente transgressor" [16].

Logo, caso o processo administrativo disciplinar não seja iniciado e, obviamente, finalizado em tempo legal, a Administração Pública perderá direito de punir o agente público ou privado; o que, de certa forma, favorece o ímprobo administrativo. E neste ponto, a Lei 8.429/1990 recebeu dilatação de cinco para oito anos no prazo prescricional para apuração de atos de improbidade, favorecendo de maneira significativa as investigações mais complexas que, naturalmente, demandam maior tempo para que sejam concluídas; aumenta as chances de crimes encobertos sejam revelados; assim como, favorece a aplicação das suas respectivas punições. "A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência" (Lei 8.429/1992, art. 23).

### **2.2.1 Interrupção e suspensão dos prazos prescricional**

A interrupção do prazo de prescrição refere-se à extinção do tempo prescricional que já havia sido contabilizado em virtude de um fator descrito em lei (uma vez mantido o fator ou causa o transcorrer do tempo continua interrompido). Todavia, havendo o encerramento da causa, elencadas no artigo 23, § 4º da LIA, a contagem da prescrição é retomada, porém do seu ponto inicial a partir de 4 anos (*ibidem*, art. 23, § 5º). Já na suspensão, o prazo prescricional suspenso retoma a sua contagem a partir de onde parou em decorrência da causa suspensiva (cf. art. 23, § 1º).

Seja como for, antes da reforma da LIA o judiciário já vinha vislumbrando paridade procedimental nos casos envolvendo improbidades administrativas cometidas por agentes públicos e particulares, defendendo que os prazos dos institutos de suspensão e interrupção voltados aos agentes públicos devem ser aplicados igualmente aos particulares, *ipsis litteris*. "Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público" (STJ, Súmula 634). Algo que foi posteriormente consolidado na LIA, ao determinar que suspensão e interrupção "produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade" (art. 23, § 6º). Sendo que, a suspensão nos casos de improbidade administrativa passa a ser regrada, também, com base no inquérito policial (art. 23, § 1º).

### **2.2.2 Retroatividade da LIA**

As novas regras da Lei 14.230/2021 são aplicáveis prontamente aos processos em trâmite, conforme estabelece o Código de Processo Civil: "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma

revogada" (art. 14º). E, semelhantemente, dita o Código de Processo Penal: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior" (CPP, art. 2º). Entretanto, deve-se observar também a regra do artigo 493 do CPC, que diz: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão" (cf. *ibidem*, art. 933). Logo, em tese, deverá haver respeito à vigência da nova regra ao caso concreto, observando a incorporação ou adequação necessária em face da atual situação e consolidação do processo.

Por conseguinte, após a reforma da Lei 8.429/1992, levantou-se a questão se os agentes acusados e/ou condenados por atos de improbidade anteriores à Lei 14.230/2021 seriam beneficiados pelo instituto da retroatividade sob o mando do princípio da lei mais benéfica, *novatio legis in melius* (CF, art. 5º, XL); e, em específico, nos casos envolvendo: o elemento subjetivo dolo e, as ilegalidades ocorridas anteriores à publicação da lei em tela.

Em linhas gerais, havia a tese de que: apesar de ser exigida agora comprovação de ato doloso específico nos casos de ímprobo administrativo (Lei 14.230/2021, arts 9º, 10 e 11), a norma mais benéfica que revoga a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa é irretroativa quanto à eficácia da coisa julgada, assim como, durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Outrossim, defendiam-se que, tendo em vista a ab-rogação expressa do regimento anterior da Lei 8.429, deve o juízo avaliar a presente modalidade de dolo por parte do agente (cf. LINDB, art. 6º, § 1º).

E assim, surge a ocorrência da Repercussão Geral Tema 1199 (STF, ARE 843989), que versa sobre a "eventual (ir)retrotividade das disposições da Lei 14.230", mormente em relação: "(I) A necessidade da presença do elemento subjetivo - dolo - para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente".

E sobre essa temática, a Procuradoria Geral da República (PGR) defendeu que as mudanças advindas da Lei 14.230/2021 não podem retroagir em benefício de agentes públicos com condenações em trânsito julgado mantidas nas antigas regras da Lei 8.429/1992. E, em sustentação oral expôs:

"Tanto na redação antiga como na redação nova, aqui apreciada pela Suprema Corte, a constatação da prática de ato de improbidade exige evidenciar a suficiente consciência do agente quanto ao caráter ímprobo de sua ação ou omissão, a revelar um mínimo de intencionalidade, seja sob a denominação de 'dolo', ou de 'culpa grave ou consciente'. Nessa perspectiva, firmar uma posição sobre



retroatividade ou não de norma de direito material mais benéfica, de maneira geral e abstrata, de modo a atingir de forma generalizada todos os processos em curso, parece ser medida que desconsidera a necessidade de o Poder Judiciário analisar em cada caso concreto a conduta do agente à luz dos critérios de caracterização da consciência da prática do ato ímprobo, para definir se presentes os requisitos que caracterizam a improbidade administrativa. [...] O exame da eventual retroatividade da nova redação há de considerar a necessidade de compatibilizar a aplicação do art. 5º, inciso quarenta, da Constituição com outros valores constitucionalmente protegidos, como a proteção contra o retrocesso legislativo no combate à corrupção." [17].

Na concepção da PGR, a LIA integra o "sistema de tutela de probidade" composta por normas constitucionais e internacionais (e.g., a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006). Logo, a nova redação da Lei 8.429, ao violar tais normas estaria impedida de recuar em decorrência de retrocesso legislativo. A PGR defende ainda que, "o novo regime jurídico da prescrição há de ser aplicado num modelo de transição, preservando atos de persecução regularmente praticados antes da alteração legislativa" [18].

E nessa perspectiva, o novo regime de prazo prescricional da lei não deve alcançar os atos em trânsito julgado sob risco de insegurança jurídica, uma vez que, havendo demonstração de consciente ação causadora de prejuízo ao patrimônio público à luz do regimento anterior, isso bastaria para configurar ato de improbidade administrativa. Logo, considerar que tais ações de ímprobo devam ser revistas sob o novo regime que impõe a existência de improbidade administrativa, tão somente, se configurada "má-fé especial ou vontade dolosa", proporciona retrocesso e confronta à ordem jurídico-constitucional internacional de guarda da probidade e, do combate à corrupção, a qual foi adotada pelo regimento pátrio (*ibidem*).

E, após sustentação da PGR a decisão do STF foi que: a nova redação da Lei 8.429/1992 retroage em benefício de agentes (público/privado) que estavam sendo acusados pela prática de ímprobo administrativo culposos, ou seja, com a ação acusatória ainda em trâmite. Mas, não retroage para beneficiar agentes acusados por ímprobo administrativo dolosos cometidos sob os novos prazos prescricionais trazidos pela atual Lei 8.429/1992.

"[...] por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do



ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei." [19].

Desse modo, consolidou-se que a retroatividade em questão não abarca os atos de improbidade administrativa dolosos anteriores e tampouco coisa julgada. E, especificamente, à prescrição intercorrente restou consolidada a sua aplicação aos casos em trâmite, tendo como marco inicial da contagem, a data de vigência da Lei 14.230, que é 26 de outubro de 2021. Atentando ainda, que as novas regras aplicam-se também aos atos praticados na vigência da antiga lei que não foram submetidos ao Judiciário, e obviamente, aqueles que estejam sob inquérito civil.

### **3 CONCLUSÃO**

A nova redação outorgada à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230/2021 proporcionou importantes evoluções no combate aos desvios da coisa pública, sobretudo, quanto às lesões ao erário cometidas por aqueles que, ironicamente, foram concursados e treinados para preservá-lo (CF, art. 37, I e II). Todavia, do lado oposto, há aqueles que igualmente foram submetidos ao mesmo trâmite seletivo, mas optaram por honrar os princípios básicos da Administração Pública ao lidar honestamente com o bem público e, sobremaneira, com o administrado, que é a razão final da própria Administração.

E, a este grupo de agentes, a lei deve oferecer segurança jurídica ao exercerem suas funções ao não considerar, por exemplo, esporádicas violações de cunho formal ou material cometidas durante suas rotineiras atividades funcionais como sendo ações de improbidade administrativa, tendo em vista que, a ausência da consciente e premeditada vontade de agir ilegalmente deve ser cuidadosamente avaliada. Logo, acerta a nova redação da Lei 8.429 ao retirar a modalidade culposa do alvo do ímprobo administrativo (art. 1, §3º); uma vez que, "as sanções provenientes do Estado, portanto, devem levar em conta o plano da subjetividade dos infratores, sendo vedada a responsabilização mediante apenas uma constatação objetiva" [20].

Ter os elementos subjetivos do dolo e culpa como exigências na configuração dos atos de improbidade acarretou até a Lei 14.230 discussões sobre se, o "ato culposo" vinculado ao ímprobo administrativo é de caráter idêntico ou similar ao "ato doloso". E sendo a resposta positiva, ambos os casos são passíveis de igual penalidade. Tal dilema deu-se em decorrência da antiga Lei 8.429/1992 não delimitar as atitudes de ímprobo, proporcionando que a Administração sancionasse de forma dúbia e indiscriminada, por exemplo, atos ilegais inconscientes como sendo atos de improbidade administrativa (*e. g.* dolo genérico); desconfigurando assim, a ontologia da lei, que em última análise consiste em proteger os princípios da Administração Pública, enquanto pune em sua própria esfera de atuação aqueles que desvirtuam intencionalmente seus atributos constitucionais [21]. Semelhantemente, o ajuste legislativo ao diferenciar dolo genérico e dolo específico trouxe importante concepção e segurança jurídica aos PADs, pois o discernimento entre agir com dolo e agir de má-fé, diferencia atos meramente funcionais das improbidades descritas nos artigos 9º, 10 e 11 da lei em discussão; direcionando acertadamente as punições mais rigorosas ao agente desonesto que visou agredir o bem jurídico [22].

Quanto aos novos prazos prescricionais que salvaguardam o princípio da segurança jurídica e interdita a arbitrariedade ao assegurar que os procedimentos e pretensões punitivas obedeçam aos limites temporais definidos em lei, evitando assim, que os administrados padeçam com processos sem perspectivas de serem concluídos [23], estes ao sofrerem dilatação de tempo nos casos de improbidade administrativa, passam a proporcionar à Administração Pública maiores períodos para investigar e concluir às suas demandas, sobretudo as enigmáticas, dificultando que o agente criminoso fique impune por causa do lapso temporal. E, associado a isso, há as novas hipóteses e regras dirigidas à interrupção e suspensão vinculadas às prescrições, dilatando ainda mais o prazo de atuação da Administração Pública nos casos de ímprobo (art. 23, §§ 5º, 6º e 7º).

Diante de tais coisas, este trabalho pôde vislumbrar o expressivo impacto gerado pela nova redação da Lei 8.429, ao: 1) eliminar incertezas sancionatórias ao réu; 2) trazer rigor punitivo e maior segurança jurídica no ambiente da Administração Pública; e, 3) proporcionar inovação eficaz relativa às prescrições. E, por fim, pôde-se observar ainda a intrínseca correlação processual entre os elementos subjetivos da culpa e do dolo frente ao princípio da retroatividade da lei (após as modificações na LIA); correlação que desencadeou a Repercussão Geral sob o Tema 1199 no STF norteando novos rumos decisórios aos PADs. É inegável que a corrosão do bem público, seja material ou imaterial, afeta todas as instituições da federação e, mais severamente, o administrado, que mediante os seus impostos mantém toda a estrutura da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

1. STJ, RESP 1191613-MG.

2. STJ, AgInt no AREsp 1402806-TO (cf. STJ, REsp 1980604-PE: "O STJ entende que 'os particulares não podem ser responsabilizados com base na LIA sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado'").
3. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22-23.
4. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, vol. 2, parte especial - arts. 121 a 212, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2021. Cf. ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 116.
5. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 195.
6. MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. arts. 1º a 120 do CP, vol. 1, 34ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 138.
7. PACELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 268.
8. ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 9ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020, p. 462.
9. ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 112-113. Cf. MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 7ª ed., São Paulo: Método, 2019. p. 148.
10. STJ, REsp 1193248-MG.
11. STJ, REsp 1913638-MA.
12. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil de 1916*. 11ª ed., vol. I, p. 349.
13. Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol. 1, 29. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 430.
14. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2019, p. 721.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2012, p. 515.
16. STJ, MS 14391-DF.

17. PRG Augusto Aras. **In:** STF, ARE 843989-RG/PR.
18. *Ibidem*.
19. *Ibidem*.
20. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 215.
21. STJ, REsp 1193248-MG (cf. item 2).
22. STJ, REsp 1913638-MA (cf. itens 3 e 4).
23. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 919.

## **A MEDIAÇÃO E A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO INIBITÓRIO DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

**ANDRÉ COSTA DE BRITO:**

Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

DEYSE SANGLARD DE SOUSA<sup>38</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Tendo em vista o cenário no qual as relações amorosas parecem estar cada dia mais frágeis, é preciso ter um olhar atento ao que resulta do fim dos relacionamentos, isso porque os filhos não podem ser penalizados pelos descontentamentos de seus pais. Por isso pesquisa-se sobre a mediação e a guarda compartilhada como meio inibitório da prática da alienação parental. Os objetivos específicos consistem em discorrer sobre alienação parental e síndrome da alienação parental trazendo seu conceito legal e doutrinário. Bem como analisar o instituto da mediação e da guarda compartilhada como meios eficazes de combate à prática da alienação parental no contexto familiar. Para tanto, realiza-se uma pesquisa bibliográfica, exploratória e documental que visa produzir conhecimentos para investigações futuras e aplicação prática dos preceitos discutidos. Como resultado, conclui-se que tanto a mediação e quanto a guarda compartilhada são instrumentos que podem ser utilizados para inibir a prática da alienação parental, primeiro porque aproximam os genitores, proporcionando que estes se entendam, formulem acordos, e compreendam as mágoas, problemas e os descontentamentos do outro genitor, para juntos decidirem e determinarem o melhor para o futuro e vida do filho em comum.

Palavras-Chave: Alienação Parental. Mediação. Guarda Compartilhada.

**ABSTRACT:** In view of the scenario in which love relationships seem to be increasingly fragile, it is necessary to take a close look at what results from the end of relationships, because children cannot be penalized for their parents' discontent. Therefore, mediation and shared custody are researched as a means of inhibiting the practice of parental alienation. The specific objectives are to discuss parental alienation and parental alienation syndrome bringing its legal and doctrinal concept. As well as analyzing the institute of mediation and shared custody as effective means of combating the practice of parental

---

<sup>38</sup> Orientadora, Advogada, Professora Mestra em Educação PPGFOPRED/ UFMA; Especialista em Ciências Penais, Direito Público pela Unisul/SC.

alienation in the family context. Therefore, a bibliographical, exploratory and documentary research is carried out, aiming to produce knowledge for future investigations and practical application of the discussed precepts. As a result, it is concluded that both mediation and shared custody are instruments that can be used to inhibit the practice of parental alienation, first because they bring the parents together, providing that they understand each other, formulate agreements, and understand the grievances, problems and the discontents of the other parent, to decide together and determine the best for the future and life of the child in common.

Keywords: Parental Alienation. Mediation. Shared Guard.

## 1 INTRODUÇÃO

A família sempre teve um papel importante na formação dos indivíduos, é nesta comunidade que somos educados, que aprendemos o que é o respeito e percebemos a importância do carinho e amor no âmbito familiar.

O problema é que a sociedade encontra-se em constante modificação, e atualmente verifica-se que as relações amorosas acabam se rompendo mais facilmente, porém é importante destacar que mesmo que esses relacionamentos cheguem ao fim, os deveres parentais ainda persistem, e os filhos necessitam da figura presente dos pais.

Esse fim mal resolvido tende a trazer um ambiente conflituoso para os lares, resultando na prática da alienação parental por parte do genitor mais presente na vida dos filhos após a separação contra o outro que fica um pouco mais distante.

Segundo Rolf Madaleno a alienação parental pode ser conceituada como a extinção ou o rompimento dos vínculos afetivos do filho em comum em face de um dos pais, ou de ambos, tornando-os cada vez mais distantes, alheios, estranhos, chegando ao ponto de o filho se tornar órfão de pais vivos. (MADALENO,2021).

Ou seja, todo esse contexto é altamente prejudicial para os filhos e para os genitores que podem sofrer danos irreparáveis, atina-se daí a importância do tema escolhido, qual seja: a mediação e a guarda compartilhada como meio inibitório da alienação parental.

O objetivo geral deste trabalho foi verificar a possibilidade de utilizar tais institutos para combater a prática da alienação parental. Os objetivos específicos consistiram em discorrer sobre alienação parental e síndrome da alienação parental trazendo seu conceito legal e doutrinário. Bem como analisar o instituto da mediação e da guarda compartilhada.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e exploratória e documental que visa produzir conhecimentos para investigações futuras e para a aplicação prática dos preceitos



discutidos. O referencial teórico foi produzido com base nas doutrinas de Rolf Madaleno, Flávio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano, Maria Berenice Dias entre outros.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro introduz o conceito de Alienação Parental, bem como discorre sobre a síndrome da alienação parental. No segundo capítulo faz-se uma explanação sobre o instituto da mediação e no último capítulo discorre-se sobre a guarda compartilhada e os seus benefícios.

Como resultado conclui-se que tanto a mediação quanto a guarda compartilhada são instrumentos que podem ser utilizados para inibir a prática da alienação parental, primeiro porque aproximam os genitores, proporcionando que estes se entendam, formulem acordos, e compreendam as mágoas, problemas e os descontentamentos do outro genitor, para juntos decidirem e determinarem o melhor para o futuro e vida do filho em comum.

## **2 ALIENAÇÃO PARENTAL**

Diante de um cenário ao qual as relações amorosas parecem estar cada dia mais frágeis, é preciso ter um olhar atento ao que resulta o fim dos relacionamentos. Isso porque independente da origem dessa relação, seja ela casamento ou união estável, há de se observar que ali existia uma configuração familiar e que após esse rompimento os filhos serão diretamente atingidos.

Dados do Colégio Notarial do Brasil apontam que o Brasil registrou mais de 17 mil divórcios só no primeiro semestre do ano de 2022, e em 2021, foram concluídas mais de 80 mil separações consensuais. Tem-se que este é o maior número desde 2007, quando uma lei federal permitiu a formalização do divórcio diretamente em cartórios.(COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL,2022).

Ou seja, a duração mais curta da maioria dos casamentos e uniões estáveis é um fato, além disso, infelizmente a maioria desses rompimentos vem carregados de desentendimentos e mágoas, que acabam sendo desaguados no único ponto que continuará unindo-os - sua prole.

Assim, observa-se que é na figura dos filhos que é direcionado todas as insatisfações e irrisignações dos genitores, de forma a manipular as crianças e adolescentes com o intuito de segregar o outro genitor. Esse fenômeno é o que é chamado pela lei e pela doutrina de Alienação Parental.

Segundo Rolf Madaleno a alienação parental pode ser conceituada como a extinção ou o rompimento dos vínculos afetivos do filho em comum em face de um dos

pais, ou de ambos, tornando-os cada vez mais distantes, alheios, estranhos, chegando ao ponto de o filho se tornar órfão de pais vivos. (MADALENO,2021).

Não obstante, o conceito de Alienação Parental também é trazido pela lei no artigo 2º da Lei 12.318 de 2010:

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.

A partir desses conceitos é possível inferir que o principal intuito da alienação parental é causar prejuízo ao estabelecimento ou manutenção do vínculo entre genitor e sua prole.

Esse tipo de conduta causa graves consequências e prejuízos ao menor, ferindo seus direitos fundamentais de convivência familiar saudável, além de constituir abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Várias condutas caracterizam a Alienação Parental, conforme disposto no art. 2º da Lei Nº 12.318:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Ou seja, a prática de Alienação Parental trata-se de algo muito sério, pois além de prejudicar o relacionamento com o outro genitor, também causa diversos danos psicológicos à criança e adolescente que pode ser manifestada pela Síndrome da Alienação Parental.

Segundo Pablo Stolze Gagliano, a Síndrome da Alienação Parental trata-se de um distúrbio que é resultante do contexto de disputas de custódia de crianças. Inicialmente esta síndrome se manifesta pela campanha denegritória contra um dos genitores (GAGLIANO,2021).

Nota-se diante disso, que a Alienação Parental é um fato social grave que acomete muitas famílias e precisa da intervenção do estado, de modo que haja a proteção da criança e do adolescente e que garanta a manutenção do direito de convivência e relações familiares de forma harmoniosa e saudável.

Diante de tais fatos indaga-se quais medidas jurídicas cabíveis para o enfrentamento da alienação parental dentro dos contextos familiares, por isso discorre-se a seguir sobre o instituto da mediação.

### **3. MEDIAÇÃO**

Em busca do significado da palavra mediação, encontra-se que mediação é o ato de servir de intermediário entre pessoas ou grupos (SIGNIFICADO,2022). Ou seja, mediar é o ato de servir como uma ponte para que duas ou mais pessoas encontrem a solução para algo.

No ordenamento jurídico brasileiro a mediação teve sua primeira previsão na Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, trazendo a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e determinou a implementação da Mediação como Política Pública.

Posteriormente em 26 de Junho de 2015 tem-se a promulgação da lei nº 13.140, responsável por dispor sobre a Mediação como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos.

Em seu artigo 1º, a lei define a mediação como atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e as estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (BRASIL, 2015).

No artigo 2º a lei elenca os princípios que orientam o instituto da mediação:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé. (BRASIL, 2015).

Deste modo observa-se que o instituto da Mediação é pautado em oito princípios quais sejam: a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Um conjunto de princípios de suma importância pois trazem um caráter igualitário, célere e seguro que propiciam um ambiente acolhedor para que as partes se aproximem e se sintam à vontade e acolhidas para encontrar juntas uma solução.

Outra informação importante a ser destacada é que a Lei de Mediação traz em seu artigo 3º que podem ser objeto de mediação aqueles conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Podendo ainda a mediação versar sobre todo o conflito ou parte dele e quando se tratar de mediação de direitos indisponíveis o consenso das partes deverá ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. Ou seja, a partir disso, verifica-se cabível a mediação nos conflitos familiares.

No artigo 4º observa-se mais ponto positivo para adoção da mediação nos conflitos familiares. E que neste artigo a lei aduz que aos necessitados será assegurado a gratuidade da mediação.

O mediador em todos os casos será uma pessoa designada pelo juiz ou escolhida pelas partes que será incumbida de conduzir o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

Deste modo, segundo Flávio Tartuce, a mediação é caracterizada como um meio consensual, porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa, o que demonstra-se diferente da lógica tradicional em que um julgador tem autoridade para impor decisões sobre os jurisdicionados (TARTUCE,2020).

Assim, tendo em vista o cunho apassivador do instituto da mediação e o cenário da alienação parental, nota-se que a mediação é uma excelente estratégia para a inibição da prática de alienação parental e harmonização dos vínculos familiares rompidos.

Isso porque a Mediação se mostra como um método menos invasivo, que permite e propicia às partes as partes uma aproximação e ambiente favorável para juntos encontrarem uma melhor solução para resolução dos conflitos.

Muitas vezes um dos genitores só precisa que o outro saiba de suas irresignações e o ouça. Então ter essa aproximação mediada por um terceiro imparcial, ajuda os genitores a conversarem de forma clara, sem interrupções e sem mal entendidos.

Segundo Dias, a mediação é uma alternativa melhor do que a judicialização imediata, no qual um juiz decide e prolata uma sentença decidindo pelos genitores, pois a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado, principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos desfeitos. (DIAS,2021).

A resposta judicial nunca corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo fim do sonho do amor eterno do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do

processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos integrantes do litígio familiar.(DIAS,2021).

Para Rolf Madaleno a mediação é sim uma ótima alternativa para resolução de conflitos familiares, pois na mediação o mediador tem um papel importante de escutar as partes, investigar fatos importantes aos problemas discutidos, levantar e negociar opções de soluções e também atua ajudando a estabelecer compromissos provisórios e permanentes, utilizando-se sempre dos seus atributos de paciência, sensibilidade e isenção de preconceitos. (MADALENO,2021).

Verifica-se diante do exposto que o instituto da mediação demonstra-se com um meio apto a inibir a prática de alienação parental uma vez que é um instituto baseado nas soluções consensuais, presidido por um terceiro imparcial, que proporciona a aproximação das partes, a conversa e solução de problemas de forma autônoma, proporcionando assim uma melhor compreensão e a resolução de problemas ligados à criação, educação e convívio com o filho e a consequente harmonização deste círculo familiar.

Superado este ponto, indaga-se sobre a possibilidade da guarda compartilhada ser utilizada como meio inibitório de alienação parental, portanto discorre-se a seguir sobre a guarda compartilhada.

#### **4. GUARDA COMPARTILHADA**

A muito tempo a culpa deixou de ser um elemento essencial para o reconhecimento do divórcio, deixando também de ser uma referência para a fixação da guarda dos filhos, que antes quase sempre ficavam sob a guarda das mães. Porém com o passar do tempo e com a mudança da sociedade, a convivência familiar se tornou algo fundamental para a figura dos filhos e para a proteção dos direitos dos pais.

Nesse sentido prescreve a Constituição Federal de 1988, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, devendo os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serem exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 1988).

A seu turno, o Código Civil de 2022, aduz em seu artigo 1631 que a autoridade parental cabe a ambos os genitores, prescrevendo que a titularidade e o exercício do poder familiar devem ser igualmente divididos entre os genitores.

Sendo finalizado o vínculo afetivo e rompido o convívio conjugal, o ideal é que o poder familiar continue sendo exercido pelos dois genitores. Isso porque, segundo Maria Berenice Dias, a unidade da família não se confunde com a convivência do casal, sendo um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores. (DIAS 2021)



Corroborando com este entendimento tem-se o descrito no artigo 1579 do Código Civil, que aduz que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. (BRASIL,2002). Ou seja, a separação dos pais não muda a responsabilidade dos pais para com seus filhos.

Entende-se nos termos da lei que a guarda unilateral é quando a guarda é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e guarda compartilhada é quando há 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. (BRASIL,2002)

Na modalidade de 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. Nesta modalidade divide-se também a responsabilidade e todas as decisões sobre a vida do filho em comum são decididas em conjunto.

O procedimento de Ação de Guarda seja ela unilateral ou compartilhada encontra-se previsto no artigo 1584 do Código Civil, vejamos:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 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.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação

técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (...)

Ou seja, de acordo com o descrito na lei, infere-se que a guarda compartilhada deverá ser aplicada como regra, tendo em vista que ela proporciona a continuidade do cumprimento do poder familiar por ambos os pais, de modo que estes decidam e administrar a educação e vida dos filhos em forma conjunta e igualitária, colocando sempre o bem-estar da criança e do adolescente como prioridade em detrimento de possíveis conflitos resultantes da separação conjugal, conforme verifica-se na jurisprudência a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - GUARDA COMPARTILHADA - PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - ALIMENTOS - BINÔMIO NECESSIDADE/CAPACIDADE - FILHA MENOR - AUSÊNCIA DE PROVA SEGURA DA INCAPACIDADE PARA PROVER O ENCARGO ALIMENTAR FIXADO - SENTENÇA MANTIDA. I - Exceto quando um dos genitores declarar que não deseja exercer a guarda do filho e as circunstâncias fáticas permitirem a conclusão de que é melhor a guarda unilateral, a guarda deverá ser compartilhada sempre que ambos os genitores estiverem aptos ao exercício do poder familiar, sendo imprescindível ter-se sempre como norte a imperiosa necessidade de se assegurar o melhor interesse da criança/do adolescente. II - Não desconstituída a presunção de necessidade aos alimentos que sempre milita em favor do filho menor e não comprovada a alegada incapacidade alimentar do pai, tem-se por razoável o arbitramento da pensão alimentícia nos mesmos patamares fixados na irrecorrida decisão definidora dos alimentos provisórios.

(TJ-MG - AC: 10000210702957001 MG, Relator: Peixoto Henrique, Data de Julgamento: 11/08/2021, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/08/2021)

Sob relatoria do Desembargador Peixoto Rodrigo Henrique em 11 de Agosto de 2021, foi adotada a guarda compartilhada na decisão proferida com fundamento de que a guarda compartilhada deve ser a regra, não sendo esta determinada apenas quando quando um dos genitores declarar que não deseja exercer a guarda do filho e as circunstâncias fáticas permitirem a conclusão de que é melhor a guarda unilateral, devendo ser buscado de forma prioritária o melhor interesse da criança/do adolescente.

Dessa forma a guarda compartilhada se mostra também uma ótima medida a ser utilizada para a inibição da prática da alienação parental, pois garante e resguarda os

direitos da pessoa dos filhos, mantendo a convivência familiar harmoniosa e o partilhamento da responsabilidade dos pais de forma conjunta, prevenido atos de alienação parental.

## **5. CONCLUSÃO**

Até aqui observamos que as relações amorosas parecem estar cada dia mais frágeis, e que o fim desses relacionamentos de forma conflituosa pode trazer diversas consequências ruins para os filhos, pois muitas vezes a parte descontente com o fim do relacionamento acaba manipulando o filho a se afastar do outro genitor, situação chamada de alienação parental.

A partir do conceito de Rolf Madaleno foi possível conhecer o conceito de alienação parental, que é conceituada como a extinção ou o rompimento dos vínculos afetivos do filho em comum em face de um dos pais, ou de ambos, tornando-os cada vez mais distantes, alheios, estranhos, chegando ao ponto de o filho se tornar órfão de pais vivos. (MADALENO,2021).

Não obstante, o conceito de Alienação Parental também foi apresentado em sua forma legal, pelo artigo 2º da Lei 12.318 de 2010, como 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.

A partir desses notou-se que o principal intuito da alienação parental é causar prejuízo ao estabelecimento ou manutenção do vínculo entre genitor e sua prole e que tipo de conduta causa graves consequências e prejuízos ao menor, ferindo seus direitos fundamentais de convivência familiar saudável, além de constituir abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Assim, por se tratar de um grave problema social, este artigo procurou trazer o instituto da mediação e da guarda compartilhada como possíveis soluções para a prática da alienação parental.

O primeiro apresentado foi o instituto da mediação. A mediação demonstrou-se com um meio apto a inibir a prática de alienação parental uma vez que é um instituto baseado nas soluções consensuais, presidido por um terceiro imparcial, que proporciona a aproximação das partes, a conversa e solução de problemas de forma autônoma, proporcionando assim uma melhor compreensão de ambas as partes e a resolução de

problemas ligados à criação, educação e convívio com o filho e a consequente harmonização deste círculo familiar.

Após isso, foi apresentada a guarda compartilhada. Outra alternativa que se demonstrou eficaz na prevenção e combate a alienação parental, pois proporciona a continuidade do cumprimento do poder familiar por ambos os pais, de modo que estes decidam e administram a educação e vida dos filhos em forma conjunta e igualitária, colocando sempre o bem-estar da criança e do adolescente como prioridade em detrimento de possíveis conflitos resultantes da separação conjugal.

Assim diante de todo exposto conclui-se que a mediação e guarda compartilhada são instrumentos que podem ser utilizados para inibir a prática da alienação parental, primeiro porque aproximam os genitores, proporcionando que estes se entendam, formulem acordos, e compreendam as mágoas, problemas e os descontentamentos do outro genitor, colocando sempre como prioridade o melhor para o filho em comum.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. 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 10 de set de 2022.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 de Setembro de 2022.

BRASIL. LEI No 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.**

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)> Acesso em

10 de Agosto de 2022.

BRASIL. LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n o 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: Agosto de 2022.

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

**Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.** Disponível em :  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em Agosto de 2022.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo **Manual de direito civil**: volume único / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021. e-book

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11a edição. Rio de Janeiro Grupo GEN, 2021.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 11ª Edição. Rio de Janeiro, Forense; MÉTODO, 2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. PROCESSO AC: 10000210702957001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 11/08/2021, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/08/2021.

## O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS

**MÔNICA REGINA TEIXEIRA:**  
Advogada. Mestranda em Processo Penal. PUC/SP.

**RESUMO:** O presente trabalho tem, como objetivo, estudar e analisar o direito estatal de punir, sua origem, previsão legal e limites e como esse direito interage com os direitos humanos, com presente pesquisa direcionada a demonstrar as imperfeições do tratamento dado aos apenados dentro do sistema carcerário brasileiro, partindo da noção principiológica do processo constitucional.

**Palavras-Chave:** Estado democrático; direito de punir; direitos humanos; sistema carcerário.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Direito e Poder. 1.1 O Poder de Punir. 2 Estado Democrático de Direito. 2.1 Artigo 1º, Inciso III, Da Constituição Federal Brasileira: A Dignidade da Pessoa Humana. 2.2 Da Proibição de Penas Cruéis. 3 Limite ao Direito de Punir. 4 Dos Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. 4.1 Construção Histórica. 4.2 Direitos Humanos e a Relação com a Execução da Pena Privativa de Liberdade no Brasil. 4.2.1. A Possibilidade de Ressocialização. 5 O Brasil sob a Perspectiva das Organizações e Entidades Internacionais de Direitos Humanos. 6 Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O Estado tem como fundamento o homem e nele se projeta toda a sua finalidade e se sustenta, na dignidade da pessoa humana, vista como como um fim e não um meio e, o homem, com um sujeito e não um objeto. Assim, a dignidade da pessoa humana é uma previsão normativa da própria Constituição Federal de 1988, que a inseriu como um princípio, nos termos do artigo 1º, inciso III.

Igualmente, tem-se, ainda, que o preâmbulo da Constituição Federal, foi enfático ao traçar as diretrizes em favor do ser humano, pressupondo um ordenamento jurídico em que a dignidade humana seja observada, inclusive como referência para a criação, interpretação e valoração de qualquer direito fundamental.

Assim, nos que diz respeito às pessoas presas, condenadas ou não, devem ter sua dignidade humana preservada, independentemente da quantidade e gravidades dos crimes cometidos. A punição não deve buscar o sofrimento do condenado, não deve objetivar que padeça pelos seus atos ilícitos. Mesmo que o dano causado à sociedade seja imensurável, o exercício do *jus puniendi* não se constitui uma atividade desenfreada na busca pela utilidade da pena.



Dessa forma, o princípio da dignidade humana é um limite à atividade punitiva do Estado e, portanto, um princípio que rege o processo de humanização das sanções penais.

Todavia, para se buscar um sistema humanitário de sanções, não é suficiente que o Estado deixe de cominar ou que proíba determinadas penas que causem excessivo sofrimento ao homem. É necessário, que na execução da pena, o Estado assegure condições ao preso para que ele possa conservar sua dignidade, ainda que privado de algum direito. O Estado deve proporcionar ao preso a sociabilidade e outras garantias mínimas para que ele não se sinta excluído pela sociedade e não perca sua identidade enquanto cidadão.

## **1 DIREITO E PODER**

É imensurável a íntima ligação do Direito com o Poder. Como afirma Bobbio, para que haja Estado legal, não pode existir Poder sem Direito. E não pode haver Direito sem poder, na medida em que o Direito é ordenamento que se realiza apenas através da força. Isso nos remete à definição de Weber, de que o Estado possui o monopólio legítimo da força.

Aristóteles é autor da frase "*o homem é um animal político*", logo, verificamos que o homem tem, em si, uma inclinação natural para a vida em comunidade, inclinação esta que é da sua natureza. Entre os gregos antigos o envolvimento com o Poder, com a Política, com a vida pública era extremamente valorizado e quando um cidadão não se mostrava interessado nas questões políticas, chegava a receber um apelido depreciativo.

Um dos fenômenos mais difundidos na vida social é exatamente o do Poder. Pode dizer-se que não existe praticamente relação social na qual não esteja presente, de qualquer forma, a influência voluntária de um indivíduo ou de um grupo sobre o comportamento de outro indivíduo ou de outro grupo. Não devemos nos surpreender ao verificar que o conceito de Poder foi empregado para interpretar os mais diversos aspectos da sociedade: desde os pequenos grupos da administração de produção e desde a família até as relações entre as classes sociais. Todavia o campo em que o Poder ganha seu papel mais crucial é o da política; em relação aos fenômenos políticos, o Poder tem sido pesquisado e analisado continuamente e com maior riqueza de métodos e de resultados. Isto é, atestado pela longa história e tradição da filosofia política, e é atestado pelas ciências sociais contemporâneas, a partir da análise hoje tomada clássica que do Poder fez Max Weber. (STOPPINO, 1998, p. 940)

O Poder é, às vezes, confundido com a força. Poder e força são elementos distintos, embora exista uma estreita relação entre o poder e a força, principalmente quando se trata da questão do Direito em relação ao poder do Estado. A autoridade do Poder, sua realização, sua eficiência e sua eficácia nem sempre dependem da força, pelo menos não no que diz respeito à força física, a qual as vezes é relacionada a violência.

O filósofo Franz Oppenheim<sup>39</sup>, afirma que existem três formas de poder:

A violência física: ela não dispensa a força, uma vez que a violência depende diretamente da força;

O impedimento legal: aqui a forma de Poder está relacionada à violência simbólica;

Ameaça de sanções graves: depende da força, inclusive, da ameaça de violência física como um meio para atingir e manter o respeito às normas. Essa dependência da força e da violência física pode ser usado, a título de exemplo, no caso de uma reintegração de posse: quando as pessoas que ocupam um imóvel recebem a intimação judicial para a desocupação e se recusam a sair, a polícia é autorizada a usar de força. Aqui se vê o Poder, amparado pelo Direito, se relacionando diretamente com a violência física.

Assim como na teoria de Poder de Oppenheim, a teoria do Poder de Weber<sup>40</sup> apresenta três formas: a dominação tradicional, a dominação carismática e a dominação racional-legal.

Weber especificou três tipos puros: o Poder legal, o Poder tradicional e o Poder carismático. O Poder legal, que é especificamente característico da sociedade moderna, funda-se sobre a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função do detentor do Poder. A fonte do Poder é, portanto, a lei, à qual ficam sujeitos não apenas aqueles que prestam obediência, como são os cidadãos e consórcios, mas também aquele que manda. (...). O Poder tradicional funda-se sobre a crença no caráter sacro do Poder existente "desde sempre". A fonte do Poder é, portanto, a tradição que impõem vínculos aos próprios conteúdos das ordens que o senhor comunica aos súditos. (...) O Poder carismático, enfim, está fundado na dedicação afetiva à pessoa do chefe e ao caráter sacro, à força heróica, ao valor exemplar ou ao Poder de espírito e da palavra que o distinguem de modo especial. A fonte do Poder se conecta

<sup>39</sup> Professor, filósofo, alemão, refutava a ideia de Pacto social, como explicação para origem do Estado e afirmava que o Estado nascia com dominação.

<sup>40</sup> Para Max Weber, poder significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade.

com o que é novo, como o que não existiu nunca, e por isso o Poder tende a não suportar vínculos predeterminados. Quem comandará é verdadeiramente o líder (o profeta, o herói guerreiro, o grande demagogo) e aqueles que prestam obediência são os discípulos. (STOPPINO, 1998, p. 940)

Segundo o conceito de Poder, para Bobbio, o ponto de partida e o ponto de chegada da teoria política é questão do poder.

O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. Mas o mesmo problema pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo opostos: ex parte principis ou ex parte Populi. Maquiavel ou Rousseau, para indicar dois símbolos. A teoria de razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo. A teoria do Estado -potência, de Ranke a Meinecke e ao primeiro Weber, ou a teoria da soberania popular. A teoria do inevitável domínio de uma restrita classe política, minoria organizada, ou a teoria da ditadura do proletariado, de Marx a Lenin. O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, fala em nome do Estado presente; o segundo ponto de vista é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de quem fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento, como os primeiros, no dever da obediência, ou, como os segundos, no direito à resistência (ou a revolução). (BOBBIO, 1994, p. 61)

Bobbio ressalta ainda que, historicamente, tanto no pensamento político clássico como no pensamento predominante durante a Idade Média, a relação política foi tida como uma relação de desigualdade entre os dois sujeitos em questão, isto é, os governantes e os governados, os soberanos e os súditos, o governo e o povo.

Em termos hobbesianos, a Lex – entendida como mandamento do soberano vem antes do ius, no sentido de que o ius, ou o direito do indivíduo, coincide pura e simplesmente com o silentium legis. É doutrina jurídica tradicional a de que o direito público pode regular

o direito privado, ao passo que o direito privado não podem derogar o direito público. (BOBBIO, 1994, p. 50).

Pode-se afirmar que, tanto na teoria, como na prática, o conceito de Poder tem sido levado em consideração como um conceito fundamental nos estudos sociológicos, econômicos, culturais e políticos.

Atualmente, o Poder é considerado como uma das variáveis fundamentais, em todos os setores de estudo da política. Isto se verifica, por exemplo, na análise das burocracias, e, mais genericamente, na análise das organizações, onde a estrutura hierárquica mais ou menos acentuada e as diversas formas que ela pode assumir colocam, naturalmente, em primeiro plano, o fenômeno do Poder. Verifica-se também a fundamentalidade do Poder no estudo das relações internacionais, onde o conceito de Poder, quando não é considerado como instrumento privilegiado de interpretação, fornece, de uma maneira, um critério de análise de que não se pode prescindir e verifica-se também, no estudo dos sistemas políticos nacionais e locais, onde o estudo do Poder termina no estudo da natureza e composição das elites políticas e das relações que existem entre elites e outros setores da população. Neste último campo existem pouquíssimas pesquisas empíricas dirigidas para o estudo da distribuição do Poder, a nível do sistema político nacional. Por outro lado, existem numerosas pesquisas voltadas para o estudo da distribuição do Poder ao nível da comunidade política local. A propósito, sociólogos e politólogos, especialmente nos Estados Unidos, construíram técnicas de investigação mais ou menos elaboradas para identificar onde reside, de preferência, o Poder e quem governa nesta ou naquela cidade. (STOPPINO, 1998, p. 940)

### 1.1 O PODER DE PUNIR

Nesse cenário de diversos conceitos interligados, Paul - Michel Foucault, ou simplesmente Michel Foucault, se apresenta com um dos filósofos que mais se dedicou ao pensamento do poder, ele estudou o poder não para criar uma teoria de poder, mas para identificar os sujeitos atuando sobre os outros sujeitos.

Os pensamentos de Foucault, envolvem principalmente, o biopoder<sup>41</sup> e a sociedade disciplinar. Ele acreditava ser possível a luta contra padrões de pensamentos e

---

<sup>41</sup> Termo criado por Foucault para mostrar as práticas dos Estados modernos, que regulam os indivíduos através de diversas técnicas que possibilitam o controle dos corpos e da população em geral.

comportamentos, mas impossível se livrar das relações de poder. O Poder em Foucault reprime, mas também produz efeitos de saber e verdade.

Trata-se (...) de captar o poder em suas extremidades, em suas últimas ramificações(...) captar o poder nas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam (...)Em outras palavras, captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica de seu exercício. (FOUCAULT, 1979, p. 182)

Os estudos de Foucault estiveram relacionados às instituições, quartéis, fábricas, prisões, hospitais psiquiátricos e escolas, "*instituições de sequestro*"<sup>42</sup>.

A disciplina segundo o filósofo, procede à distribuição dos indivíduos no espaço, entretanto, a organização espacial, horários, escala hierárquica, tudo leva essas instituições a prescrições de comportamentos humanos estabelecidos e homogêneos.

A minúcia dos regulamentos, o olhar esmiuçante das inspeções, o controle das mínimas parcelas da vida e do corpo darão, em breve, no quadro da escola, do quartel, do hospital ou da oficina, um conteúdo laicizado, uma racionalidade econômica ou técnica a esse cálculo místico do ínfimo e do infinito. (FOUCAULT, 2008, p. 121)

O autor chama de corpos dóceis, os corpos maleáveis e moldáveis, o que significa que, por um lado, a disciplina se submete ao corpo a um ganho de força pela sua utilidade, e, por outro lado, perde força pela sua sujeição à obediência política.

Ele afirma que há dois fatores que funcionam como dispositivos para o exercício do poder: a vigilância e a punição.

o olhar vai exigir muito pouca despesa. Sem necessidade de armas, violência física, coações materiais. Apenas um olhar. Um olhar que vigia e que cada um, sentindo-o pesar sobre si, acabará por interiorizar, a ponto de observar a si mesmo; sendo assim, cada um exercerá essa vigilância sobre e contra si mesmo. Fórmula maravilhosa: um poder contínuo e de custo final de contas irrisório. (FOUCAULT, 2004, p. 218)

---

<sup>42</sup> Segundo o professor Alfredo Veiga Neto, esta denominação se dá a instituições que são capazes de capturar nossos corpos por tempos variáveis e submetê-los a variadas tecnologias de poder.

O outro dispositivo, a punição, é um ato burocrático, que permite ao Estado que a pena seja oficializada. É a institucionalização do direito de castigar, punir. Quando a punição se torna legal, pode ser inflingida pelo poder sem que isso seja visto como excesso e o poder de punir torna-se discreto.

Era assim que funcionava o poder monárquico. A justiça só prendia uma proporção irrisória de criminosos; ela se utilizava do fato para dizer: é preciso que a punição seja espetacular para que os outros tenham medo. (FOUCAULT, 2004, p. 217)

Logo no Capítulo I de um dos livros mais prestigiados de Michel Foucault, "Vigiar e punir, o corpo dos condenados", nos deparamos com a descrição minuciosa de uma cena de cumprimento de uma condenação, com esquartejamento e morte do infrator.

Finalmente foi esquartejado [relata a Gazette d'Amsterdam]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas... (FOUCAULT, 2014, p. 09)

Passados muitos anos, sumiu o corpo como alvo principal da repressão penal. No fim do século XVIII e começo do XIX, as chamadas festas de punição vão desaparecendo. O suplício da exposição do condenado foi mantido na França até 1831, sendo abolida somente em 1848. Já as cadeias que obrigavam os condenados a serviços forçados na França, foram substituídas em 1837 por decentes carceragens.

A execução pública é vista então como uma fornalha em que se acende a violência. (FOUCAULT, 2014, p. 14)

A punição vai se tornando a parte mais escondida do processo penal, gerando várias consequências abstratas e a sua eficácia é atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o show da punição.

Na França, assim como em boa parte da Europa, exceto a Inglaterra, todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto, até mesmo para o acusado. O processo seguia sem que ele ao menos tivesse ciência da acusação, soubesse quem o estava denunciando, conhecesse os depoimentos, as provas ou tivesse direito de ter um advogado. Na justiça criminal o saber era privilégio absoluto da acusação.

Já o magistrado tinha o direito de receber a denúncia, de esconder do acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa e até mesmo de usar insinuações.



A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de quem em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo (FOUCAULT, 2014, p. 38)

Foucault centra sua análise nas prisões e analisa essas instituições a partir do dispositivo panóptico, de vigilância e invisibilidade, concebida por Jeremy Bentham, que se baseia em três elementos arquitetônicos: espaço fechado, divisão de celas e torre central. Da torre, é possível enxergar as celas, muito embora das celas não seja possível enxergar quem está na torre e nem tampouco em outras celas.

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; centro, uma torre: está é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às torres das janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravessasse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar.

Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente a claridade, as pequenas silhuetas cativas na celas da periferia. (FOUCAULT, 2014, p. 194).

O efeito mais importante do Panóptico é induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder, faz com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação. O prisioneiro sabe que está sendo vigiado incessantemente, mesmo que não haja a necessidade disso.

Por isso Bentham colocou o princípio de que o poder devia ser visível e inverificável. Visível: sem cessar o detento terá diante dos olhos a alta silhueta da torre central de onde é espionado. Inverificável: o detento nunca deve saber se está sendo observado; mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo. (FOUCAULT, 2014, p. 195)

O panoptismo, é, portanto, um dispositivo invertido do espetáculo, poucos assistem ao que acontecem com a multidão, um laboratório do poder, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade, isto é, os tipos de discursos que aceita e faz funcionar como verdadeiros(...), os meios pelo qual cada um deles é sancionado, as técnicas e procedimentos valorizados na aquisição da verdade; o status daqueles que estão encarregados de dizer o que conta como verdadeiro. (FOCAULT, 1979, p. 12)

Foucault, quando estudou os fundamentos do panoptismo, trouxe as escolas, quartéis e hospitais como modelos do aparelhamento disciplinar. Sua análise dessas instituições, não é uma simples crítica, mas sim reflexões aos sistemas instituídos no interior delas, à medida que ocorre sua progressão histórica.

Assim, pode-se entender por poder uma ação sobre ações. É pela disciplina que as relações de poder se tornam mais facilmente observáveis pois é por meio da disciplina que estabelecem as relações: opressor-oprimido, mandante-mandatário, persuasivo-persuadido e as relações que exprimem comando e os comandados.

Para Foucault, pode-se concluir que a harmonia das relações de poder-direito, poder-verdade, estado, mercado e sociedade civil é essencial para que as políticas e ações sejam fundamentadas nos princípios éticos.

A ordem disciplinar, como vista, perfaz uma forma de instituir ordem e alcançar eficiência e utilidade econômica.

Pode-se identificar que o poder se encontra por toda parte. Ele não é só do Estado ou da soberania. O poder provoca ações que ora se encontram no campo do direito, ora no campo da verdade. O poder deve ser entendido como uma relação flutuante; não está numa instituição e nem em ninguém. A imposição de força sobre o corpo acaba por aferir a sujeição de utilidade econômica, atividades codificadas e aptidões formadas e, também, a sujeição de obediência política, aceitação das regras e normas sem a capacidade de reflexão crítica.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Quando lemos o artigo 1º da Constituição de 1988, é clara a afirmativa de que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando. A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito democrático, com o "democrático" qualificando o Direito, e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as constituições. A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o "democrático" qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica. O

Direito, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá de ajustar-se ao interesse coletivo.

Nesse sentido, quando se estuda a proposta constitucional brasileira, verifica-se claramente que os direitos fundamentais são assegurados pelo devido processo e, conseqüentemente, ao analisar o Estado Democrático de Direito, fala-se em uma estrutura que se mantém sempre aberta a revisão.

Segundo José Afonso da Silva<sup>43</sup>, a democracia deve ser entendida como o conceito fundamental do Estado Democrático de Direito, na medida em que se trata da materialização dos valores para convivência em sociedade.

Assim, quando a Constituição Federal afirma que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, não se trata apenas de um modelo legítimo instituído de acordo com o Direito em sua forma de ser e atuar, mas um Estado instaurado com base em valores sociais, decorrente da livre manifestação popular, afastando-se concepções de formalismo meramente legal para acolher princípios de justiça social. (PEREIRA, 2008, p. 33)

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são consequência da própria soberania popular, na medida em que a lei é produto desta vontade geral, identificando direitos e garantias em um Estado livre composto de homens livres. Deixa-se de lado um contexto de limite ao poder estatal de atuar, que os direitos fundamentais sempre expressaram, para a constituição de uma posição valorizada como instrumento político-jurídico de controle das próprias atividades do Estado.

## 2.1 ARTIGO 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sob o aspecto que o caráter social liberal da Constituição brasileira, que se preserva valores sociais e de livre iniciativa, sempre acaba por sujeitar-se ao princípio fundamental da liberdade individual, que assume sua maior expressão nos direitos humanos e, em especial, no valor da pessoa humana.

Na Constituição Federal, ficou delimitado o modelo de Estado Democrático de Direito através da identificação de princípios orientadores de soberania popular, cidadania, garantia da dignidade da pessoa humana, reconhecendo valores sociais do trabalho e da

---

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 113.

livre iniciativa, acolhendo o pluralismo político e buscando a justiça social por meio da liberdade e igualdade em sua constituição. (PEREIRA, 2008, p. 39)

Ainda, segundo Miguel Reale<sup>44</sup>, esse valor assume forma com a consciência sobre a personificação que o homem adquire, em razão de reconhecer o valor da pessoa humana como condição preexistente, ou seja, da própria natureza do homem.

É o valor encontrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, fundamento do Estado Democrático de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio de suma importância, base de todos os direitos humanos previstos, elo entre o ser humano e suas ações, como integrante da sociedade, independentemente de qualquer atributo pessoal.

A concretização deste princípio decorre da própria condição de inter-relacionamento que a sociedade proporciona aos seus integrantes, pautando-se pela ética comportamental, bem como pela intervenção do Estado, somente como última opção, quando necessária para a preservação e respeito à dignidade da pessoa humana. (PEREIRA, 2008, p. 42)

Luiz Antônio Rizzato<sup>45</sup>, afirma que a dignidade da pessoa humana, como princípio orientador, exige um reconhecimento mútuo de direitos e deveres do cidadãos e do Estado, acolhendo um conceito ético-jurídico que a define como fruto das experiências históricas do ser humano que a conduziram à segregação de seus direitos fundamentais e, via de consequência, à dimensão dos valores essenciais à concretização deste direitos na sociedade.

A sua condição como valor inerente à própria natureza do ser humano identifica a dignidade como princípio absoluto, informador de todos os demais princípios do Estado Democrático de Direito, não podendo, de forma nenhuma, ser afastado com a justificativa de garantir outro direito constitucional.

Trata-se de um reconhecimento de limites de esfera de proteção e intervenção do Estado na vida da pessoa, no âmbito do poder de punir do Estado, determinando sua função judicial como expressão relevante para o conhecimento do alcance de direitos.

---

44 REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 199. p. 106.

45 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

A dignidade da pessoa humana assimila o conteúdo de todos os chamados direitos fundamentais de ordem pessoal, física e moral, social e, inclusive, econômica, definindo-se por características de autonomia e especificidade inerentes ao próprio homem em razão de sua simples personalidade.

É fonte de todos os direitos humanos, respeitando o limite de interferência que o próprio ser permite, em sua interação social, priorizando o seu cumprimento como responsabilidade de cada integrante da sociedade, exigindo a participação efetiva e concreta de cada um para o desenvolvimento social, de acordo com os valores definidos pelo próprio grupo<sup>46</sup>.

Trata-se de um respeito mútuo em uma comunidade jurídica de convivência, composta por uma reciprocidade de direitos e deveres que compõem essa relação jurídica fundamental. Assim, a condenação jurídica decorrente da violação da norma limitadora social e historicamente aceita, jamais poderá ser sinônimo de restrição, perda ou subtração do respeito à dignidade do ser humano.

Este princípio não fica sujeito à voluntariedade ou à arbitrariedade da repressão estatal, limitando o poder de intervenção no Estado, impedindo quaisquer medidas que expropriem a condição da dignidade do ser humano. O ser humano, como ser provido de inteligência e com autonomia para o exercício de sua liberdade, se destaca como ser diferenciado de todos os seres irracionais, independentemente de sua condição social, mas tão somente por existir como um indivíduo com domínio de sua própria existência.

## 2.2 DA PROIBIÇÃO DE PENAS CRUÉIS

A primeira Constituição brasileira buscou dar contornos humanitários às sanções penais na medida que consagrou a abolição do confisco de bens, da tortura e outras penas cruéis, mas manteve vigente a pena de morte e a prisão perpétua.

Em uma interpretação literal, verifica-se que a Constituição de 1824, ao abolir as penas cruéis, quis se referir a um tipo de pena, de maneira que a imposição da pena de morte e perpétua significou uma contradição na sua pretensa humanização das penas, fato que não restou consolidado, motivado pela absorção incompleta dos ideais iluministas da época.

Já na Constituição de 1988, o entendimento foi outro, ainda que o termo “cruel” venha inserido numa posição topográfica que indica tratar-se de um tipo de pena, a

---

<sup>46</sup> CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no estado democrático de direito**. Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século. Tradução. São Paulo: Método, 2001, p. 74

introdução do princípio da dignidade da pessoa humana, no texto constitucional de 1988 revela que a proibição de penas cruéis se refere tanto ao tipo de pena como ao meio pelo qual a pena é executada. Neste sentido Ferrajoli<sup>47</sup> expõe:

Acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõem uma limitação fundamental em relação à qualidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além do moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando em dos mesmos delinquentes.

Segundo Ferrajoli, no tocante à pena privativa de liberdade, há uma ofensa à dignidade do preso, quando sua prisão for aplicada para ser cumprida em período muito longo, de maneira que consistiria num excesso e, conseqüentemente, caracterizaria um sofrimento desnecessário ao delinquente. Nesse contexto, considera-se que as deficiências carcerárias, quanto à estrutura, à superlotação ou à ausência de higiene e outros fatores, fazem com que a pena de prisão seja executada com crueldade.

Ainda que a proibição de crueldade das penas não contemplasse as circunstâncias pelas quais a pena é executada, tais condições acima exemplificadas não poderiam ainda coexistir no sistema constitucional vigente, pois constituiria um tratamento desumano ao preso, o que é proibido pela Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso III. Essa inovação da Constituição de 1988 é o maior reconhecimento do princípio da dignidade humana, no sentido de que a pessoa deve ter sua dignidade protegida e respeitada, seja pelo ente estatal, enquanto órgão soberano, seja pelos agentes do Estado ou, ainda, pelo indivíduo, enquanto particular.

No inciso XLIX da Constituição, preceitua-se que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, mais um compromisso com a humanização das penas. O texto constitucional de 1988, estendeu os destinatários deste princípio, fazendo valer a todos os presos, sejam estes em caráter provisório ou definitivo, diferentemente da Constituição de 1967, que prescrevia o respeito à integridade física e moral somente aos presidiários e detentos.

---

47 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 318.



O que se vislumbra é que o texto constitucional pretende que a execução da pena da pessoa condenada pelo Estado não seja considerada como um “objeto”. A dignidade da pessoa humana é princípio fundante do Estado idealizado na Constituição de 1988 e deve ser interpretado em favor de todos os cidadãos, ainda que transgressores da norma.

### **3 LIMITE AO DIREITO DE PUNIR**

Os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos justificam a exigência de uma limitação ao poder de punir do Estado.

A retribuição penal, como finalidade atribuída à atuação do Estado na aplicação da pena, também não satisfaz os critérios indispensáveis à delimitação do poder de punir do Estado.

Critérios totalitários ou absolutistas outros que, da mesma forma, esperam encontrar na pena “um fim em si mesma” sequer tocam as arestas dos necessários limites ao poder de punir do Estado, não conseguindo satisfazer os interesses da sociedade. (PEREIRA, 2008, p. 57)

Acreditando que não existe poder de punir legítimo sem limitações claras da sua atuação, de acordo com o Estado Democrático de Direito, os princípios fundamentais e os conceitos de política criminal desse modelo jurídico como justificadores de uma política de penas se apresentam como alternativa ao limite ao poder de punir do Estado.

Assim, reconhecer o bem jurídico como limite ao direito de punir do Estado é indicar que uma atuação repressiva na sociedade deve estar sempre limitada às necessidades oriundas de conflitos sociais estabelecidos e não resolvidos. Logo, nos parece correta a afirmação, de que a concretização de um sistema valorativo de normas é mais adequada socialmente.

Na esfera da Proteção Jurídica Penal, deve-se buscar a intervenção mínima. Mas, mesmo essa intervenção mínima necessita de orientação, que somente se satisfaz pela adoção de limites derivados do Estado Democrático de Direito, relacionados com bens jurídicos protegidos, estabelecidos por um critério científico-social de um modelo jurídico penal dinâmico.

Uma constante revisão de todo o processo de persecução penal e do modo de intervenção do Direito Penal na sociedade, segundo o princípio da proporcionalidade, ou seja, de adequação da reprimenda penal a cada caso, analisado de forma singular e

individualizada, é pressuposto para a existência e manutenção desse modelo jurídico penal dinâmico.

Assim, claramente concretiza-se a já declarada missão do Direito Penal, no moderno Estado Democrático de Direito, de revalidação e reafirmação de bens jurídicos, eleitos segundo este critério científico-social.

Aliás, a própria reafirmação dos sistema jurídico penal acaba por depender da revalidação ou confirmação de conceitos e valores sociais de época, determinantes do critério científico-social de eleição de bens penalmente protegidos, apesar da natural dificuldade técnica na delimitação destes conceitos e valores. (PEREIRA, 2008, p. 58)

Para a definição desses bens jurídicos se faz necessário passar pelo estabelecimento de um discurso jurídico, uma comunicação seletiva de valores em um determinado grupo social, estabelecendo referenciais próprios, criando conceitos valorativos simultâneos. Esses bens, produtos de uma eleição consensual de valores penalmente protegidos, indicam o delito como sendo um dissenso, uma violação do discurso jurídico estabelecido em determinado grupo social.

Daí porque a reprovação à violação de valores, por meio da persecução penal com o intuito de reafirmação dos bens jurídicos eleitos em um determinado grupo social, destaca-se em relação aos demais elementos dogmáticos de sustentação da eficácia do Direito Penal.

Assim, impõem-se o bem jurídico como limite à aplicação do *ius puniendi* do Estado como maior expressão da própria finalidade do Direito Penal, qual seja, a exclusiva proteção de bens jurídicos.

## **4 DOS DIREITOS HUMANOS E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**

### **4.1 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA**

Os direitos humanos são reflexo de uma construção de valores a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.

Como bem afirma Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando e como podem nascer. Não são uma informação, mas uma invenção, um reconhecimento, uma conquista humana que está em constante processo de construção.

Em uma breve perspectiva histórica, verifica-se que o discurso jurídico da cidadania sempre enfrentou a dicotomia entre os valores da liberdade e da igualdade. No final do século XVIII, as Declarações de Direitos traziam um discurso liberal acerca da cidadania.

Tanto a Declaração francesa de 1789, como a americana de 1776, privilegiavam a ótica contratualista liberal, limitando os direitos humanos aos direitos à liberdade, segurança e propriedade. Daí o primado do valor da liberdade com prevalência dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão dos direitos sociais, econômicos e cultural que dependesse da intervenção do Estado.

Após a Primeira Guerra Mundial, ganhou força o discurso social da cidadania e, sob as influências da concepção marxista, foi elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918. Há uma transição dos valores da liberdade para os da igualdade, visando acabar com a exploração econômica.

A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, e as Constituições sociais do início do século XX, primaram por veicular um discurso social de cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto.

Nesse cenário, a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948 introduz uma inovação ao trabalhar com uma linguagem de direito até então inédita. A Declaração passa a expor tantos direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais, afirmando a concepção contemporânea de Direitos Humanos.

Essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos que urge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. O Estado, à época, surgiu como figura que viola os direitos humanos e a "era Hitler" fora marcada pela destruição da pessoa humana em todos os sentidos. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito.

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, já que revela tema de legítimo interesse internacional. É o fim, por assim dizer, da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era vista como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. A universalidade, porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob o fundamento de que a condição

de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade.

A partir de então, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é um legado da chamada “Era do direito”, que permitiu a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo.

Esse sistema é formado por diversos tratados internacionais que lidam com a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados na medida que trabalham com o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, visando atingir parâmetros protetivos mínimos.

Junto ao sistema normativo global, há também os sistemas normativos regionais de proteção, que visam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais. Esses dois sistemas se complementam e formam um universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.

O objetivo da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantido os mesmos direitos é ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, aumentar o grau de eficácia da proteção esperando, assim, no caso concreto, a maior e mais eficaz proteção a vítima.

#### 4.2 DIREITOS HUMANOS E A RELAÇÃO COM A EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

O sistema carcerário brasileiro é o maior exemplo de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os efeitos dessa situação afetam a diversas pessoas, não só aos apenados, mas familiares e profissionais que atuam na área.

No tocante às condições carcerárias, são crudelíssimas a um ser humano e em um de seus livros de maior notoriedade Draúzio Varella<sup>48</sup>, narra diversas situações degradantes:

A masmorra fica em frente à gaiola de entrada do pavilhão. É guardada por uma porta maciça, ao lado da qual uma placa avisa que é terminantemente proibida a entrada de qualquer pessoa não autorizada. São oito celas de uma lado da galeria escura e seis de outro, úmidas e superlotadas. O número de habitantes do setor não é inferior a cinquenta, quatro ou cinco por xadrez, sem sol, trancados o tempo todo para escapar do grito de guerra do Crime [...] ambiente

48 VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 24.

lúgubre, infestado de sarna, muquiranas e baratas que sobem pelo esgoto. Durante a noite ratos cinzentos passeiam pela galeria deserta. A janela do xadrez é vedada por uma chapa de ferro fenestrada, que impede a entrada de luz. [...] tomar banho exige contorcionismo circense embaixo do cano na parede ou na torneira da pia, com uma caneca [...]

E o cenário de terror segue aos doentes mentais, Dráuzio Varella<sup>49</sup> discorre sobre a precariedade da galeria em eles ficam na Casa de Detenção:

No segundo andar, há um trecho da galeria cujas celas são identificadas com um cartão afixado: 'DM', sigla que identifica os 'doentes mentais'. O critério para lhes atribuir tal rótulo é incerto, uma vez que não existe serviço especializado em psiquiatria na Casa. Alguns dos DMs já chegaram com distúrbios sérios de comportamento, outros entraram em surtos psicóticos na própria cadeia e avançaram sem motivo para esganar o companheiro, tentaram suicídio, desenvolveram quadros depressivos graves ou esgotaram o cérebro no cachimbo do crack ...como nos manicômios do século XIX, passam o tempo reclusos em seus xadrezes. A medicação psiquiátrica que recebem é praticamente a mesma para todos.

Essa situação deprimente não ocorre somente nessa Casa de Detenção, como bem frisou Barros Leal<sup>50</sup>:

Seja na Casa de Detenção de São Paulo, onde cerca de 7.250 homens habitam a maior prisão da América Latina, ou na Penitenciária Anibal Bruno, de Pernambuco, palco de torturas veiculadas inúmeras vezes pela imprensa, seja na decadente Lemos de Brito, de Salvador, com seu Beco da Morte, ou no instituto Penal Paulo Sarasate do Ceará, semidestruído por presidiários amotinados, vi projeção reiterada do mesmo filme, coproduzido pelo estigma e pela indiferença.

Prisões onde estão enclausurados milhares de pessoas, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade, carentes de assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa; prisões infectadas,

---

<sup>49</sup> Ibid., 2003. p. 25-26.

<sup>50</sup> LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**. Fortaleza, a.7, n. 9, 1992, p. 56.

úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas, onde a falta de água e luz, é rotineira; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno de maconha e da cocaína e firmam as suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos frequentes como método de obter confissões ; prisões onde se conservam as 'surdas', isto é, celas de castigo, expressamente proibidas onde os presos são recolhidos por tempo ido, sem as mínimas condições de aeração, insolação e condicionamento térmico; prisões onde os detentos promovem massacre de colegas, a pretexto de chamarem atenção para suas reivindicações [...]

Os fatos relatados sobre o cenário carcerário brasileiro é semelhante ao que é relatado diariamente nos meios de comunicação. Uma afronta a direitos estabelecidos por normas internacionais e nacionais. O tratamento desumano conferido aos presos brasileiros contradiz todas as bases do Estado Democrático de direito e a omissão do Poder Público em relação a essas mazelas equipara o atua sistema prisional ao sofrimento dos períodos absolutistas.

#### 4.2.1. A POSSIBILIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO

A aplicação maciça da pena privativa de liberdade não tem atingido o fim esperado, como coibir a criminalidade e a reintegração do condenado ao meio social de forma harmônica e isso se verifica no aumento da população carcerária e grande índice de reincidência.

Pode-se afirmar que as penas alternativas têm maior efetividade no sentido de ressocialização, mas a comparação deve ter ressalvas, uma vez que os crimes mais graves são apenados com pena privativa de liberdade, mas, mesmo assim, essa discrepância contribui para demonstrar o problema do sistema penal brasileiro.

Ana Clara Pedroso Fernandes e Mauro Cesar Bullara<sup>51</sup>, afirmam que dentre as diversas finalidades que se espera da pena, é a ressocialização e em um Estado Democrático de Direito, que visa ao desenvolvimento de seus integrantes, só haveria sentido aplicar a pena privativa de liberdade se fosse para atingir o objetivo de o apenado não mais infringir a lei. Do contrário, teríamos apenas um novo crime aguardando o lapso prisional para ser praticado.

---

<sup>51</sup> ARJONA, Mauro César Bullara; SILVA, Anaclara Pedroso Fernandes Valentin da. **Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos**. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2019. p. 34.



O autor Marc Ancel<sup>52</sup>, afirmava que a recuperação do criminoso deveria se dar através de um processo individualizado de tratamento judicial e penitenciário, de acordo com a dignidade da pessoa humana.

Os autores Ana Clara Pedroso Fernandes e Mauro Cesar Bullara<sup>53</sup>, ainda expõem que:

No ordenamento jurídico pátrio é possível notar a importância da referida finalidade na Lei de Execução Penal que, em seu artigo 1º, apresenta de forma cristalina o objetivo de reintegração do condenado ou internado. Nesse escólio, entende-se que a precípua finalidade da pena, em sua fase executória, seria fazer com que o apenado, durante o período de cumprimento da pena privativa de liberdade, seja reeducado através de mecanismos ressocializadores e não torne à delinquência quando do seu retorno à vida em sociedade. Todavia, não é o que se observa na prática e a Lei de Execução Penal é, de fato, uma legislação de conteúdo simbólico.

O Brasil tem uma situação extremamente preocupante no que diz respeito ao sistema prisional. De um lado, a legislação baseada em princípios constitucionais democráticos e garantistas traz em seu texto limitações ao direito de punir e, de outro lado, há o anseio social pela redução da criminalidade e da violência amplamente divulgadas nas redes sociais e utilizadas de forma distorcida pela mídia de uma forma geral, retratando a insegurança da população exercendo pressão para as penas serem majoradas. Inobstante, há a influência de uma política criminal punitivista no campo legislativo que gera leis que criam tipos penais e recrudesce as penas cominadas e aplicadas, bem como a atuação do Poder Judiciário, que origina decisões disfuncionais e em desacordo com os objetivos, que seja na aplicação das penas privativas de liberdade, quer seja no âmbito da execução penal.

## **5 O BRASIL SOB A PERSPECTIVA DAS ORGANIZAÇÕES E ENTIDADES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Andréia Gomes da Fonseca<sup>54</sup>, explicam a situação do cenário carcerário brasileiro perante a Organização Nações Unidas:

---

52 ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: Um movimento de Política Criminal Humanista. Rio de Janeiro, 1979, p. 20.

53 Ibid, 2019. p. 35.

54 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos ARAUJO, Marilene (org). **Declaração Universal Dos Direitos Humanos 70 anos Depois**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 96.

A Organização das Nações Unidas prevê regras mínimas para o tratamento dos reclusos por meio de publicação do Centro de Direitos do Homem das Nações Unidas- GE. 94-15440. A ONU subdividiu o instrumento normativo em duas partes: a primeira trata das matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários e é aplicável a todas as categorias de reclusos, dos foros criminal ou civil, em regime de prisão preventiva ou já condenados, incluindo os que sejam objeto de medidas de reeducação ordenadas pelo juiz competente; a segunda parte contém regras que são especificamente aplicáveis às categorias de reclusos de casa seção.

As autoras explicam ainda que as regras previstas pela ONU, são passíveis de sanções pelo não cumprimento e que o Brasil como era de se esperar, já recebeu diversas recomendações. Até o aniversário de 70 anos da Declaração Universal dos Direitos dos Direitos Humanos, o Brasil já tinha recebido mais de 240 recomendações de Estados-Membros, para melhorar as questões inerentes aos direitos humanos.

A entidade Human Rights Watch<sup>55</sup>, afirma:

Violações crônicas de direitos humanos assolam o Brasil. Alguns policiais realizam execuções extrajudiciais, torturam detentos e abusam de crianças e adolescentes em conflito com a lei. Muitas prisões e cadeias brasileiras enfrentam problemas de grave superlotação, e a incapacidade das autoridades penitenciárias de manterem o controle sobre as prisões deixa os presos vulneráveis à violência, extorsão e recrutamento por facções criminosas. Outros problemas em relação aos direitos humanos incluem a violência contra mulheres, as mortes de jornalistas e blogueiros por causa de seus trabalhos e a violência contra camponeses e lideranças indígenas envolvidos em conflitos de terra. Ainda, os responsáveis por abusos durante o regime militar, de 1964 a 1985, continuam a ser protegidos da justiça em virtude de uma lei de anistia de 1970, aprovada durante o regime.

Segundo as autoras<sup>56</sup>, a solução é algo bem complexo. O judiciário vem tentando contribuir para a solução do problema do fluxo carcerário, por exemplo, por meio de audiências de custódia, mas nada disso tem resolvido efetivamente o problema.

---

55 Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2021/country-chapters/377397>. Acesso em: 18 jun. 2021.

56 Ibid., 2018. p. 97.

Porém, infelizmente nada disso tem conseguido solucionar a grave crise pela qual passa o sistema carcerário. A população carcerária aumenta a cada dia, e é forçoso reconhecer que o problema vai muito além dos que se imagina, as desigualdades sociais existentes em nosso país contribuem e muito para o desenfrear da criminalidade.

O Brasil tem diversos órgãos engajados na luta pelo efetivo respeito aos direitos humanos e melhoria das condições carcerárias. A exemplo disso, o Conselho Nacional de Justiça tem diversos projetos, participa de diversos engajamentos internacionais e fomenta diversos projetos nacionais, como o recente debate promovido no último dia 02 de junho, entre o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e representantes do Conselho Nacional de Justiça, Defensoria Pública Estadual, Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, Ordem dos Advogados do Brasil, Secretaria de Administração Penitenciária e varas criminais, cujo tema foi o controle da superpopulação carcerária no estado e do papel da Central Integrada de Alternativas Penais e Inclusão Social<sup>57</sup>.

O Brasil é um dos países que mais condenam no mundo, mas tem grande reincidência, de acordo com as autoras Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Andréia Gomes da Fonseca<sup>58</sup>, legislação para cuidar da questão existe fartamente.

O Brasil possui farta legislação que procura garantir a dignidade daqueles que se encontram presos, porém não é efetivamente aplicada. A sociedade por sua vez, ao que parece, não compreende seu papel e responsabilidade no contexto atual. Acreditam incautos que por terem os mesmos transgredido normas, não merecem o mínimo de respeito e dignidade, atitude que no mais é compreensível, porém não soluciona a questão atual. ...

## 6 CONCLUSÃO

Na busca de proteção de direitos da pessoa humana, nas insurreições contra atrocidades que causavam sofrimento desnecessário, surgiu o entendimento de que a pena tinha por finalidade afastar as pessoas do crime, seja no aspecto preventivo, seja no aspecto repressivo.

Esses pensamentos sobre a finalidade das penas tiveram espaço nas legislações da época e a pena de morte, que era a sanção por excelência, deixou de ser bem-vista dentro deste contexto social. Num contexto mais humanitário, surgiram as prisões e, nelas, ao

---

<sup>57</sup> Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-e-orgaos-do-maranhao-discutem-controle-da-superlotacao-carceraria/>. Acesso em: 18 de jun. 2021

<sup>58</sup> Ibid., 2018. p. 99.

mesmo tempo em que os criminosos eram mantidos vivos, não causavam perturbação à paz social. No primeiro momento, a prisão foi utilizada para prender aqueles que estavam à margem da sociedade, como por exemplo: mendigos e pequenos delinquentes, depois passou a se utilizar para todos os criminosos.

Dentro de um processo de humanização e concepção utilitária da pena, para que o preso não voltasse a delinquir, a pena de prisão passou por diversas formas de cumprimento, desde o isolamento total, como nas prisões monásticas, à obrigatoriedade do trabalho e, por fim, a liberdade antecipada para aqueles que demonstrassem aptidão para o convívio social.

A Constituição Federal, fundada no Estado Democrático de Direito e no princípio da dignidade humana, com o objetivo de assegurar a todos os indivíduos a igualdade, o bem-estar, o exercício dos direitos sociais e individuais, reconheceu que o preso é, como qualquer pessoa, sujeito de direitos e de dignidade, proibindo a aplicação de penas cruéis ou tratamento humilhante ou degradante. Porém, na prática, o Estado não concretizou esses direitos fundamentais, fazendo com que a pena privativa de liberdade seja tão cruel quanto na era dos suplícios.

As diretrizes para a humanização da política criminal não se encontram somente na Constituição Federal, mas também na Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos Tratados e Convenções de que o Brasil é signatário, bem como nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso fixadas pelo Estado brasileiro, o que nos leva a refletir sobre por quais razões as condições carcerárias continuam tão brutais.

A ideia de aumentar a severidade das penas para manter os criminosos presos como medida de combate à violência tem se mostrado absolutamente ineficaz. No mais, não há dúvida de que, a despeito da existência de mecanismos legais que visem à ressocialização e reintegração do condenado ao meio social, atualmente, na prática, a pena tem sido utilizada como instrumento punitivo e de mera contenção, se submetendo ao desejo social por vingança, oriundo de uma atuação omissa e ineficaz do Estado, tanto no que diz respeito à instituição de políticas públicas sociais, quanto no que se refere ao cumprimento da Lei de Execução Penal e seu objetivo essencial.

Na tentativa de preencher a lacuna deixada pela pífia atuação estatal, adere-se a uma política criminal, no que tange a atividade legislativa e judiciária, que se afasta dos preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito e converte-se a pena em instrumento vindicante e inócuo.

E o mais desmotivante é que, ainda que esse modelo comprovadamente não esteja obtendo resultados satisfatórios, não se vê em um futuro próximo nenhuma mudança, mantendo-se a crise institucionalizada no sistema carcerário.

## REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: Um movimento de Política Criminal Humanista. Rio de Janeiro, 1979.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: Editora UNB, 1985, livro V.

ARJONA, Mauro César Bullara; SILVA, Anaclara Pedrosa Fernandes Valentin da. Segurança Pública, **Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito e Poder**. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

\_\_\_\_\_. & MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UNB, 1993.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no estado democrático de direito**. Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século. Tradução. São Paulo: Método, 2001.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. O conceito de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/1>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 318.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

LEAL, César Barros. O sistema penitenciário brasileiro e os direitos humanos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará**. Fortaleza, a.7, n. 9, 1992.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Os Pensadores; v.14, abril 2018.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico penal e direitos universais**. Tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin Brasil, 2008.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 199.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos ARAUJO, Marilene (org). **Declaração Universal Dos Direitos Humanos 70 anos Depois**. Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Anaclara Pedroso Fernandes Valentin da ARJONA, Mauro César Bullara. **Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos**. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2019.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 24.

VEIGA-NETO, Alfredo. **Foucault e a educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.



## IMPACTOS DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE PEQUENOS FURTOS PARA A SOCIEDADE

**DANIEL MENEZES VILAÇA:**

Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

**LEANDRA PANTOJA CORDOVI**<sup>59</sup>

(coautora)

**RUBENS ALVES DA SILVA**<sup>60</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise a descriminalização de pequenos furtos e os impactos perante a sociedade. O princípio da insignificância normalmente aplicável a crimes de furto, faz sentido excluir ou eliminar o comportamento criminoso típico para que o crime cometido não seja considerado crime. Sua aplicação muitas vezes resulta na absolvição do acusado, não apenas na comutação e substituição de sentenças. A pesquisa foi realizada com base no método indutivo, visto a necessidade de leitura de vários autores. A metodologia a ser aplicada será qualitativa descritiva e comparações de bibliografias para organização de dados. Nos objetivos, a pesquisa foi exploratória, com análise de artigos e livros publicados e legislação pertinente ao tema. Quanto aos meios de investigação, a técnica utilizada foi a bibliográfica visto ser preciso a leitura de livros, doutrina e artigos.

**Palavras-chave:** Descriminalização; Furto; Princípio da insignificância.

**ABSTRACT:** The present work aims to carry out an analysis of the decriminalization of petty theft and the impacts on society. The principle of insignificance normally applicable to crimes of theft makes sense to exclude or eliminate typical criminal behavior so that the crime committed is not considered a crime. Its application often results in the acquittal of the accused, not just the commutation and substitution of sentences. The research was carried out based on the inductive method, given the need to read several authors. The methodology to be applied will be qualitative descriptive and comparisons of

---

<sup>59</sup> Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

<sup>60</sup> Professor(a) especialista, orientador do Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus, AM.

bibliographies for data organization. In terms of objectives, the research was exploratory, with analysis of published articles and books and legislation relevant to the topic. As for the means of investigation, the technique used was the bibliography, since it is necessary to read books, doctrine and articles.

**Keywords:** Decriminalization; Theft; Principle of insignificance.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema crime de furto, delimitando-se a fazer um estudo sobre os impactos da descriminalização de pequenos furtos para a sociedade Brasileira, a partir do princípio da insignificância.

O furto simples é um ato típico ao abrigo do artigo 155.º do Código Penal, punível com prisão de 1 a 4 anos. Apesar dessa pena relativamente baixa, ao analisar os dados de encarceramento da Pesquisa Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, fica claro que o crime tem a quinta maior taxa de encarceramento do Brasil. Para entender a falta de correspondência entre a legislação penal e sua aplicação prática, o presente trabalho se propõe a analisar a realidade operacional do sistema penal brasileiro a partir de uma perspectiva criminológica crítica.

Essa pesquisa irá tratar sobre o furto que é o crime que está tipificado no código penal brasileiro vigente no título II (dos crimes contra o patrimônio) capítulo I (do furto) e artigo 155, combinado com o princípio da insignificância. Desta forma, temos o crime de furto de bagatela, que é a conduta do autor e insuficiente para causar danos ao patrimônio alheio e desse modo chama a atenção do estado punidor. Entretanto temos a sociedade que através de reiteradas ataques ao patrimônio por meio desse crime, pode se tornar relevante e trazer uma incredibilidade em acionar a máquina estatal e dá margem a justiça privada.

Além disso, temos o entendimento do Cleber como ele chama de princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, que correm lado a lado e incidem em dois ramos do direito que são penais e civis e está ligada a política criminal no contexto histórico pela visão de Claus Roxin que era conhecido como criminalista de bagatela. Para ambos alguns crimes são vagos como exemplo o furto e tal princípio seria uma barreira para frear o estado punidor, ou seja, um limitador do estado (MASSON, 2019)

Mas, ainda é sabido que para haver crime precisamos que seja fato típico, ilícito e culpável e a incidência do princípio da insignificância no crime de furto afasta a atipicidade e traz como efeito positivo o alívio as demandas expostas ao judiciário, que pode então se preocupar de assuntos mais graves e com maior complexidade.

Por outro lado, o julgado do supremo tribunal federal (STF), no HC 108872/RS entende que para amolda ao furto de bagatela não pode o bem ser superior a 10% (dez portentos) do salário-mínimo vigente no Brasil. Não obstante, tem que ser analisado os requisitos objetivos que são mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade da ação, reduzido o grau de reprovabilidade da conduta e inexpressividade de lesão jurídica e ale disso os requisitos subjetivos que e a condição pessoal do agente (CAVALCANTE, 2019).

Com o propósito de trazer o outro lado da aplicabilidade do furto de bagatela com espécies semelhantes, que no caso, seria a da sociedade que é afetada por reiteradas ações atentados a patrimônio, o direito a propriedade e a vítima diante de um bem de valor afetivo, assim, causando danos emocionais e abalos psíquicos. Acrescenta-se que podemos observar a situação que aconteceu na Califórnia nos Estados Unidos da América (EUA) após a descriminalização do furto de mercados em lojas, que tornou possível a subtração de bens no valor até 950 (novecentos e cinquenta) dólares.

Sendo assim, o justifica-se o presente projeto pela extrema importância, quando no Brasil tramita projeto de lei com semelhante ao EUA, que legalizar o furto que é denominado por furto de necessidade, tal projeto visa desafogar os presídios e descongestionamento do sistema judiciário. Mas essa situação precisa ser mais discutida um lado. Quando as pequenas demandas não são apreciadas pelo judiciário dá lugar a justiça privada.

## **2. ASPECTOS CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

O princípio da insignificância vem de origem alemã, e para o jurista alemão Claus Roxin o princípio permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não há, no entanto, crime de dano ou furto quando a coisa alheia não tem qualquer importância para o seu proprietário. É preciso que sejam comprovados o desvalor do dano (MIRABETE; FABBRINI, 2012).

Há diversidades de entendimentos quanto à origem do princípio da insignificância. Alguns doutrinadores acreditam que ele surgiu do Direito Romano; outros já acreditam que ele vem de origem alemã, e que o primeiro a mencionar sobre esse assunto foi o jurista Claus Roxin. Para Lopes a primeira menção a respeito do princípio da insignificância foi feito por Claus Roxin, como princípio aplicado ao direito penal. Para ele, "o princípio permite na maioria dos tipos fazer-se a exclusão, desde o início, dos danos de pouca importância" (2000, p.86).

Nesse mesmo sentido, (SANTOS, 2016) diz que o princípio da insignificância já vigorava desde o Direito Romano, conclui que embora a sua primeira menção seja

atribuída a Roxin, a sua origem está no Direito Romano. Sendo assim, Greco (2006) afirma que mesmo que haja essas divergências doutrinárias quanto ao surgimento do princípio da insignificância, esse princípio realmente é atribuído a Claus Roxin.

Para que o princípio da insignificância seja aplicado deve respeitar alguns requisitos de modo que o aplicador do Direito possa reconhecer a insignificância de determinada conduta; a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores tem fixado eles: a insignificância da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a ínfima inexpressividade da lesão jurídica tutelada (MICHELETTO, 2013).

O princípio da insignificância é decorrente do da intervenção mínima do Estado e do Estado Democrático de Direito, pressupõe que nem todas as condutas tipificadas no código penal brasileiro como crime (formalmente), serão materialmente típicas, devendo ser analisada no caso concreto se a conduta foi irrelevante, não causando nenhum dano à sociedade, ao ordenamento jurídico ou à própria vítima e se houve comportamento agressivo pelo agente.

O princípio da insignificância também é conhecido como princípio da bagatela, que tem a finalidade de eliminar ou afastar a tipicidade penal. Isto significa que o ato praticado não é considerado crime, e por isso, a aplicação deste princípio resulta na absolvição do réu e não somente na substituição da pena.

Qualquer delito de valor inexpressivo, ínfimo, mínimo é compatível com o princípio da insignificância, a sua maior incidência é nos crimes patrimoniais, por exemplo: no furto simples, onde o agente pega uma caneta de um supermercado, neste caso com certeza deve-se analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância.

A jurisprudência do STF e STJ é pacífica, em relação a não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes praticados com uso de violência ou grave ameaça contra a vítima, ou seja, se o agente, ao praticar o fato usar desses meios, afasta imediatamente a aplicação do princípio bagatelar.

### **3. CRIME DE FURTO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

O furto é aquele normalmente praticado de forma escondida para que a pessoa que está furtando não seja notada (DA SILVA, 2018, p. 17).

O crime de furto está presente no artigo 155 do Código Penal: "Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa" (BRASIL, 1940, online). O ato subtração significa tomar para si aquilo que não é de sua propriedade ou que não está sob a sua legítima posse. Além disso, a coisa deve ser móvel. Para o Direito Penal, o conceito de móvel é o natural, por exemplo, poderá ser objeto material do furto

tudo aquilo que é removível de um local para outro, mesmo se a coisa está ou não incorporada ao solo (CASTRO, 2014).

Para Gonçalves (2012), o crime de furto possui quatro elementos como componentes, sendo eles: a conduta típica consistente em uma subtração; o elemento normativo do tipo, referente à necessidade de ser alheia a coisa subtraída; o objeto material, que deve ser uma coisa móvel e o elemento subjetivo do tipo, consistente na intenção de posse do bem, para si ou para outrem.

A corroborar o exposto, insta transcrever o entendimento de Nucci, que preleciona:

Subtrair significa tirar, fazer desaparecer ou retirar. É verdade que o verbo furto tem um alcance mais amplo do que subtrair e justamente por isso o tipo penal preferiu identificar o crime como sendo furto e a conduta que o concretiza como subtrair, seguida, é lógico, de outros importantes elementos descritivos e normativos. Assim o simples fato de alguém tirar coisa pertencente a outra pessoa não quer dizer, autonomicamente, ter havido um furto, já que exige, ainda, o ânimo fundamental, que não lhe pertence. Coisa é tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes. No contexto de delitos contra o patrimônio (conjunto de bens suscetíveis de apreciação econômica), cremos ser imprescindível que a coisa tenha, para seu dono ou possuidor, algum valor algum valor econômico (2015, p. 721-722).

Nesse mesmo sentido, Mirabete e Fabbrini prelecionam que a conduta está intimamente ligada ao núcleo verbal subtrair:

A conduta típica é subtrair, por qualquer meio, a coisa, ou seja, tirar, apropriar-se, mesmo à vista do proprietário ou possuidor. O objeto material é a coisa alheia móvel. Coisa para o direito penal, é qualquer substância corpórea, material, ainda que não tangível, suscetível de apreensão e transporte, incluindo corpos gasosos, os instrumentos e títulos, quando não forem documentos, as partes do solo, árvores, navios, aeronaves. Ou seja, tudo aquilo que pode ser destacado e subtraído. Afirma-se na doutrina somente ser objeto de furto a coisa que tiver valor econômico, ou seja, de troca, embora o mais aceitável é incluir aquela que possua alguma utilidade, que tenha alguma qualidade útil para quem seja dela proprietário ou possuidor. As coisas comuns ou de uso comum, como o ar, a luz, a água dos rios

ou mares somente podem ser objetos de furto se forem destacadas (2007, p.1248).

De acordo com o artigo 155, § 4º, do Código Penal, o crime de furto também poderá ser qualificado quando: “cometido com destruição ou rompimento de obstáculo para subtração da coisa; quando há abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; com emprego de chave falsa; ou mediante concurso de duas ou mais pessoas”. O crime de furto será punível com “reclusão, de um a quatro anos, e multa, se o criminoso for primário e a coisa furtada for de pequeno valor”. O magistrado poderá “substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou aplicar somente a pena de multa” (BRASIL, 1940, online). Nesses termos, tem-se o furto qualificado, na primeira descrição; e o furto privilegiado, na segunda.

Nesse mesmo sentido, a respeito de objeto material Mirabete e Fabbrini (2012, p. 1.249) explanaram: “O objeto material do crime de furto não se tipifica na angularidade substancial da coisa, mas, como bem jurídico a merecer a tutela penal, delinea-se ao vínculo psicológico com seu titular”. O crime de furto terá por objeto material a coisa alheia móvel. Sendo coisa alheia móvel toda e qualquer substância corpórea, que possa ser subtraída, podendo abranger até mesmo os instrumentos passíveis de valor econômico, e também os corpos gasosos, não sendo assim só algo tangível, entende-se também como objeto material de furto, aquelas providas de valor de uso, que não podem ser valoradas economicamente (CAETANO, 2016).

De acordo com Nucci, no mesmo sentido, alega que:

O objeto material é a coisa sujeita à subtração, que sofre a conduta criminosa. Coisas abandonadas (*res derelicta*) ou que não pertençam a ninguém (*res nullius*) não podem ser objeto do crime de furto, uma vez que não integram o patrimônio de outrem. Coisas perdidas (*res deperdita*) também não podem ser objeto de furto, pois há tipo específico para esse caso, que é a apropriação (2011, p. 721).

São objeto material do furto os bens móveis, uma vez que só esses podem ser subtraídos, podendo apenas eles serem retirados da esfera de vigilância da vítima. Os bens imóveis, portanto, não podem ser furtados, é de suma importância salientar que, para fins penais, são assim considerados apenas aqueles que não podem ser levados de um lugar para outro, os chamados bens corpóreos tendo como exemplo um prédio que não pode ser removido do solo. Logo, os bens imóveis para o Código Civil ou legislações especiais têm uma grande diferença, pois são aqueles que dizem respeito à possibilidade de hipoteca e de registro no Cartório de Imóveis, e estes sim podem ser transportados de lugar para outro (GONÇALVES, 2012).



Para ele não é só o patrimônio o bem jurídico tutelado como defende alguns doutrinadores, seu pensamento quanto a esse assunto é mais abrangente, defendendo assim a posse e a detenção como bem jurídico tutelado também. Nestes termos temos o entendimento do renomado doutrinador Heleno Fragoso, que nos traz uma visão mais ampla a respeito de bem jurídico tutelado no crime de furto (SUMARIVA, 2017 apud FRAGOSO, 2016).

É fácil notar a diferença entre os dois institutos. Na res furtiva insignificante a coisa furtada será sempre de valor ínfimo ou irrisório, quando tem esses valores sequer haverá tipicidade, sendo aplicado o princípio da insignificância. Isto porque o caráter subsidiário do direito penal está deixando a intervenção do ordenamento jurídico para outros ramos do direito e impede que este se ocupe de lesões de pouca significância. Já no furto privilegiado, a subtração de coisa de pequeno valor já leva à caracterização da tipicidade havendo assim o crime mesmo que o agente seja beneficiado na fase de aplicação da pena, ainda assim haverá crime (REIS, 2018).

Por conseguinte, mediante a diferença entre res furtiva insignificante e pequeno valor, Lucas (2016, online) nos traz o seu entendimento:

Portanto, ainda que possa existir uma linha tênue demarcando a diferença entre o privilégio e a bagatela, a distinção existe, pois que se poderia considerar insignificante aquilo que não é reduzido de valor apenas, mas o que possui um valor econômico de tão pouca expressividade que não se justifica, de qualquer modo, a intervenção do direito penal, por lhe faltar, mesmo, a caracterização de uma infração penal relevante, fazendo eco, também, nos princípios da intervenção mínima e da ofensividade.

Acerca de pequeno valor, a seguir o seguinte recurso do Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA AFASTADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA AFASTADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA AFASTADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA AFASTADA.- PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Para a configuração do indiferente penal, é preciso verificar \a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.\ (STF, HC 84412, Relator Min. CELSO DE MELLO). E no presente caso, não se verificam todos esses vetores simultaneamente.- CRIME IMPOSSÍVEL. O Código Penal manifestamente adotou a teoria objetiva temperada para definir crime impossível, assim, para que fique caracterizada essa excludente de tipicidade, é necessário que o agente use de meio absolutamente ineficaz para alcançar o resultado criminoso ou, ainda, que oriente a sua conduta a objeto absolutamente inidôneo para a produção de algum resultado lesivo, de modo que, em ambas as situações, ocorra a ausência de perigo real ao bem jurídico tutelado, tornando a conduta incapaz de alcançar um resultado típico. Circunstâncias que devem ser criteriosamente observadas no caso concreto. Na hipótese, restou evidente que o meio adotado pelo réu revelou-se relativamente inidôneo, o que não autoriza o reconhecimento da figura do crime impossível, mas a positivação de que a conduta empreendida se amolda ao delito de furto, tal como descrito na denúncia. Apelo ministerial provido para reformar a absolvição sumária e determinar o regular processamento do feito.

(TJ-RS - ACR: 70076096676 RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Data de Julgamento: 31/01/2018, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/03/2018).

Quando se trata de coisa de pequeno valor poderá ser chamado de furto privilegiado. Porém, não é uma tarefa simples identificar essa categoria perante um caso concreto, pois haverá crimes que o valor será tão pequeno, que já irá se enquadrar o princípio da insignificância. Destarte, é substancial analisar outros intermédios também que vão além do valor da coisa, como, por exemplo, se o agente é réu primário, se ele já cometeu crimes do mesmo tipo outra vez. Mas como se viu, se o agente for réu primário e sendo o objeto do furto de pequeno valor, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção. Isso só ocorre devido à baixa ofensividade causada no patrimônio da vítima juntamente à sua primariedade (CAETANO, 2015).

O correto não é ter um limite de valor que ultrapasse a um salário mínimo, mais sim ser analisado cada caso concreto, observando se será necessário usar o princípio da insignificância ou se aplicará o furto privilegiado. Mas mesmo que seja furtado um objeto de valor irrisório, ainda assim deverá ser pensada quanto à aplicação do princípio da insignificância, essa é uma questão relativa, pois muitas vezes o que é insignificante para uma pessoa pode não ser para outra, isso leva muito em consideração o valores sociais das coisas imateriais, pois mostra o sentimento da vítima quando tem seu objeto furtado, muitas vezes o judiciário não vê esse requisito, eles olham somente o lado objetivo e não o subjetivo.

Para concluir, mesmo tendo conceitos próximos e uma diferença grande entre res furtiva insignificante e pequeno valor. Tendo como principal distinção a descaracterização da tipicidade e a imposição de pena, ainda que essa seja reduzida. A grande dificuldade que se apresenta para separar ambos é que não há como se definir um critério puramente objetivo, baseado no valor da coisa, para distinguir as categorias, na verdade a correta definição só pode ser obtida no caso concreto, só fazendo essa análise de cada caso que se chegará a uma conclusão se aplicará o princípio da insignificância ou furto privilegiado (GUTERRES, 2010).

#### **4. DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE PEQUENOS FURTOS PARA A SOCIEDADE**

A diferença entre bem de pequeno valor e bem de valor insignificante é essencial para a aplicação do princípio da insignificância aos casos onde o agente pratica o crime de furto, pois dependendo do entendimento, pode acarretar ou não aplicação do princípio da insignificância, ou até mesmo incentivar a prática de crimes de pequeno delito. A falta de repreensão em relação a subtração de bens de valor ínfimo gera conforto a quem subtrai. Para a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a diferenciação entre bem de pequeno valor e bem de valor insignificante, deve levar-se em consideração o bem jurídico tutelado e o tipo de crime e não só valores monetários.

Para o exímio tribunal, deve se considerar o fato de o objeto ser essencial ou não, pois o objeto subtraído pode até ser de pequeno valor, mas pode ser um bem não essencial. Ainda segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda que se considere o delito como um delito de pouca gravidade, não se pode considerar crime bagatela, observando o que é justo e o bem jurídico demandado, onde o agente pratica a conduta furtiva para subtrair um bem não essencial e que o valor também, em linhas gerais, não se aproxima a de uma esmola, afastando assim, o entendimento de delito bagatela. Então, em relação ao princípio da insignificância, a tipicidade material é o "desvalor" da conduta e está diretamente ligada ao princípio da ofensividade, que diz que

“não há crime sem ofensa ou exposição a perigo de bens ou interesses penalmente tutelados”.

Ou seja, não faz sentido ficar acionando o poder judiciário com causas de pequena importância, de conflitos tão pequenos, para exercer o poder punitivo em relação a um objeto material insignificante. A distinção de bem de pequeno valor e bem de valor insignificante, para o delito de furto é muito importante, pois são duas coisas parecidas, porém diferentes. Se o objeto furtado for considerado de valor insignificante, é considerado um fato atípico, visto que a aplicação do princípio da insignificância, incide na observância de seus requisitos e que também incide na teoria tripartida mais precisamente na tipicidade, e o próprio princípio incide na exclusão da tipicidade.

Se o objeto furtado for considerado de pequeno valor, passa a considerar a aplicação do furto privilegiado, como já citado, está tipificado no Art. 155 parágrafo 2º. Se a coisa furtada for caracterizada por ser insignificante restará desconfigurada a tipicidade formal, ao passo que, em se tratando de coisa de pequeno valor, a conduta poderá ser enquadrada no tipo penal do furto privilegiado. No entanto, não é tarefa simples identificar essas categorias perante o caso concreto, pois não há um critério puramente objetivo. Destarte, é imprescindível analisar outros vetores que vão além do valor da coisa (WESLEY CAETANO, 2015)

Como já visto, se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. Isso ocorre pela baixa ofensividade da conduta causada no patrimônio da vítima junto com a primariedade.

O projeto de Lei 4540/2021 apresentado pela deputada Talíria Petrone, “prevê a alteração do código penal e a descriminalização do ato de furto de alimentos por fome. Sucede que o texto legal visa modificar o art. 155 para acrescentar o furto por necessidade e furto insignificante, no qual deverá ter punição de grau leve, ou apenas aplicação de multas (JUSBRASIL, 2021).

Ocorre que o presente projeto causa estranheza e polemica sobre o tema, tendo em vista, que muito entendem uma certa “romantização do furto”, a oposição entende que os impactos da aprovação deste projeto, acarretara consequências para famílias de bem, no qual se sacrificam todos os dias para trabalhar, e vão ter seus bens roubados sem expectativas de punição ao agente criminoso.

Desse modo, reconhecer o pequeno valor de um bem furtado significa dizer que a atuação do direito penal, com todas as suas pesadas armas sancionatórias, é necessária. De outra parte, no furto de coisa insignificante, o fato fica reservado para a área cível. São situações antagônicas: de um lado, a privação da liberdade e do outro a indiferença estatal.

O grande dilema é que não há como se definir um critério puramente objetivo, baseado no valor da coisa, para distinguir as categorias. A correta definição só pode ser obtida no caso concreto, a partir da identificação de outros vetores ínsitos à conduta bagatelar.

Diante de tais circunstâncias, reconhecer a existência do princípio da insignificância e, mais do que isso, saber aplicá-lo é pressuposto básico da atividade jurisdicional. Uma vez que não se está diante de mero critério lógico formal, mas sim de um autêntico instrumento de interpretação, é necessário que o aplicador da lei não só esteja a par das concepções emanadas pela doutrina e pela jurisprudência, mas tenha também a inteligência e a sensibilidade necessárias para o seu manejo.

Assim, independentemente da forma como nomeará os critérios que adotará (desvalor da conduta e do resultado; mínima ofensividade, reprovabilidade e periculosidade social da ação; inexpressividade da lesão jurídica, ou ainda qualquer outro), o juiz estará apto a proferir decisões coerentes não só com a letra da lei mas principalmente com os princípios que regem o direito.

## **CONCLUSÃO**

De tudo o que foi apresentado, é possível conceber diversas conclusões a respeito do tema desenvolvido. Primeiramente, o princípio da insignificância reveste-se de uma mecanismo interpretativo do tipo que busca restringir sua abrangência apenas aos casos que de fato vislumbra perigo ou lesão relevante ao bem jurídico penalmente tutelado, tendo em vista a alta gravidade imanente do Direito Penal. Dessa forma, consubstancia-se a aferição da tipicidade material sem excluir a tipicidade formal, evitando-se adequar a conduta a um mero juízo de subsunção desprovido de um cotejo axiológico apto a discernir se o comportamento é ou não apto a ser submetido à tutela criminal.

Mas, para aplicar esse princípio, cada caso deve ser analisado e não generalizado. Portanto, deve-se também observar que, em face de um mesmo caso específico, os tribunais superiores podem ter divergências quanto à aplicação deste princípio, eles podem ter uma posição diferente quanto à aplicação, por exemplo, estabelecendo-se um valor mínimo para se considerar o furto insignificante. Na opinião dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, uma visão mais humana parece ser demonstrada na aplicação do princípio da insignificância, e que, se aplicado corretamente, não incentiva a ideia de impunidade. O STJ, por sua vez, às vezes se manifesta de maneiras diferentes em relação à aplicação do princípio da insignificância, aplicando-o ao atípico, ou seja, ao fato de não haver crime.

Como não há legislação específica tratando do princípio da insignificância, fica o questionamento por parte da doutrina em questão de valores para ser considerado um crime bagatela, alguns doutrinadores afirmavam até afirmavam alguns valores, mas aí o STJ afirmou que até 10% do salário mínimo vigente na época dos fatos pode ser considerado um crime bagatela, mas claro observando minuciosamente o caso em concreto.

Porém deve haver uma reflexão mais profunda, pois valorar uma quantia para aplicação do princípio da insignificância é algo muito subjetivo e pode levar a aplicação de uma sanção injusta, também devendo observar-se se o bem subtraído era realmente necessário, se o agente estava realmente precisando daquele bem na época do fato, etc...

Seria interessante que o legislador criasse uma base objetiva para a aplicação do princípio da insignificância, para que ele pudesse ser aplicado de forma mais clara, objetiva, justa e eficaz, não comprometendo o sentimento de segurança, pois esse princípio traz um sentimento às pessoas mais leigas que em todo furto será aplicado este princípio e não comprometendo a estabilidade social, que são fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por fim, o princípio da insignificância pode ser aplicado em qualquer outro ramo do direito brasileiro, ser admitido por qualquer juízo ou tribunal, devendo o juízo analisar o caso concreto e a admissibilidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº 2848/40. Brasília. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em:

CAETANO, Wesley. Da diferença entre coisa insignificante e coisa de pequeno valor. 2015. Disponível em: <<https://wesleycaetano.jusbrasil.com.br/artigos/227417930/da-diferenca-entre-coisainsignificante-e-coisa-de-pequeno-valor>>. Acesso em: 11/08/2022.

CASTRO, Leonardo. Legislação Comentada - Furto - Art. 155 do CP. 2014. Disponível: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/136366573/legislacaocomentada-furto-art-155-do-cp>>. Acesso: 10/08/2022.

DI CAVALCANTI, Maria Luísa Oliveira et al. A possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública. 2019.

FRAGOSO, Heleno. Crimes contra o patrimônio. 14 de Novembro de 2017. Disponível: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/crimes-contra-opatrimonio>>. Acesso:

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Dos crimes contra o patrimônio. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 2ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUTERRES, Clauber Santos. A fronteira entre os conceitos de "bem de pequeno valor" e de "bem de valor insignificante", para aplicação do princípio da bagatela no crime de furto. Julho de 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17039/a-fronteira-entre-os-conceitos-de-bem-de-pequeno-valor-e-de-bem-de-valor-insignificante-para-aplicacao-do-principio-da-bagatela-no-crime-de-furto>>. Acesso em: 18/09/2022.

LUCAS, Ana Cláudia. Furto privilegiado versus Crime de Bagatela. 11 de Novembro de 2016. Disponível em: <<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2011/11/furto-privileigado-versus-crime-de.html>> Acesso em:

MICHELETTO, Paula. Princípio da insignificância ou bagatela. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2007. V.1.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. Código penal interpretado. 6 ed. São Paulo. 2007.

NUCCI, G. D. S. Princípios do Processo Penal. In: \_\_\_\_\_ Manual de Processo Penal e Execução Penal. 12<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, André de Almeida da. Flexibilização do jus puniendi estatal nos crimes de furto. Direito-Araranguá, 2019.

SANTOS, Alexandre Cesar. Princípio da insignificância no Direito Penal: conceito, natureza jurídica, origem e relações com outros princípios. Julho de 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50370/principio-da-insignificancia-no-direito-penal-conceito-natureza-juridica-origem-e-relacoes-com-outros-principios>>. Acesso em: 13/08/2022.

REIS, Michel. Do furto de pequeno valor e da subtração de bagatela. 21 de Janeiro de 2018. Disponível: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23647/do-furto-de-pequeno-valor-e-da-subtracao-de-bagatela>>. Acesso: 13/09/2022.

## **UBERIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: CONCEITOS E IMPACTOS NO MERCADO DE TRABALHO**

**ASHELLEY ALVES CARVALHO:**  
Acadêmica do Curso de Direito da  
Universidade de Gurupi- UnirG.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES<sup>61</sup>

(orientador)

**RESUMO:** No Direito Trabalhista Brasileiro, as relações de trabalho trazem em seu bojo diversas proteções aos trabalhadores, sendo reconhecidas por lei, desde que preenchidos alguns requisitos, tais como a personalidade, a onerosidade, assiduidade, ou seja, a não eventualidade, mas, principalmente, a subordinação. Entretanto, as relações de trabalho advindas de modelos de compartilhamento digital representam diversos desafios para o enquadramento neste paradigma. Na atualidade, existem diversas plataformas digitais que têm trazido consigo, além da tecnologia, diversos impactos para a área trabalhista, pois os usuários dessas plataformas são considerados como sendo autônomos, não possuindo, assim, direitos trabalhistas, logo que não se enquadram nos principais pressupostos da relação empregatícia. Esse estudo tratará especificamente dos motoristas da plataforma Uber, logo que a configuração da relação de emprego confronta com a característica da subordinação. Serão analisados, portanto, os requisitos fático-jurídicos configuradores do vínculo de emprego, aprofundando no tema dessa nova modalidade “uberização”, comprovando, desta forma, a necessidade de normas mais específicas acerca do tema. Desta forma, o projeto se valerá do método de pesquisa bibliográfica e documental, mediante revisão narrativa de literatura e análise da jurisprudência a respeito do tema, pois foram utilizados como meio de consulta livros físicos, artigos publicados e de documentos eletrônicos referentes ao tema abordado, bem como a legislação brasileira vigente que trata sobre a matéria em comento. Por fim, o resultado esperado é pela comprovação da necessidade de normas específicas do tema estudado, e como o mesmo poderá trazer vantagens para a sociedade.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Plataformas Digitais. Uber. Impacto no mercado de trabalho.

**ABSTRACT:** In Brazilian Labor Law, labor relations bring with them several protections for workers, being recognized by law, provided that certain requirements are met, such as personality, onerosity, assiduity, that is, the non-contingency, but, mainly, the subordination. However, the work relationships arising from models of digital sharing represent several challenges for framing this paradigm. Currently, there are several digital

<sup>61</sup> Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. E-mail: alexandreorion@usp.br

platforms that, in addition to technology, have brought with them several impacts for the labor area, as the users of these platforms are considered to be autonomous, thus not having labor rights, so they do not fit into the main assumptions of the employment relationship. This study will specifically address the drivers of the Uber platform, as soon as the configuration of the employment relationship confronts the characteristic of subordination. Therefore, the factual and legal requirements that configure the employment relationship will be analyzed, delving deeper into the theme of this new “uberization” modality, thus proving the need for more specific rules on the subject. In this way, the project will use the method of bibliographic and documental research, through a narrative review of literature and analysis of jurisprudence on the subject, as physical books, published articles and electronic documents related to the topic were used as a means of consulting, as well as the current Brazilian legislation that deals with the matter in question. Finally, the expected result is the proof of the need for specific rules on the subject studied, and how it can bring benefits to society.

**Keywords:** Labor Law. Digital Platforms. Uber. Impact on the labor market.

**Sumário:** Introdução. 1. Direito do Trabalho no Brasil. 1.1 Elementos da Relação de Emprego. 1.1.1 Pessoaalidade. 1.1.2 Onerosidade. 1.1.3 Não eventualidade. 1.1.4 Subordinação. 2. Empresa Uber. 2.1 Uberização nas relações de trabalho. 2.1.1 Uberização e o elemento da subordinação na relação empregatícia. 3. Impactos da Uberização no mercado de trabalho. 4. Consolidação jurisprudencial no Brasil. 5. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho no Brasil teve seu surgimento a partir da afirmação de que o trabalhador é figura imprescindível na sociedade, devendo ser protegido pelo estado através de garantias jurídicas capazes de compensar as desigualdades entre empregados e empregadores, pautando-se na coesão e paz social.

O direito trabalhista passou por diversas inovações nos últimos anos, trazendo transformações e novas formas de laborar. Nesse movimento pós moderno, onde relações de empregos são desconstruídas, a forma de lucro empresarial se sobressai em detrimento aos direitos trabalhistas, tornando-se o empregado a parte mais frágil do elo empregatício, tendo seus direitos colocados à prova, sem garantia de relação de emprego, sendo a uberização, tema desse estudo, um exemplo disso.

O processo de “uberização”, trazido pela empresa Uber, focado em prestação de serviços de transportes oferta autonomia a seus prestadores de trabalho através de sua plataforma, bem como certo “controle” da prestação de serviço pelo trabalhador, afastando, dessa forma, o papel da subordinação clássica.

A uberização é “uma nova organização, de controle e gerenciamento do trabalho, a qual conta com o par autogerenciamento/eliminação de vínculos empregatícios e regulações públicas do trabalho [...]” (ABÍLIO, 2017).

O presente estudo justifica-se como meio de contribuição para a discussão do tema em comento, levando-se em conta as transformações sociais advindas da relação dos motoristas de aplicativos de transportes, que trazem precarização ao direito trabalhista, logo que o elemento da subordinação é de difícil confirmação. Objetiva-se, portanto, analisar os requisitos fático-jurídicos configuradores do vínculo de emprego, aprofundando no tema dessa nova modalidade “uberização”, comprovando, desta forma, a necessidade de normas mais específicas acerca do tema. Desta forma, o projeto se valerá do método de pesquisa bibliográfica e documental, mediante revisão narrativa de literatura e análise da jurisprudência a respeito do tema, pois foram utilizados como meio de consulta livros físicos, artigos publicados e de documentos eletrônicos referentes ao tema abordado, bem como a legislação brasileira vigente que trata sobre a matéria em comento. Por fim, o resultado esperado é pela comprovação da necessidade de normas específicas do tema estudado, e como o mesmo poderá trazer vantagens para a sociedade.

## **1 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL**

De acordo com Cassar (2018), há muitos anos o homem iniciava sua caminhada no que se refere ao trabalho. A partir da formação das comunidades, as lutas tiveram início, desta forma, os perdedores tornavam-se escravos dos vencedores, devendo executar trabalhos para terceiros, sendo que, a partir da escravidão, iniciou-se a subordinação.

Assim, segundo Ferrari et. al., (2011, p. 17),

O termo Trabalho tem significado geral – trabalho ou esforço frequentemente no sentido de lida penosa ou pesada – do qual derivam várias aplicações e usos análogos (como por exemplo, trabalhoso: o que custa muito esforço e exige muita persistência em vez de habilidade). Como verbo, trabalhar tem o mesmo sentido geral. Dessa forma, o termo trabalho tem em economia vários sentidos (FERRARI; NASCIMENTO; MARTINS FILHO, 2011, p. 17)

Conforme Nogueira (2012, p. 85), a Constituição Federal de 1824, no inciso XXIV do art. 179 trouxe, em seu bojo, certa legislação trabalhista:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (NOGUEIRA, 2012, p. 85)

Baleeiro (2012, p. 81) demonstra que a Constituição Federal do ano de 1891, no parágrafo 24 do artigo 72 traz garantias no que se refere ao livre exercício profissional:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

[...]

§ 24. E' garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intellectual e industrial. (BALEEIRO, 2012, p. 81).

Segundo Poletti (2012, p. 134), a Constituição Federal de 1934 trouxe diversas transformações para o direito trabalhista, incluindo sindicatos e proteções ao trabalhador.

Após isso, no ano de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi criada, trazendo inúmeras modificações para poder encaixar-se na Constituição vigente à época, incluindo a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17), proporcionando uma importante mudança para o direito do trabalho. (ROMAR, 2018)

Conforme Ferrari et. al., (2011), no ano de 1946 a Constituição Federal do Brasil foi votada pela Assembleia Constituinte, resultando em uma reorganização da democracia e incluindo a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário do Brasil.

Ainda segundo os autores, foi promulgada nova Constituição Federal no ano de 1967, onde surgiram algumas alterações no direito trabalhista, criando o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). (FERRARI; NASCIMENTO; MARTINS FILHO, 2011).

Em 1988 surge nova Constituição Federal, conhecida como Constituição Cidadã, e trouxe em seu bojo diversos princípios e direitos fundamentais para os cidadãos, incluindo, inclusive, o trabalho como direito fundamental:

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:

[...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (BRASIL, 1988, p.1).

### 1.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Segundo Delgado (2017), para o direito trabalhista existe grande diferença entre relação de trabalho e relação de emprego, sendo que a relação de trabalho envolve relações jurídicas que caracterizam a obrigação de fazer, referente ao trabalho, enquanto a relação de emprego é uma situação específica que pode ser configurada de forma jurídica. Dessa forma, extrai-se que a relação de trabalho é eventual e avulsa, enquanto a relação de emprego possui caracterização jurídica e carece de assinatura da CTPS.

Delgado (2019, p. 334) evidencia a importância da relação de emprego sobre as relações de trabalho:

Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual — o Direito do Trabalho.

Nesse contexto, percebe-se que a relação de emprego é uma formação contratual de trabalho que precisa ser formalizada, entretanto, a constituição dessa relação nem sempre é fácil de identificação, sendo imprescindível que haja elementos que tenham força para sua comprovação no âmbito jurídico.

Conforme ensinamentos de Barros (2016, p. 157):

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica.



Diante disso, Consolidação de Leis do Trabalho (CLT), no bojo dos artigos 2º e 3º, determinam alguns requisitos para uma relação de emprego seja configurada:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. (BRASIL, 1943, p. 1)

Extraí-se, portanto, que para que exista uma relação de emprego, devem haver cinco requisitos fático jurídicos: “[...] prestação de serviço por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação” (DELGADO, 2008, p. 305).

### **1.1.1 Pessoalidade**

Tendo previsão direta no art. 2º da CLT, a pessoalidade é a prestação de serviços de maneira pessoal, podendo, esse serviço, ser prestado de forma exclusiva pela pessoa contratada, não podendo existir transferências a terceiros (ROMAR, 2018)

De acordo com Delgado (2008), “é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador.” Ou seja, quando o empregador contrata alguém, o contratado, obrigatoriamente, deve cumprir o acordo, não podendo transferir essa responsabilidade para outrem.

Sendo assim, não há constituição de contrato de trabalho de atividade realizada por pessoa incerta, podendo ocorrer, em alguns casos, substituições de empregados, desde que autorizadas pelo empregador por tempo determinado, não desconstituindo o requisito da Pessoalidade, nem descaracterizando o contrato de trabalho.

Há, contudo, situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia. Em primeiro lugar, citem-se as situações de substituição propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços: uma eventual substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta no tempo), por exemplo, não afasta, necessariamente, a pessoalidade com relação ao trabalhador original. É óbvio, contudo, que uma intermitente e constante substituição consentida pode ser parte relevante de um contrato de prestação de serviços de caráter autônomo e sem pessoalidade (como ocorre com o representante comercial que credencia prepostos seus) — o que colocaria a relação jurídica examinada distante da figura legal típica da relação empregatícia. (DELGADO, 2019, p. 339)

De acordo com Romar (2018, p. 131), há uma especificidade para o requisito da pessoalidade:

A característica da pessoalidade produz efeitos não só para a configuração do vínculo empregatício e durante a execução do contrato de trabalho, mas também no momento da sua própria extinção, pois, em razão da pessoalidade, a relação de emprego e as obrigações a ela inerentes não se transmite a herdeiros e sucessores. A morte do empregado, portanto, implica necessariamente na extinção da relação de emprego.

### **1.1.2 Onerosidade**

Esse requisito encontra-se disposto no art. 3º da CLT, sendo definido como a prestação de serviço mediante pagamento, segundo Romar (2018, p. 136),

A relação de emprego não é gratuita ou voluntária, ao contrário, haverá sempre uma prestação (serviços) e uma contraprestação (remuneração). A onerosidade caracteriza-se pelo ajuste da troca de trabalho por salário. O que importa não é o quantum a ser pago, mas, sim, o pacto, a promessa de prestação de serviço de um lado e a promessa de pagamento do salário de outro lado

Não existe, portanto, trabalho gratuito, o que existe é uma obrigação entre partes que atuam de forma oposta, sendo que um presta serviços, e o outro, paga pelo serviço prestado (Cisneiros, 2016).

Delgado (2017, p. 322) evidencia que “o contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis”.

### **1.1.3 Não eventualidade**

Esse critério define-se pela contraposição do trabalho eventual, que é aquele realizado de maneira esporádica, não possuindo uma continuidade em um lapso temporal, assim, a não eventualidade é a prestação de serviço habitual dentro do contrato de trabalho.

Nessa senda, Delgado (2019, p. 241) demonstra o caráter fundamental da não eventualidade para que seja concretizada a relação de emprego:

(...) Por meio do elemento fático-jurídico da não eventualidade, o ramo jus trabalhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação sócio jurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento (a relação de emprego). Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico. A continuidade da prestação (antítese à eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida, há mais de 40 anos, pela legislação regente do trabalho doméstico, seja a antiga Lei n. 5.859/1972 (que se refere àquele “que presta serviços de natureza contínua” — art. 1º, caput), seja a nova Lei Complementar n. 150/2015 (que se reporta àquele “que presta serviços de forma contínua” — caput do art. 1º)

Imprescindível ressaltar que para que seja constatada a não eventualidade é necessária a análise do contexto de trabalho. Cassar (2018, p. 268) considera que:

(...) Quando uma empresa troca o trabalhador por outro que execute o mesmo serviço diversas vezes está demonstrando que precisa permanentemente daquele tipo de mão de obra. Portanto, o fato de haver substituição de pessoal para a mesma atividade pode comprovar a necessidade permanente de determinada mão de obra para empresa. Só o caso concreto nos auxiliará.

#### 1.1.4 Subordinação

A subordinação é o elemento que possui maior fragilidade no que tange ao reconhecimento do vínculo de trabalho, pois é necessário levar-se em conta a etimologia, o cumprimento de uma ordem repassada por um terceiro.

Há quem sustente que a subordinação decorre da situação de “dependência” (CLT, art. 3º) do empregado em relação ao empregador. Todavia, parece-nos que o empregado não é “dependente” do empregador, e sim, a sua atividade laboral (física, mental ou intelectual) é que fica num estado de sujeição ao poder (diretivo, mental e disciplinar) do empregador, sendo que este critério é, para a maioria dos doutrinadores, o mais relevante, dentre os demais para caracterizar a relação empregatícia. (LEITE, 2020, p. 211)

De acordo com Resende (2020, p. 76), “o empregador exerce o poder diretivo, do qual decorre o poder de direcionar **objetivamente** a forma pela qual a energia de trabalho do obreiro será disponibilizada.”

O autor ainda ensina que:

Esse poder de comando do empregador não precisa ser exercido de forma constante, tampouco torna-se necessária a vigilância técnica contínua dos trabalhos efetuados, [...]. O importante é que haja a possibilidade de o empregador dar ordens, comandar, dirigir e fiscalizar a atividade do empregado. Em linhas gerais, o que interessa é a possibilidade que assiste ao empregador de intervir na atividade do empregado. (RESENDE, 2020, p. 76),

Delgado (2017, p. 328) menciona três dimensões de subordinação:

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa.

Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas.

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Assim, é importante mencionar que o legislador criou normas para proporcionar maior proteção ao empregado, entretanto, no que se refere aos trabalhadores da plataforma Uber, o legislador não oferece soluções para resguardar os direitos daqueles que a utilizam, permanecendo, portanto, fora das proteções ofertadas pela legislação trabalhista.

## **2 EMPRESA UBER**

A empresa Uber foi criada no ano de 2009, na cidade de São Francisco, Califórnia, nos Estados Unidos, por Garret Camp e Travis Kalanik, trazendo consigo o fenômeno de Economia de Compartilhamento, criando uma atividade lucrativa e comercial. (SLEE, 2017, p. 98)

De acordo com Samuelson (2017),

A economia do compartilhamento emergiu e tornou-se expressiva no contexto da revolução digital, crise econômica mundial e desemprego, sendo uma alternativa de renda e sobrevivência imediata dos trabalhadores, enquanto os consumidores enxergam vantagens econômicas na sobreposição do “usar” em detrimento do “ter”, afinal, por qual razão comprar um carro – que pressupõe saber dirigir, possuir habilitação, gastos com manutenção e combustível, seguros, etc – se podemos pedir um carro com poucos toques no celular, por um preço baixo? Emergem questionamentos se é economicamente viável possuir um automóvel quando se compara

às vantagens dos apps que intermediam serviços de transporte, como a Uber (SAMUELSON, 2017).

Slee (2017, p. 104) acerca da realidade da plataforma Uber, assevera que:

Entusiastas da Uber atribuem o sucesso da empresa a sua tecnologia e a eficiência em conectar passageiros e motoristas, mas essa visão ignora boa parte da história. O sucesso da Uber também se dá muito devido a evitar custos com seguro, impostos e inspeções veiculares, e fornecer um serviço universalmente acessível. Sua habilidade em fornecer um serviço barato e eficiente para os consumidores vem da habilidade de operar em prejuízo enquanto persegue seu generosamente financiado caminho para o crescimento. O sucesso da Uber decorre de seu parasitismo nas cidades onde opera. (SLEE, 2017, p. 104)

Considerando referida economia de compartilhamento, as plataformas digitais criaram um fenômeno denominado uberização, onde uma plataforma digital gere uma atividade econômica através da intermediação entre o prestador de serviço e o consumidor, recebendo uma parte do pagamento. (SIGNES, 2017, p. 31)

## **2.1 UBERIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

De acordo com Abílio (2019), a uberização do trabalho é uma forma de gestão que proporciona modelos de organização e controle de trabalho, sendo considerado uma tendência mundial. Segundo Antunes e Filgueiras (2020, p. 6),

Em nosso entendimento, entretanto, a chamada uberização do trabalho somente pode ser compreendida e utilizada como expressão de modos de ser do trabalho que se expandem nas plataformas digitais, onde as relações de trabalho são cada vez mais individualizadas (sempre que isso for possível) e invisibilizadas, de modo a assumir a aparência de prestação de serviços. Mas, os traços constitutivos de sua concretude, como veremos a seguir, são expressão de formas diferenciadas de assalariamento, comportando tanto obtenção de lucro, exploração do mais valor e também espoliação do trabalho, ao transferir os custos para seus/suas trabalhadores/as que passam a depender diretamente do financiamento de suas despesas, que são imprescindíveis para a realização de seu labor.



Ainda segundo Abílio (2019), trabalhadores que atuam em conjunto com aplicativos não possuem condão de contratado, não tendo, portanto, direitos ou segurança necessários para trabalhar, pois precisam aderir aos termos do referido aplicativo, aplicativo esse que é controlado por um algoritmo. Dessa forma, quem adere a esses termos, assumem os riscos do labor sem que a empresa seja responsabilizada em caso de acidentes (PRADO, 2020)

### **2.1.1 Uberização e o elemento da subordinação na relação empregatícia**

Considerando que a doutrina demonstra preocupação em relação à subordinação na relação de emprego, é necessário tratar da subordinação estrutural, pois ela está relacionada com a atividade econômica, fazendo com que o empregado não receba ordens diretas do empregador, ainda que inserido na estrutura da organização.

De acordo com Leite (2019, p. 258),

(...) a chamada “subordinação estrutural” seria uma construção doutrinária que identifica a inserção do trabalhador na dinâmica e organização da atividade econômica do tomador de seus serviços, ou seja, na sua estrutura organizacional, independentemente de receber dele ordens diretas, como uma forma de caracterização da relação empregatícia.

Conforme Delgado (2006, p. 667), a subordinação

estrutural é, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (DELGADO, 2006, p. 667).

Barros (2016, p. 187) assevera que para que haja a subordinação, resta necessária a adoção do chamado “direito residual de controle”, sendo uma mistura de subordinação objetiva e subordinação estrutural, que objetivará averiguar se o trabalhador participa integralmente do processo produtivo.

Delgado (2019, p. 387), explica a diferença entre empregado e trabalhador autônomo:

(...) Noutras palavras, o trabalhador autônomo distingue-se do empregado, quer em face da ausência da subordinação ao tomador dos serviços no contexto da prestação do trabalho, quer em face de

também, em acréscimo, poder faltar em seu vínculo com o tomador o elemento da pessoalidade. A diferenciação central entre as figuras situa-se, porém, repita-se, na subordinação. Fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antitético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho.

Segundo Baboin (2017, p. 349), os motoristas tem autonomias restritas, logo que assumem algum grau de subordinação:

Com seu aplicativo, a Uber poderia facilmente impor limite máximo na jornada laboral, bem como assegurar a observância de intervalos de descanso inter e intrajornada. Trata-se não apenas de uma medida de controle do empregado, mas também uma medida de saúde e segurança do trabalho, aplicável a todos os trabalhadores. Assim, muito embora a Uber afirme não exercer qualquer controle direto na jornada de trabalho do motorista, inclusive não impondo limites mínimos e máximos de trabalho, o que se verifica é que esses limites são impostos pela realidade social na qual o trabalhador está inserido. Embora o trabalho possa ocorrer de forma intermitente, a dependência econômica do trabalho é permanente.

Pode-se considerar que a relação jurídica entre o trabalhador e a empresa UBER ainda é indeterminada, logo que não há regulamentação específica para regular essa relação.

### **3 IMPACTOS DA UBERIZAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO**

A sociedade tem passado por inúmeras transformações que tem impactado profundamente o país. Essas mudanças tem sido classificadas como a Quarta Revolução Industrial e possuem o poder de aproximar o mundo físico e tecnológico, impactando diretamente os modelos de negócio, sociedade e modelos governamentais (SCHWAB, 2016, p. 12-13)

Estamos a bordo de uma revolução tecnológica que transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, alcance e complexidade, a transformação será diferente de qualquer coisa que o ser humano tenha experimentado antes (...) A quarta revolução industrial não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital (anterior). (SCHWAB, 2016, p. 26).

Schwab (2016, p. 42-46) afirma que essa nova Revolução Industrial juntamente com as tecnologias criadas impactarão o mercado de trabalho profundamente, suprimindo empregos e criando novas profissões, entretanto, essas novas profissões podem não acompanhar as supressões de empregos, portanto o governo e as instituições precisam fomentar a formação acadêmica, de forma que os conflitos entre a sociedade e as tecnologias sejam minimizados, logo que, caso não haja medidas protetivas do mercado de trabalho, pode haver uma segregação da sociedade entre as pessoas com competências intelectuais e salários mais altos, com capacidade de programação de máquinas, e das pessoas com capacidade intelectual e salários mais baixos, realizando trabalhos mecânicos que máquinas não podem fazer.

Ao contrário da eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional digital, estamos presenciando o advento e a expansão monumental do novo proletariado da era digital, cujos trabalhos, mais ou menos intermitentes, mais ou menos constantes, ganharam novo impulso com as TICs, que conectam, pelos celulares, as mais distintas modalidades de trabalho. Portanto, em vez do fim do trabalho na era digital, estamos vivenciando o crescimento exponencial do novo proletariado de serviços, uma variante global do que se pode denominar escravidão digital. Em pleno século XXI. (ANTUNES, 2018, p. 35)

Nessa senda, as plataformas digitais defendem sua atuação alegando flexibilidade e liberdade para o trabalhador, porém, é observado que essas plataformas lucram de forma indiscriminada, logo que a legislação é menos protetora no que se refere aos autônomos (SIGNES, 2017, p. 29-30)

Com o advento da globalização, a organização do trabalho pode sofrer grande impacto em sua dinâmica, haja vista a alteração do conceito de profissão, logo que o fluxo de trabalho de alta rotatividade ou de modelo temporário aumenta. Nessa seara, o advento

tecnológico retrocederá, havendo, então, a necessidade de adaptação às tecnologias. A “uberização” enquadra-se, conceitualmente, no consumo coletivo e economia compartilhada, trazendo crescimento dessa modalidade de comércio.

Uma nova tendência que se expande por meio de novas organizações e novos modelos de negócio, com foco no compartilhamento. É considerado um sistema socioeconômico construído em torno do compartilhamento de recursos humanos e físicos, o qual inclui a criação, produção, distribuição, o comércio e o consumo compartilhado de bens e serviços por pessoas e organizações (GANSKY, 2010, p. 300)

De acordo com Slee (2019, p. 300),

Infelizmente, algo diferente e ao mesmo tempo mais sombrio está acontecendo: a Economia do Compartilhamento está propagando um livre mercado inóspito e desregulado em áreas de nossas vidas que antes estavam protegidas. As companhias dominantes do setor se tornaram forças grandes e esmagadoras, e, para ganhar dinheiro e para manter suas marcas, estão desempenhando um papel mais e mais invasivo nas trocas que intermedeiam. À medida que a Economia do Compartilhamento cresce, está remodelando cidades sem considerar aquilo que as tornava habitáveis. Em vez de trazer uma nova fase de abertura e confiança pessoal a nossas interações está criando uma nova forma de fiscalização, em que os prestadores de serviços devem viver com medo de ser delatados pelos clientes. (Slee, 2019, p. 300)

Cumpramos ressaltar que a relação de trabalho entre os motoristas e a empresa Uber resta marcada pela precariedade, pois seus funcionários não são considerados como empregados, logo que não há o elemento da subordinação, recebendo, portanto, a nomenclatura de “parceiro” ou “prestador de serviço”, desvirtuando, dessa forma, a relação empregatícia.

Alguns outros autores utilizam o termo “peer to peer economy” ou “economia de igual para igual”. Esse termo também se concentra no desaparecimento da empresa como tal, entendendo que o consumidor vai diretamente ao provedor de serviços, ambos em igualdade de condições, no entanto, como você verá, esse termo pode ser enganoso, pois parte da ideia de que existe uma posição idêntica entre o prestador de serviços e o pagador, como tradicionalmente ocorre no mercado de trabalho, o prestador de

serviços, devido à natureza peremptória de seu trabalho, geralmente encontra-se em uma situação de desequilíbrio em relação àquele que solicita o serviço. Por fim, por esses motivos, considero que "a prestação de serviços através de plataformas virtuais" seria um termo muito mais descritivo e neutro para chamar esse novo modelo de negócios. (SIGNES, 2017, p. 21)

Assim, tona-se imprescindível que o Direito do Trabalho interfira nos direitos do trabalhador, protegendo-o da exploração na relação de trabalho, garantindo a concorrência e a manutenção da dignidade da pessoa humana. (SILVA & CECATO, 2017, p. 268; OITAVEN, CARELLI & CASAGRANDE, 2018, p. 40)

#### **4 CONSOLIDAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL**

Sabendo que não há uma legislação trabalhista que englobe os trabalhadores da plataforma UBER, existem julgados divergentes acerca do entendimento acerca da subordinação. Vejamos:

A 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, estado de Minas Gerais entende que há um vínculo empregatício entre o considerado "parceiro" e a plataforma UBER:

Fica claro, assim, que a ré mantém vínculo personalíssimo com cada motorista que utiliza sua plataforma, independentemente de este ser ou não o proprietário do veículo conduzido. Por fim, cabe examinar a tese da defesa de que não há pessoalidade entre as partes, na medida em que o aplicativo apenas aciona o motorista mais próximo para atender à demanda do usuário, sem que haja possibilidade de escolha do profissional que irá realizar a prestação do serviço. O argumento não procede. Não se pode confundir a pessoalidade marcante da relação motorista-Uber com a impessoalidade da relação usuário-motorista. Assim, da mesma forma que, na maioria das vezes, não podemos escolher qual cozinheiro irá preparar nosso prato em um restaurante ou qual vendedor irá nos atender em uma loja de sapatos, não é dado ao usuário do aplicativo indicar qual motorista o transportará. Por tudo isto, restou configurado o elemento da pessoalidade.

Como se não bastasse, os demonstrativos de pagamento (id 3937e7b) jungidos aos autos pelo demandante revelam que os pagamentos realizados pelos usuários são feitos para a ré, que retira o seu percentual e retém o restante, repassando-o aos motoristas

somente ao final de cada semana. Isso demonstra que a reclamada não apenas faz a intermediação dos negócios entre passageiros e condutores, mas, ao contrário, recebe por cada serviço realizado e, posteriormente, paga o trabalhador. Não resta dúvida, nesse cenário, que a roupagem utilizada pela ré para tentativa de afastar o pressuposto da onerosidade não tem qualquer amparo fático. A prestação de serviço se constitui como relação onerosa, em que o autor ativava-se na expectativa de contraprestação de índole econômica (onerosidade subjetiva) e o trabalho desenvolvido era devidamente remunerado pela ré (onerosidade objetiva).

Assim, não há dúvidas de que, ainda que a ré atue também no desenvolvimento de tecnologias como meio de operacionalização de seu negócio, essa qualificação não afasta o fato de ser ela, sobretudo, uma empresa de transporte. Além disso, se fosse apenas uma empresa de tecnologia não fariam sentido os robustos investimentos em carros autônomos que têm sido realizados pela companhia, como notoriamente tem divulgado os veículos de comunicação. Assim, por qualquer ângulo que se analise a matéria, é inconteste a estreita correspondência entre o labor do reclamante (função de motorista) com as atividades normais da reclamada (serviços de transporte), sendo certo, por conseguinte, deduzir a não eventualidade da prestação dos serviços.

Na hipótese dos autos, sob qualquer dos ângulos que se examine o quadro fático da relação travada pelas partes e, sem qualquer dúvida, a subordinação, em sua matriz clássica, se faz presente. O autor estava submisso a ordens sobre o modo de desenvolver a prestação dos serviços e a controles contínuos. Além disso, estava sujeito à aplicação de sanções disciplinares caso incidisse em comportamentos que a ré julgasse inadequados ou praticasse infrações das regras por ela estipuladas. (BRASIL, 2017)

A 11ª Turma do TRT da 3ª Região também reconheceu o vínculo empregatício:

**EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA.** Para a caracterização do liame de emprego, é necessário demonstrar a prestação de serviços com pessoalidade, de natureza não-eventual, sob dependência do empregador (subordinação jurídica) e mediante salário (art. 3º da CLT). A configuração da relação empregatícia resulta da conjugação desses elementos fático-jurídicos. Negada a existência de qualquer prestação de trabalho, a prova do vínculo



incumbe exclusivamente ao autor, por ser fato constitutivo de seu direito. Lado outro, admitida a prestação pessoal de serviços sob modalidade diversa, ao réu incumbe a prova de ser o trabalho autônomo ou diferente do previsto no art. 3º da CLT, porquanto constitui fato impeditivo ao reconhecimento da relação de emprego. Inteligência dos artigos 818 da CLT e 373 do CPC. (Minas Gerais, 2019).

Ainda sobre o tema, a 3ª Região, no processo nº 0010806-62.2017.5.03.0011 define que:

“O contrato de prestação de serviços firmado entre a Uber e o motorista, denominado "cliente", prevê que o "cliente" é obrigado a aceitar os termos e condições nele estipulados (ID. eaf73db - Pág. 1). Típico contrato de adesão, portanto. Resta saber se a UBER é mesmo uma mera plataforma digital, como pretende fazer crer, ou empresa que explora serviço de transporte e emprega motoristas para esse fim. Registre-se, por oportuno, que o fato de o autor trabalhar em outra atividade, neste caso, por si só, não teria o condão de elidir o reconhecimento da relação de emprego, eis que, como é sabido, uma pessoa pode ter mais de um emprego. Logo, totalmente inócua a juntada da carteira de trabalho do autor.

A personalidade é patente. Como é de conhecimento desta Relatora, o autor, para trabalhar na UBER, procedeu à sua inscrição "on line", individualizada. Sabese ainda que a Uber recomenda que durante a etapa de verificação da documentação, o motorista assista a uma série de vídeos informativos e de capacitação virtual no sítio eletrônico <http://t.uber.com.br.introcapacitacao>. Para os motoristas que não possuem veículo, a Uber indica parceiros para aluguel e aquisição de veículos. Trata-se de trabalho remunerado, na medida em que o autor recebia semanalmente pela produção, descontados a participação da UBER e os valores recebidos em moeda corrente dos usuários. E nem se diga que o autor "pagava" à UBER. O contrato de adesão firmado entre a UBER e o motorista deixa claro que a UBER define os valores a serem pagos pelos clientes e gerencia o pagamento ao motorista, como se depreende do item 4 do Contrato de Prestação de Serviços, intitulado "Termos Financeiros" e seus subitens 4.1 ("Cálculo do Preço e Pagamento"), 4.2 ("Custo Fixo"), 4.3 ("Viagens pagas em dinheiro"), 4.4 ("Pagamento"), 4.5 ("Alterações no

Cálculo do Preço"), 4.6 ("Ajuste de Preço"), 4.7 ("Taxas de Serviços") e 4.8 ("Taxas de Cancelamento") (ID. eaf73db - Pág. 11 a 13).

Com relação à subordinação, também entendo que se faz presente

(...)

No entendimento desta Relatora não há dúvidas de que a reclamada controla e desenvolve o negócio, estabelecendo os critérios de remuneração de seus motoristas. Em contraposição, está o motorista, que se sujeita às regras estabelecidas pela UBER e ao seu poder disciplinário, como por exemplo, a desativação do trabalhador, com baixa/má reputação. A própria reclamada admite em sua defesa que, caso seja reconhecido o vínculo, deverá ser considerado que a dispensa do obreiro se deu por mau procedimento, em virtude de seguidos cancelamentos de viagens.

(...)

Além disso, destaco outro aspecto importante a denotar a subordinação: o motorista somente toma ciência do destino escolhido pelo usuário, quando o recebe em seu veículo e dá o comando de início da corrida. Logo, repito, não há elementos para se considerar que o autor seja parceiro da UBER.

(...)

Verifica-se, pois, na relação havida entre as partes, o poder de direção da reclamada, conduzindo o *modus faciendi* da prestação de trabalho. Configurada, pois, a subordinação jurídica. No caso, não há falar que o reclamante exercia as atividades por sua iniciativa e conveniência, auto-organizando-se, sem se submeter ao poder de controle da empregadora. Isso porque, a UBER seleciona os motoristas; estabelece as regras, inclusive quanto aos carros que deverão ser utilizados na prestação de serviços; recebe reclamações de usuários e decide sobre elas; pode reduzir o valor da corrida, o que impacta diretamente na remuneração do motorista; enfim, domina todo o sistema.

Assim, e uma vez presentes os pressupostos da personalidade, não eventualidade, subordinação jurídica, salário e prestação de serviços inerentes à atividade-fim da empresa (art. 2º e 3º da CLT), configurada ficou a relação de emprego entre as partes, no período

compreendido entre 10/06/2016 e 02/02/2017, observados os limites da inicial, na função de motorista. Em consequência, a fim de se evitar alegação de supressão de instância, determino o retorno dos autos à origem, para prolação de nova sentença, com exame do restante do mérito e análise dos demais pedidos formulados na exordial, corolários à formação de liame empregatício com a reclamada, como se entender de direito.” (BRASIL, 2017)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As plataformas digitais já fazem parte do nosso cotidiano e possuem poder para mudar a forma de trabalho. A uberização trouxe grande impacto na logística dos transportes, abrindo portas para que mais trabalhadores prestem serviços, entretanto, o vínculo não possui proteção jurídica.

Este estudo demonstrou que a uberização do trabalho não afasta a relação empregatícia entre os trabalhadores da empresa UBER e a empresa em si. Impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício entre os trabalhadores e as empresas, para que esses trabalhadores possam gozar da proteção estatal e legislativa, garantindo, assim, seus direitos conquistados constitucionalmente, logo que o trabalho de uberização não abarca nenhum direito trabalhista. Assim, a plataforma não possui responsabilidades sociais com seus prestadores de serviço, mas recebendo, ainda assim, uma contrapartida do trabalho alheio.

Torna-se necessária a garantia da dignidade humana, sendo imprescindível o reconhecimento legislativo do vínculo empregatício desse modelo de negócio, fazendo com que a empresa desenvolva responsabilidade social e corporativa.

Pode-se concluir que, embora o modelo de negócios da empresa UBER seja legítimo, e que traga benefícios e vantagens para a sociedade, esse modelo de trabalho não proporciona ao trabalhador uma proteção social, tornando o trabalhador uberizado a parte mais vulnerável desse modelo de negócio.

É necessário, portanto, que seja criado um regime celetista para que sejam viabilizados os negócios da empresa, bem como os direitos dos trabalhadores, de forma que haja respeito à dignidade e a segurança do trabalhador.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, L. C. **Plataformas digitais e uberização: Globalização de um Sul administrado?** Contracampo [online], Niterói, v. 39, n. 1, p. 12-26, abr./jul. 2020. ISSN 2238-2577.

Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38579>. Acesso em: 25 mar. 2022.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. (Mundo do trabalho).

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. **Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo**. Contracampo, Niterói, v. 39, n. 1, p. 27-43, abr./jul. 2020. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/3890>. Acesso em: 24 set. 2022.

BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3. ed. **Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas**, 2012. 103 p. (Coleção Constituições brasileiras; v. 2). ISBN 978-85-7018-425-2.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. **Sentença. Reclamante: Rodrigo Leonardo Silva Ferreira. Reclamada: Uber do Brasil Tecnologia LTDA. Belo Horizonte, Processo N° 001135934.2016.5.03.0112**, 33ª Vara de Trabalho de Belo Horizonte, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho. Resumo de direito do trabalho**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. ISBN 978-85-309-8121-1.

\_\_\_\_\_. **Direito do Trabalho**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9148-5.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1823-9.

GANSKY, L. **The mesh: Why the future of business is sharing**. New York: Portfolio Penguin, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO: CRITÉRIOS DISTINTOS DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA**. In: CURSO de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. cap. CAPÍTULO I, p. 211.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MINAS GERAIS (MG) TRT 3ª Região. **PROCESSO nº 0010806-62.2017.5.03.0011**, 11ª Turma, Rel. Luiz Antônio de Paula Iennaco. Minas Gerais, 2019. Disponível em: <<https://rodrigocarelli.org/2019/08/13/acordao-do-trt-3a-regiao-vinculo-de-emprego-demotorista-com-a-uber-integra-da-decisao-em-portugues-ingles-e-espanhol/>>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

NOGUEIRA, Octaciano. 1824. 3. ed. **Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas**, 2012. 105 p. (Coleção Constituições brasileiras; v. 1). ISBN 978-85-7018-424-5.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luís. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

POLETTI, Ronaldo. 1934. 3. ed. **Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas**, 2012. 162 p. (Coleção Constituições brasileiras; v. 3). ISBN 978-85-7018-426-9.

PRADO, Monique Rodrigues. **Entregadores e motoristas de aplicativos resistem à 'uberização' do trabalho**. Consultor Jurídico. Publicado em: 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-20/monique-prado-uberizacaotrabalho-resistencia-trabalhadores>. Acesso em: 24 set. 2022

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho: Relação de Emprego e Relação de Emprego**. 8. ed. São Paulo: Método, 2020. 74 p. 76.

ROMAR, Carla Teresa Martins. LENZA, Pedro (Coord.) **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado). ISBN 978-85-472-3103-3.

SAMUELSON, Kate. (2017). **The Latest Uber Effect: People Are Ditching Their Cars**. 26 de mai. 2017, de Fortune Siteo web: <http://fortune.com/2017/05/26/uber-lyft-people-ditching-cars/>

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SIGNES, Adrián Todolí. **O Mercado de Trabalho no Século XXI: ondemandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho.** In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2017. P. 28-43.

SILVA, Juliana Coelho Tavares da; CECATO, Maria Áurea Baroni. **A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro.** Cadernos de Dereito Actual, Santiago de Compostela, nº 7, 2017, p. 257-271.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado.** São Paulo: Editora Elefante, 2017. E-book.



## **APOSENTADORIA ESPECIAL: O ENQUADRAMENTO DE TEMPO ESPECIAL POR CATEGORIA PROFISSIONAL ATÉ 28 DE ABRIL DE 1995 NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

**JAIR FRANÇA MARQUETO NETO E BERVALDO:**

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais; Pós-graduando em Planejamento Previdenciário pela Faculdade Legale.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar o benefício da aposentadoria especial à luz da doutrina e das disposições constitucionais, legais e infralegais, traçando breve perfil, em perspectiva administrativa, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social e, em seguida, focando o estudo na possibilidade de enquadramento por categoria profissional para períodos laborados até 28 de abril de 1995, com suas diversas especificidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito previdenciário; aposentadoria especial; RGPS; categoria profissional.

**ABSTRACT:** This article objects to analyze the benefits of special retirement of doctrine light and constitutional disposition , legal and infralegal , tracing profile brief, in administrative perspective , in scope of General Regime of Social Pension and, then, focusing the study in the possibility of framework for professional category in labored periods until April 28, 1995 with many several specificities .

**KEY WORDS:** social security law, special retirement, RGPS, professional category.

### **1. INTRODUÇÃO**

Este trabalho busca analisar o benefício programado de aposentadoria especial no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, em seara administrativa. Em específico, o enfoque é na análise da comprovação do exercício de atividades sob condições especiais para períodos até 28 de abril de 1995, por categoria profissional, à luz dos recentes atos normativos publicados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS: Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022 – IN 128/2022 (disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário) e Portaria DIRBEN/INSS nº 991, de 28 de março de 2022 – Port 991/2022 (aprova as normas procedimentais em matéria de benefícios).

O direito social à Previdência Social é considerado um direito fundamental, componente da Seguridade Social, que fora tratado de forma inédita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Num primeiro momento, traça-se um panorama constitucional e doutrinário da aposentadoria especial, analisando o texto da Carta Magna e as mudanças impostas pelo Poder Constituinte Reformador, buscando compreender seu alcance.

Fixadas as bases do benefício, passa-se a explanar os requisitos para a comprovação de exercício de atividade especial por categoria profissional, dispostos em normas infraconstitucionais e infralegais, com especial destaque para estas, já que o objeto deste trabalho é a aposentadoria em âmbito administrativo.

O tema abordado possui relevante interesse jurídico por ser a comprovação de períodos sob condições especiais por categoria profissional repleto de peculiaridades e que traz razoáveis dificuldades práticas devido às inúmeras alterações legislativas ao longo do tempo, que trouxeram sistemáticas distintas a depender do período que se busque a comprovação, bem como da categoria do segurado. É útil aos que se interessam pela prática previdenciária.

Assim, delineado o benefício de aposentadoria especial, o presente trabalho se propõe a demonstrar as hipóteses de caracterização de atividade especial pelos segurados empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual até 28/04/1995.

## **2. A PREVIDÊNCIA SOCIAL ENQUANTO DIREITO SOCIAL**

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) dedica em seu Título II (dos direitos e garantias fundamentais) o Capítulo II aos Direitos Sociais. São, no artigo 6º, doze os direitos sociais dispostos, dentre eles a previdência social.

Georg Jellinek, no final do século XIX, desenvolveu a doutrina dos quatro status em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. O terceiro status, chamado de positivo (*status civitatis*), é aquele que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado uma atuação positiva, realizando uma prestação material, podendo pretender uma ação estatal (MENDES, 2018, p. 157).

Os direitos a prestações materiais são rotulados como direitos a prestações em sentido estrito e tidos como os direitos sociais por excelência (MENDES, 2018, p. 161) e como exemplo está o direito à previdência social.

Como componente da Seguridade Social está a Previdência Social (ao lado da saúde e da assistência social). O artigo 201 da CRFB, com redação dada pela Emenda

Constitucional nº 103 de 2019, afirma que “a previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (BRASIL, 2019).

Amado (2017, p. 180), assim define Previdência Social:

Em sentido amplo e objetivo, especialmente visando abarcar todos os planos de previdência básicos e complementares disponíveis no Brasil, a previdência social pode ser definida como um seguro com regime jurídico especial, pois regida por normas de Direito Público, sendo necessariamente contributiva, que disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, que variarão a depender do plano de cobertura.

Ibrahim (2012, p. 28), por sua vez, conceitua Previdência Social como:

Seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais. Já o regime complementar tem como características a autonomia frente aos regimes básicos e a facultatividade de ingresso, sendo igualmente contributivo, coletivo ou individual. O ingresso também poderá ser voluntário no RGPS para aqueles que não exercem atividade remunerada.

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é o mais amplo, responsável pela cobertura da maioria dos trabalhadores brasileiros, sendo que toda pessoa física que exerça atividade remunerada é filiada obrigatoriamente ao RGPS (GOES, 2018, p. 79); já no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) são beneficiários os magistrados, ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público, militares e servidores públicos ocupantes de cargo efetivo de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas autarquias e fundações (GOES, 2018, p. 17).

A relação previdenciária possui duas vertentes, sendo a primeira delas o custeio, que consiste na obrigação de pagar as contribuições previdenciárias pelos segurados e pelas empresas, empregadores e equiparados, tendo essas contribuições natureza tributária; já a segunda vertente é o plano de benefícios e serviços, que é o pagamento de

prestações pela Previdência Social aos segurados e aos dependentes, preenchidos os requisitos legais (AMADO, 2017, p. 180).

Segurados obrigatórios são aqueles que filiados ao RGPS independentemente de suas vontades: a lei é que os obriga a se filiarem, sendo espécies: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial (GOES, 2018, p. 81).

### **3. A APOSENTADORIA ESPECIAL: PERFIL DO BENEFÍCIO E A “REFORMA DA PREVIDÊNCIA” (EC 103/2019)**

Dentre as prestações devidas somente ao segurado, está o benefício aposentadoria especial. Com as alterações realizadas pela Emenda Constitucional nº 103 de 2019 (EC 103/2019 - “Reforma da Previdência”) o artigo 201, § 1º e seu inciso II da CRFB, que trata do tema, dispõem o seguinte:

Art. 201...

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

(...)

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (BRASIL, 2019)

Como se vê, o artigo 201, § 1º da CRFB exige a edição de lei complementar para a adoção de requisitos ou critérios diferenciados; enquanto não editada a referida lei complementar, aplica-se a regra de transição disposta no artigo 19, § 1º da EC 103/2019 (texto não incorporado à parte permanente da CRFB), tanto aos antigos quanto aos novos segurados (AMADO, 2019, p. 231). Essa regra insere uma idade mínima para cada uma das espécies de aposentaria especial, conforme se verifica abaixo:

Art. 19...

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;

b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou

c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição; (BRASIL, 2019)

É oportuno salientar que o direito adquirido pelo segurado foi respeitado no artigo 3º da EC 103/2019, que dispõe que a concessão de aposentadoria ao segurado do RGPS será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos até 13/11/2019, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos (BRASIL, 2019).

O artigo 64 do Decreto 3.048/1999 está de acordo com as mudanças no benefício realizadas pela EC 103/2019, tanto no texto permanente, quanto nas regras de transição (vigentes enquanto não editada a lei complementar a que alude o artigo 201, § 1º da CRFB):

Art. 64. A aposentadoria especial, uma vez cumprido o período de carência exigido, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este último somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que comprove o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, vedada a caracterização por categoria profissional ou

ocupação, durante, no mínimo, quinze, vinte ou vinte e cinco anos, e que cumprir os seguintes requisitos:

I - cinquenta e cinco anos de idade, quando se tratar de atividade especial de quinze anos de contribuição;

II - cinquenta e oito anos de idade, quando se tratar de atividade especial de vinte anos de contribuição; ou

III - sessenta anos de idade, quando se tratar de atividade especial de vinte e cinco anos de contribuição. (BRASIL, 2020)

Portanto, para a espécie de aposentadoria especial 15 anos, a idade mínima é de 55 anos; para a 20 anos, é de 58 anos; e, para a 25 anos, é a idade mínima 60 anos (AMADO, 2019, p. 267).

Até as mudanças operadas pela EC 103/2019, exigia-se o trabalho por quinze, vinte ou vinte e cinco anos, sem a imposição de idade mínima; além disso, falava o texto em “atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (art. 201, §1º, CRFB com redação dada pela Emenda Constitucional nº 47 de 2005) e, com a nova redação (dada pela EC 103/2019), fala-se em exposição a agentes físicos, químicos e biológicos que prejudiquem a saúde ou a integridade física, sendo, portanto, a novel redação mais restritiva, já que exige a efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos, sem a grande amplitude da disposição anterior, que não se restringia a agentes nocivos, abarcando qualquer atividade laboral com possibilidade de prejudicar a saúde ou a integridade física. Buscou-se vedar também o enquadramento de tempo especial por periculosidade, sendo retirada após acordo no Senado Federal, em segundo turno de votação (AMADO, 2019, p. 221).

Outra novidade trazida na redação do art. 201, § 1º, inciso II da CRFB (repetida na regra de transição do artigo 19, §1º da EC 103/2019) foi a vedação expressa à caracterização por categoria profissional ou ocupação, o que já ocorria desde 28/04/1995, com a redação dada pela Lei 9.032/1995 ao artigo 75 da Lei 8.213/1991, que passou a exigir exposição permanente a agentes nocivos para concessão da aposentadoria especial sendo, com a EC 109/2019, o tema constitucionalizado (AMADO, 2019, p. 218).

Há, ainda, regra de transição para o benefício de aposentadoria especial, aplicável àqueles segurados filiados ao RGPS até 13/11/2019, conforme artigo 21 da EC 103/2019:

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço



público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:

I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;

II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição;  
e

III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição. (BRASIL, 2019)

Veda ainda o artigo 25, § 2º da EC 103/2019 a conversão de tempo especial em comum para períodos laborados após sua entrada em vigor, em 13/11/2019:

Art 25...

§ 2º Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data. (BRASIL, 2019)

Sendo a aposentadoria especial um dos benefícios da previdência social no Regime Geral de Previdência Social, Ribeiro (2004, p. 23) afirma que:

As leis que dispõem sobre os planos de benefícios relacionam os benefícios de trato uno e de trato continuado, incluindo entre esses o benefício de aposentadoria, que visa substituir o ganho do trabalhador, assegurando sua subsistência.

Os doutrinadores concordam que a aposentadoria especial é um instrumento de técnica protetiva do trabalhador, destinado a compensar o desgaste resultante da exposição aos agentes nocivos prejudiciais à sua saúde ou integridade física.

O ideal seria que houvesse uma real proteção ao empregado, quando trabalhasse exposto a agentes nocivos. Uma verdade, que não se pode ignorar, é que nenhum acréscimo pecuniário ao salário compensará o desgaste e os danos resultantes do tempo de trabalho insalubre, penoso ou perigoso, pois não existe bem maior a ser preservado que a vida.

Ao longo dos anos, a legislação previdenciária procurou garantir ao segurado essa compensação, criando a aposentadoria especial que, em parte, veio lhe proporcionar um ganho pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais.

O que se extrai é que não é a aposentadoria especial um privilégio dado a alguns segurados obrigatórios da Previdência Social, mas sim uma forma de se proteger a saúde e a integridade física do trabalhador daqueles agentes nocivos a que esteja exposto, já que não é possível, tendo em vista os meios de proteção hoje existentes, anular os efeitos danosos à pessoa que esse contato pode trazer; assim, ao garantir com a renda proveniente da concessão do benefício a subsistência do trabalhador, poderá ele interromper a atividade e, assim, não mais ter contato com tais meios deletérios.

Ibrahim (2012, p. 622) afirma ser “um dos mais complexos benefícios previdenciários”. Tal complexidade do benefício decorre das inúmeras alterações na legislação previdenciária ao longo das últimas décadas, em que houve mudanças relevantes na forma de comprovação do tempo como especial (primeiro por categoria profissional, depois exigindo efetiva exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física acima do tolerável), o que traz dificuldades ao segurado e ao operador do direito.

O benefício é regulado pelos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/1991, artigos 64 a 70 do D. 3.048/1999 e tem o código de concessão, pelo INSS, de número 46 - B46 (AMADO, 2017, p. 735). Em atos infralegais, está disciplinada, dentre outros, na Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022 – IN 128/2022 (disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário) e na Portaria DIRBEN/INSS nº 991, de 28 de março de 2022 – Port 991/2022 (aprova as normas procedimentais em matéria de benefícios).

#### **4. DO ENQUADRAMENTO POR CATEGORIA PROFISSIONAL DE PERÍODOS TRABALHADOS ATÉ 28/04/1995**

A Lei 8.213/1991 trazia no art. 57, em sua redação originária, a seguinte redação:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (BRASIL, 1991)

Assim, admitia-se duas formas de se enquadrar o tempo de serviço como especial: por categoria profissional, quando presumia a lei a condições insalubres, perigosas ou penosas; e, por agente nocivo, quando o caráter especial do trabalho advinha da exposição a agentes insalubres, qualquer que fosse a atividade ou profissão exercida.

A redação do artigo 57 da Lei 8.213/1991, todavia, foi alterada pela Lei 9.032/1995, retirando a possibilidade de enquadramento por categoria profissional e exigindo exposição habitual e permanente a agentes nocivos em seu parágrafo terceiro. Foi com tal alteração legislativa que “se viu a moralização do benefício, que passou a ser concedido mediante critérios técnicos” (IBRAHIM, 2012, p. 622). Ficou a redação do dispositivo:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1995, art. 57)

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (BRASIL, 1995)

Atualmente a concessão da aposentadoria especial depende da comprovação do exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, quinze, vinte ou vinte e cinco anos, além da idade mínima. Ressalva-

se, aí, a possibilidade de enquadramento de períodos como especiais por categoria profissional, desde que laborados até 28/04/1995, o que é objeto do presente estudo.

São beneficiários da aposentadoria especial o segurado empregado, o trabalhador avulso e o contribuinte individual, sendo beneficiário somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção (GOES, 2018, p. 268).

Conforme artigo 58, § 1º da Lei 8.213/1991, a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista (BRASIL, 1998).

A Instrução Normativa INSS/DC nº 99, de 5 de dezembro de 2003, instituiu, como formulário, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), sendo obrigatório a partir de 01/01/2004 (artigo 284 da IN 128/2022) (BRASIL, 2022). Deve ser o PPP emitido para os segurados empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção para períodos a partir de 13/12/2002 (art. 284 da IN 128/2022). Para o contribuinte individual até 28/04/1995 não será aceito PPP, acaso emitido, vez que somente empresa, cooperativa de trabalho ou de produção, órgão gestor de mão de obra e sindicato da categoria profissional no caso de trabalhador avulso portuário podem emití-lo (art. 273 da IN 128/2022).

O PPP, como se viu, é emitido com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) que, conforme Wladimir Novaes Martinez (2006, p. 95):

Trata-se de parecer conclusivo da situação ambiental, devendo refletir a realidade do momento da perícia, ser absolutamente objetivo quanto às informações consignadas, impondo-se a afirmação imperativa do signatário quanto à presença de agentes nocivos.

Com ele, pretende-se dispensa de verificação *in loco* por parte da autarquia. Se incompleto, hesitante, lacunoso, sujeitar-se-á à exigência, com exame posterior implementar. Por isso, o profissional obriga-se a fundamentar as afirmações, socorrendo-se, se for o caso, de doutrina específica, estabelecendo causalidade entre o determinante do efeito e o determinado. Na condição de fotografia do cenário laboral, deve prestar-se para análise técnico-jurídica dos fatos.

Até a publicação da IN 128/22, fosse por categoria profissional, fosse por exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos, para que houvesse a análise da possibilidade caracterização e enquadramento como tempo especial, deveria o segurado empregado ou trabalhador avulso apresentar a Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS acompanhada, a partir de 01/01/2004, do PPP (artigo 258 da IN 77/2015) (BRASIL, 2015).

Todavia, com a IN 128/22 (revogadora da IN 77/2015) houve alteração no cenário para a forma de comprovação de períodos por categoria profissional para os segurados empregado e trabalhador avulso.

Àqueles segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais filiados ao RGPS até 13/11/2019, é admitido o enquadramento de atividades exercidas com condições especiais por categoria profissional até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032/1995 (art. 261, I c/c art. 263 da IN 128/2022) (BRASIL, 2022), havendo peculiaridades na forma de comprovação do exercício da atividade para cada uma das categorias de segurado.

Em linhas gerais, a caracterização e a comprovação do tempo de atividades sob condições especiais levam em conta o previsto na legislação em vigor na época da prestação do serviço (art. 289 da Port 991/2022), sendo realizada mediante a comprovação do exercício da função ou atividade para períodos enquadráveis por categoria profissional (art. 290, I da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

As atividades possíveis de reconhecimento são as previstas no quadro anexo do Decreto nº 53.831/1964 (a partir do código 2.0.0) e no anexo II do Decreto 83.080/1979, sendo também consideradas atividades arroladas em outros atos administrativos, decretos ou leis previdenciárias que determinem o enquadramento por atividade (art. 298, I e II e § 2º da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Para esses períodos, não se exige o requisito de permanência (art. 268, § 2º da IN 128/2022), considerado como permanente o trabalho não ocasional nem intermitente, na qual a exposição do trabalhador ao agente prejudicial à saúde é indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço, visto tal definição ter sido inserida para enquadramentos após 28 de abril de 1995 (art. 298 § 1º da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Exigia-se para os períodos laborados até 28/04/1995 formulário (se emitido a partir de 01/01/2004, será o PPP), acompanhado de, para segurado empregado, Carteira de Trabalho ou ficha ou Livro de Registro de empregados onde conste o registro do trabalhador e informação de cargo e suas alterações, já para o segurado trabalhador avulso deverá vir acompanhado de certificado de sindicato ou órgão gestor de mão de obra que

agrupa trabalhadores avulsos, acompanhado de documentos contemporâneos (art. 270 da IN 77/2015) (BRASIL, 2015).

Com a nova norma disciplinadora de procedimentos para o INSS, o segurado empregado ou o trabalhador avulso deverá apresentar para períodos laborados até 28 de abril de 1995 enquadráveis por categoria profissional Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, ficha ou livro de registro de empregado, no caso do segurado empregado, e certificado do OGMO ou sindicato da categoria acompanhado de documento contemporâneo que comprove o exercício de atividade, no caso do trabalhador avulso ou formulários de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais (art. 274, I, "a", 1 e 2 da IN 128/2022) (BRASIL, 2022).

Ou seja, não mais se exige CTPS ou certificado e formulário, mas apenas CTPS ou certificado ou formulário. Dessa maneira, apenas com registro do contrato na CTPS (se contemporâneo, bem como se anotações indiquem continuidade do exercício da atividade), caso seja a atividade arrolada na legislação como possível de enquadramento por categoria profissional, a autarquia previdenciária procederá ao enquadramento do período laborado pelo empregado, preenchidos os demais requisitos.

Em relação ao segurado empregado, deverá apresentar carteira de trabalho, desde que conste a função ou cargo, de forma expressa e literal, idêntica às atividades arroladas nos atos que trazem as atividades e funções passíveis de enquadramento por categoria profissional, observando-se ainda nas anotações se houve alteração de função ou de cargo no período a ser enquadrado. Pode ainda apresentar a ficha ou Livro de Registro de Empregado, com registro do empregado e informação do cargo e de eventuais alterações. Por último, pode haver a apresentação de formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais, ou o PPP. Caso as anotações sejam insuficientes ao enquadramento, deverá apresentar o formulário legalmente previsto, sendo possível ainda, em caso de empresa legalmente extinta, o processamento de Justificação Administrativa para suprimento da informação (art. 299 da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Para aqueles segurados empregados que exerceram atividade de auxiliar ou de ajudante até 28 de abril de 1995 (adotando o INSS um "entendimento mais favorável ao segurado em interpretação extensiva" (AMADO, 2017)), pode haver o reconhecimento da atividade como especial, desde que comprovado o exercício da atividade nas mesmas condições e no mesmo ambiente de trabalho do profissional, desde que não se trate de atividade que exija formação específica para o seu desempenho (art. 303 da Port 991/2022). Contudo, nessas situações, não se admite o enquadramento como atividade especial somente com base em carteira de trabalho ou livro ou ficha de registro de empregados, exigindo-se a apresentação formulário de reconhecimento de períodos laborados em



condições especiais, ou o PPP (art. 299, § 1º da Port 991/2022). Observe-se peculiaridade em relação à enfermagem: o atendente e o técnico de enfermagem se equiparam ao auxiliar de enfermagem (art. 303, § 1º da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Esse enquadramento mediante anotações regulares em carteira de trabalho exige, todavia, a análise de diversos itens, consoante previsto no art. 300 da Port 991/2022.

Em relação à descrição da atividade, admite-se o enquadramento somente até 28 de abril de 1995 para atividades ou funções previstas em atos normativos, sendo necessário observar no documento se houve alteração posterior de função nas anotações posteriores (como nas de férias e alterações de salário), não se admitindo, em nenhuma hipótese, o enquadramento com base nas informações do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, tendo em vista alteração dos códigos CBO e de limitações sistêmicas existentes à época (art. 300, I da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Analisa-se também a atividade da empresa, verificando área de atuação do empregador e a descrição vinculada ao CNPJ no CNIS (se empregado transferido ou em caso de alteração, verifica-se também o ramo de atuação da nova empresa). Caso o CNPJ não se encontre nem anotado na carteira de trabalho, nem conste do CNIS, é necessária a apresentação de declaração ou outro documento que possa complementar as informações faltantes (art. 300, II da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Por fim, a correspondência entre a função/ocupação descrita na carteira de trabalho e a descrita nos anexos deve ser exata, não sendo cabível o enquadramento por analogia, assemelhação, aproximação, ou identificação fática de atribuições. Cabe ainda peculiaridade em relação ao enquadramento de vigilante, que, salvo se prevista expressamente a função de vigilante armado, exige-se a apresentação de formulário de atividades especiais (art. 300, III da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Já para o segurado trabalhador avulso, a comprovação da função ou da atividade profissional se dará ou por certificado de sindicato ou órgão gestor de mão de obra, acompanhado de documentos contemporâneos, ou por formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais (art. 301 da Port 991/2022) (BRASIL, 2022). Também não mais se exige a apresentação de documentação e formulário, bastando um ou outro.

Em relação ao contribuinte individual não houve mudanças na forma de comprovação, de acordo com o art. 302 (e seus parágrafos) da Port 991/22, a comprovação da atividade especial do segurado contribuinte individual, até 28 de abril de 1995 será realizada com a apresentação de documentos que comprovem, ano a ano, a habitualidade

do exercício da atividade. Não cabe a apresentação dos formulários de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais. Além disso, quando a atividade exigir, o contribuinte individual deverá apresentar documento que comprove habilitação acadêmica e registro no respectivo conselho de classe (BRASIL, 2022).

Assim como para as demais categorias de segurados, não caberá enquadramento por categoria profissional por analogia, assim somente se expressamente contida em um dos anexos (quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964, a partir do código 2.0.0 (Ocupações) e Anexo II do Decreto nº 83.080, de 1979). Há ainda a peculiaridade em relação ao contribuinte individual de que não será considerada como especial a atividade de guarda, vigia ou vigilante exercida como contribuinte individual (art. 307 da Port 991/2022) (BRASIL, 2022).

Ainda sobre os segurados contribuintes individuais, Ribeiro (2004, p. 312), citando profissionais liberais, afirma que:

Se tiverem exercido atividades insalubres como autônomos, poderão comprovar o exercício da profissão através dos carnês de recolhimento, de certidão do órgão fiscalizador da atividade, de inscrição no cadastro de ISS como autônomo, impostos pagos (Taxa de Licença ou ISS), recibos de pagamento a autônomo, podendo ainda valer-se da Justificação Administrativa

São essas formas exemplificativas de comprovação de exercício de atividade por parte do contribuinte individual, exigindo-se, em qualquer caso, a existência de recolhimentos.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não há dúvidas de que é a Previdência Social um direito fundamental, tratado de forma extensa na Carta de 1988, tendo como uma de suas funções dar efetividade ao valor constitucional supremo: a dignidade da pessoa humana.

É um direito fundamental que visa, em geral, resguardar a pessoa nos momentos de maior necessidade em sua vida; no caso da aposentadoria especial, em específico, busca evitar uma ainda maior deterioração do organismo do trabalhador face à exposição a agentes nocivos das mais variadas naturezas.

A chamada Reforma da Previdência, ocorrida em 2019, vista como essencial à sobrevivência fiscal do Brasil, operou relevante mudança no perfil do benefício, ao inserir idade mínima, algo deveras discutível, vez que a redução de tempo de atividade não se

trata de um prêmio ao exercente do labor, mas sim promover uma proteção à saúde e à integridade física, ao retirá-lo de ambiente nocivo.

Assim, conforme se verificou, são hoje requisitos do benefício idade mínima, variáveis conforme a espécie de 15, 20 ou 25 anos de tempo de exercício de atividade sob condições especiais, tendo como seus beneficiários os segurados obrigatórios empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, observando-se a possibilidade de conversão de períodos exercidos em determinadas categorias profissionais até 28 de abril de 1995.

Evidenciou-se que na ótica administrativa é possível a caracterização do exercício de atividades especiais por categoria profissional até 28/04/1995, exigindo-se, para o segurado empregado, CTPS ou ficha de registro de empregados ou formulário de atividades especiais, com todas as peculiaridades citadas, para o segurado trabalhador avulso a comprovação se dá por certificado de sindicato acompanhado de documentos contemporâneos ou por formulário e, para o contribuinte individual, pela apresentação de documentos ano a ano que comprovem a habitualidade no exercício da atividade.

Portanto, tecidas todas as críticas, é devida a conversão de tempo comum em especial desde que, tratando-se de segurado empregado, contribuinte individual ou trabalhador avulso, tenha, até 28/04/1995, exercido atividade em categoria profissional contemplada normativamente com tal possibilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

\_\_\_\_\_, Frederico. **Reforma da previdência comentada**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF. 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. **Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 04 de outubro de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm)>. Acesso em: 03 de outubro de 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750)>. Acesso em: 06 de outubro de 2022..

BRASIL. **Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>>. Acesso em: 06 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 05 de outubro de 2022.

BRASIL. **Portaria PRES/INSS nº 991, de 28 de março de 2022. Aprova as Normas Procedimentais em Matéria de Benefícios.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-dirben/inss-n-991-de-28-de-marco-de-2022-389275082>>. Acesso em: 06 de outubro de 2022.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário: teoria e questões.** 14. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social.** Curitiba: Juruá, 2004.

## PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

**LINDENBERGH SILVA DE OLIVEIRA FILHO:**

Advogado, formado na Universidade Brasil,  
Campus Fernandópolis-SP

**RESUMO:** O presente artigo científico tem o intuito de discorrer sobre cada um dos princípios presente no artigo 5º da lei nº14.133 de 01 de abril de 2021, e a sua importância para o procedimento licitatório. Além disso, irá se explica os motivos que levam o fato desses princípios sejam fundamentais para a licitação e sem eles é impossível se atingir o seu propósito. O presente artigo ainda traz um estudo sobre o conceito de licitação e suas modalidades, tudo isso fundamentado através da legislação jurídica vigente e doutrinaria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação. Princípios. Administração Pública.

**ABSTRACT:** This scientific article is intended to discuss each of the principles present in the article of law nº 14.133 of April 1, 2021, and its importance for the bidding process. In addition, it will explain the reasons that lead to the fact that these principles are fundamental for the bidding and without them it is impossible to achieve its purpose. This article also presents a study on the concept of bidding and its modalities, all of this based on current legal and doctrinal legislation..

**KEYWORDS:** Bidding. Principles. Public administration.

### 1 INTRODUÇÃO

A administração pública ao contrário das empresas privadas não pode simplesmente contratar qualquer tipo de empresa ao seu bem querer, pois isso violaria vários princípios da administração pública presentes na Constituição Federal, como o principio da impessoalidade, que visa evitar qualquer tipo de ato discriminatório, seja por questões políticas, sociais, religiosas, entre outros, e por isso que existem os concursos públicos.

Mas quando se trata de serviços prestados a administração pública, como a compra de ambulâncias, materiais escolares, obras e serviços de engenharia, é neste exato momento que se faz necessário o uso do procedimento licitatório.

Esse procedimento existe como forma de resguardar os princípios constitucionais da administração pública, como o principio da legalidade, impessoalidade, imoralidade, publicidade e eficiência.

Deixando claro que devido a importância dos princípios como fonte do direito, a lei de licitação e contratos administrativos, no seu artigo 5º, elenca vários princípios além do que já estão previstos na Constituição Federal, e a não observância pode acarreta a nulidade da licitação, devido a sua importância, existe a necessidade do estudo de tais princípios.

Dito isso o presente artigo, fará um estudo através do artigo 5º na lei de licitações e contratos administrativos, além de trazer conceitos doutrinários, jurisprudências e a letra da lei como fundamento. Para se iniciar tais discursões segue um prevê questionamento.

Imagine que por um momento que não existe o procedimento licitatório, será que os prefeitos, por exemplo, iriam simplesmente contratar as melhores empresas que desempenhem o melhor serviço para a sociedade, ou iriam contratar aquelas que melhor atendesse os seus próprios interesses?

## **2 CONCEITO DE LICITAÇÃO**

O conceito de licitação é essencial para o melhor entendimento do presente artigo, afinal, o que seria uma licitação?

Licitação é um procedimento que tem como finalidade a contratação de serviços de empresas privadas pela a administração pública, conforme ensina, ROSA, Marcio Fernandes Elias (p.17, 2011)

A licitação corresponde a procedimento administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação desejada pela Administração e necessária ao atendimento do interesse público. Independe a fixação da designação, se processo ou procedimento, porquanto ambos são aceitos e referidos pela doutrina (a CF emprega a expressão "processo de licitação"). Trata-se de *procedimento vinculado*, regido pelo princípio da formalidade e orientado para a eleição da proposta que melhor atender ao interesse público.

Também é interessante a Conceituação feita por Carvalho Filho (2020, p. 465, grifo no original):

o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.



Deste modo o licitante nada mais é que aquele que oferece o serviço mais adequado para a administração pública conforme o art. 6º inciso IX - licitante: "pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta Lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da Administração, oferece proposta";

O agente público deve estar atento a lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021, também conhecida como lei de licitações e contratos administrativos.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - Os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - Os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

Na própria lei de nº14.133/2021 traz no art. 2º situações em que o poder público é obrigado a licitar.

I - Alienação e concessão de direito real de uso de bens;

II - Compra, inclusive por encomenda;

III - locação;

IV - Concessão e permissão de uso de bens públicos;

V - Prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados;

VI - Obras e serviços de arquitetura e engenharia;

VII - contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Nesta lei estão presentes as modalidades, princípios e o procedimento para se fazer uma licitação, a violação desse procedimento, por meio fraudulento, viola vários princípios da administração pública, fazendo com que o licitante possa responder por

improbidade administrativa, conforme o caso concreto a seguir: (Apelação nº 0001549-46.2012.8.26.0383)

APELAÇÃO CÍVEL Ação civil pública Improbidade administrativa Fraude em procedimento licitatório referente ao Convite n12/2010, destinado à contratação de empresa para executar obras de reforma e ampliação do prédio em que funciona a creche municipal do Município de Floreal Provas nos autos que demonstram o direcionamento da licitação para que a empresa ré se sagrasse vencedora **Violação aos princípios da isonomia e da competitividade Configurada a prática de ato de improbidade administrativa** descrito no 11, I da Lei nº 8.429/92 Aplicação do art. 37, § 4º da Constituição Federal Preliminares de cerceamento de defesa e prescrição afastadas - Sentença mantida – Recursos desprovidos.

Conforme o caso concreto acima, é importante destacar o ensinamento de Mazza, Alexandre (2012):

“Princípios administrativos também são normas dotadas de força cogente capaz de disciplinar o comportamento da Administração Pública”.

### **3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO**

Antes da publicação do edital, é de extrema importância escolher qual é a modalidade correta a ser escolhida, a administração pública, pode escolher entre uma dessas cinco modalidades:

3.1 Concorrência: A lei de licitações define essa modalidade como: “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser”:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

Ou seja, no caso da necessidade de alguma obra pública, como a construção de creches, escolas, ou reformas, é necessária a utilização da modalidade concorrência;

3.2 concursos: A lei de licitações define essa modalidade como: “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”;

Já na modalidade concurso não se trata apenas de um projeto de engenharia, e sim algo com um viés mais artístico, como a pintura de um quadro, uma estátua, projetos arquitetônicos, paisagismos, ou seja, é algo que necessita de um profissional diferenciado, e muitas vezes específico.

3.3 Leilão: A lei de licitações define essa modalidade como: “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance”;

Deixando claro que essa modalidade sempre visa o maior lance, ou seja, o maior preço sobre aquele bem vendido, tais bens não podem possuir uma destinação pública definida. Em melhor definição se a administração pública tem o intuito de vender algum bem, ela se utilizará dessa modalidade.

3.4 Pregão: “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”;

O tipo de modalidade de licitação utilizada para bens e serviços do cotidiano como a compra de álcool e gel, papel higiênico, lápis, canetas etc..., de preferência com o menor preço ou de maior desconto, mas isso não deve prejudicar na qualidade dos produtos ou serviços adquiridos.

3.5 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”;

#### **4. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO**

Os princípios são uma importante fonte do direito e como tal, esses princípios estão muitas vezes expressamente em lei, inclusive na Constituição Federal. Quando se trata da Administração Pública a Constituição de 1988, deixou expresso em seu art. 37, cinco princípios fundamentais, para o funcionamento público, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Tais princípios são aplicados a todos os procedimentos existentes da administração pública, podendo se destaca licitações, concursos públicos, entre outros. Como ensina, Mascaro, Alysson Leandro (2019, pag. 233) “Vários princípios aplicam-se a uma mesma situação, de tal sorte que, então, não se trata de dizer qual é o válido, já que todos o são, mas, sim, busca-se realizar uma ponderação entre tais princípios”.

No que se trata da lei de licitação nº14.133 de 01 de abril de 2021, no seu art. 5º traz uma série de princípios entre eles os cinco princípios já previstos na Constituição, São eles:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

#### 4.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade possui previsão legal como direito fundamental previsto no artigo 5º inciso II, que diz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesse princípio o servidor público pode apenas fazer o que está previsto em lei, ou seja, obedecê-la ao pé da letra, quando se trata de direito privado, os particulares podem simplesmente fazer qualquer coisa que a lei permita, contratar ou compra bens e serviços com quem bem entender, por exemplo, já no caso do direito público, não é bem assim, sendo que é necessário coloca o interesse da população em primeiro lugar.

Deste modo, o procedimento da licitação deve ser obedecido conforme está em lei para evita qualquer nulidade.

#### 4.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade tem como função evita qualquer tipo de discriminação, e ao mesmo tempo garantir o acesso a todos ao procedimento licitatório,

ou seja, ninguém pode simplesmente ser impedido de participar de uma licitação seja, por questões religiosas, racial, orientação sexual etc...

#### 4.3 Princípio da moralidade

Os servidores públicos são obrigados a agir com ética e respeito, quando se trata do procedimento licitatório tal princípio é fundamental, pois é necessário se evitar fraudes que prejudicariam a licitação.

#### 4.4 Princípio da publicidade

É importante que a administração pública seja transparente em relação a tudo que seja do povo, e quando se trata de licitação, é fundamental a publicidade para que o máximo possível de licitantes fique ciente, pois desta forma, é possível escolher qual será a melhor oferta.

#### 4.5 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência diz que o serviço público deve ser prestado da forma mais eficaz para se resolver qualquer demanda do povo, pensando nisso é importante durante o procedimento licitatório escolher a melhor modalidade de licitação, e principalmente o licitante mais apto.

#### 4.6 Princípio do interesse público

Toda licitação deve ser feita em prol do interesse público, seja, ela para aquisição de bens ou serviços, engenharia etc..., e não por mero capricho da administração pública.

#### 4.7 Princípio da Probidade Administrativa

Toda licitação deve estar de acordo com o ordenamento jurídico, devendo se evitar fraudes, ilegalidades ou qualquer prejuízo a administração pública

#### 4.8 Princípio da igualdade

Todos os licitantes devem ser tratados como iguais, não deve nenhum deles ser beneficiado de alguma forma.

#### 4.9 Princípio do planejamento

A licitação deve ser feita através de um planejamento estratégico cuidadoso, o edital deve ser regido com muito cuidado, especificando tudo que o licitante necessita saber.

#### 4.10 Princípio da Transparência

A administração deve ser transparente a cerca dos seus atos, sendo obrigada a fazer publicidade de seus atos de forma clara e objetiva, seja no edital, ou no site assim vinculada, como o portal da transparência.

#### 4.11 Princípio da eficácia

O procedimento licitatório deve ser eficaz, ou seja, atingir o seu objetivo que é contrata o serviço mais adequado para o interesse público.

#### 4.12 Princípio da segregação das funções

Esse princípio proíbe que todo o procedimento licitatório seja feito pela mesma pessoa, ou grupo de pessoas, pois isso poderia gerar conflitos de interesse, ou seja, é interessante que tenha várias pessoas, com funções diferentes para assim garantir a integridade da licitação.

#### 4.13 Princípio da motivação

Quando se trata de dinheiro público toda decisão da administração pública deve ser de certa forma, motivada pelo interesse público, dito isso, é essencial que exista um porquê da existência daquela licitação, e não um mero capricho.

#### 4.14 Princípio da vinculação ao edital

Esse princípio é de extrema importância, o edital criar um vínculo entre a administração pública e o licitante, deste modo ao redigir um edital, o agente público deve está atento, para se evita possíveis problemas jurídicos posteriores, além disso o licitante deve está ciente se ele se enquadra a todos os requisitos presentes em tal edital.

#### 4.15 Princípio do julgamento objetivo

O julgamento da licitação deve ser conforme o previsto o art. 33 nº14.133 de 01 de abril de 2021, "O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios":

- I - Menor preço;
- II - Maior desconto;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - Técnica e preço;



V - Maior lance, no caso de leilão;

VI - Maior retorno econômico.

Devendo assim, o julgamento ser justo e igualitário para todos os licitantes, devendo está previsto na licitação, quais são os critérios e a modalidade previsto no edital.

#### 4.16 Princípio da Segurança Jurídica

O licitante deve ter segurança jurídica desse modo, ele não deve ser simplesmente ser surpreendido, por novas leis posteriores, que não estavam em vigor na época do procedimento licitatório já finalizado ou em curso, sendo vetado tal lei retroagir, prejudicando tais licitações.

#### 4.17 Princípio da razoabilidade

A administração pública deve ser razoável e coerente em suas decisões, imagine hipoteticamente que a administração pública precise fazer uma licitação para construir uma ponte, mas simplesmente coloca no edital que todos os funcionários da empresa licitante precisam saber mandarim, isso por si só iria eliminar boa parte dos licitantes. Não sendo algo nem um pouco razoável.

#### 4.18 Princípio da competitividade

Princípio essencial para a licitação, pois sem competição não seria possível alcançar a proposta mais vantajosa para a administração pública.

#### 4.19 Princípio da proporcionalidade

A administração pública deve encontrar um equilíbrio entre o interesse público e o interesse dos particulares (licitantes).

#### 4.20 Princípio da Celeridade

Tem como o intuito simplificar o procedimento licitatório com o intuito de desburocratizar, sendo utilizado normalmente na modalidade pregão.

#### 4.21 Princípio da economicidade

A administração pública deve sempre priorizar o interesse público deste modo, é essencial, que seja escolhida a proposta mais vantajosa para a administração pública, que lida diretamente com o dinheiro dos contribuintes.

#### 4.22 Princípio do desenvolvimento nacional sustentável

Todo o procedimento licitatório deve estar de acordo com a legislação ambiental vigente. Nesse sentido, Justen Filho, Marçal conceitua tal princípio como:

O conceito de desenvolvimento sustentável envolve o compromisso não apenas com a produção de riquezas, mas também com a preservação dos recursos. O desenvolvimento nacional sustentável significa a elevação da riqueza nacional mediante a adoção de práticas compatíveis com a preservação do meio ambiente e de modo a garantir a viabilidade da vida humana digna no presente e no futuro (JUSTEN FILHO, 2014. Pág. 73).

#### 4.23 Princípio do sigilo das propostas

Por fim, o último princípio está previsto no art. 13 da lei de licitação que diz:

Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - Quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

Isso acontece para que seja feita uma proposta justa e igualitária entre os licitantes, evitando fraudes e concorrência desleal entre eles, devendo um não saber a proposta do concorrente até a abertura dos envelopes.

## 5 CONCLUSÃO

Por fim, o intuito deste artigo científico foi atingido ao evidenciar a importância dos princípios no procedimento licitatório, deixando evidenciado que sem eles, é impossível fazer uma licitação justa que contemple a todos (Público e Particular).

Afinal, a administração pública é composta por seres humanos, e o ser humano é falho, e muitas vezes coloca seus interesses egoístas acima da população, não é à toa que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estão previstos na constituição federal.

E novamente, mesmo que de forma redundante, esteja na lei de licitação, como uma forma de reafirmar tais princípios, deixando claro que sua não observância pode gerar diversos efeitos não só na esfera administrativa, mas também na cível e criminal.

Os princípios são fundamentais para todo o ordenamento jurídico e não poderia ser diferente quando se trata de licitações.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 116, de 17 de fevereiro de 2022. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 de Junho de 2022.

BRASIL. Lei no 14.133, de 1º de abril de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de abr. 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>. Acesso em: 26 de Junho de 2022

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. EMENTA. ACORDÃO. DISPONIVEL: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1282372038/apelacao-civel-ac-15036539620218260228-sp-1503653-9620218260228/inteiro-teor-1282372064>. Acesso: 20 de Junho de 2022

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10º ed. São Paulo, Revistas do Tribunais, 2014.

MASCARO, ALYSSON LEANDRO. Introdução ao estudo do direito. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2019

Mazza, Alexandre. Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título CDU-35

Rosa, Márcio Fernando Elias Direito administrativo / Márcio Fernando Elias Rosa. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 20) 1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título. II. Série.

Advogado, bacharel em direito pela Universidade Brasil- campus Fernandópolis, pós-graduado em direito público pela Faculdade Dom Alberto.

## **A MOROSIDADE JUDICIÁRIA E A EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL: A (IN)EFICÁCIA DOS ACORDOS JUDICIAIS**

**THAÍS RESPLANDE MARTINS:**

Acadêmico(a) do curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg.

GLEIDY BRAGA RIBEIRO<sup>62</sup>

(orientadora).

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por intuito discorrer sobre a atuação do judiciário no que tange sobre a resolução de lides processuais através de acordos. Observando se tal modalidade possui uma eficácia ou não, dentro do judiciário brasileiro, trazendo à tona a necessidade de prequestionar tal modalidade, levando-se em conta a morosidade da justiça. Assim, valendo-se de um estudo bibliográfico, com materiais já disponíveis na internet, legislação e doutrina.

**Palavras-chave:** judiciário; acordos judiciais; celeridade processual;

**ABSTRACT:** The present research aims to discuss the role of the judiciary with regard to the resolution of procedural disputes through agreements. Observing whether this modality has an effectiveness or not, within the Brazilian judiciary, bringing to light the need to pre-question this modality, taking into account the slowness of justice. Thus, using a bibliographic study, with materials already available on the internet, legislation and doctrine.

**Keywords:** Judiciary; Court Settlements; Procedural Celerity

### **INTRODUÇÃO**

Há muito tempo o Brasil passa por diversas modificações no que se diz sobre o judiciário e as resoluções das suas lides, a busca incessante por meios que facilitem a morosidade do judiciário. O legislador pretendia dar mais importância à resolução amigável do processo por via de conciliação ou mediação, tudo para acelerar o processo. No entanto, o legislador não levou em conta um fator determinante: a vontade das partes.

Como o tema é objeto de constante debate, o artigo tem como objetivo analisar o instituto para tornar seu entendimento mais claro e acessível. Assim, primeiramente é feito um breve relato histórico sobre o assunto e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, pois o conceito da conciliação é abordado trazendo um entendimento

---

<sup>62</sup> Professora na Universidade de Gurupi – Unirg.

doutrinário que o distingue da mediação, com ênfase no primeiro instituto, para em seguida enfatizar a presença e o grande impulso de reconciliação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Novo Código de Processo Civil (NCPC).

O presente trabalho científico levanta alguns questionamentos que necessitam ser abordados durante o decorrer da pesquisa, tais como: Os acordos judiciais vêm sendo eficazes no Brasil? Por quais motivos os acordos judiciais não são uma escolha nas lides?

Através de tais questionamentos, eleva-se o estudo, a uma ótica descritiva, preservando assim o direito legítimo de todos de acesso à justiça através de uma análise lúcida acerca do assunto. Visto que, os meios de pacificação de conflitos, dão espaço para a justiça multiportas, evitando assim a utilização do judiciário, deixando este, como última via.

Portanto, o estudo desenvolve-se através de buscar adentrar acerca da temática e desenvolver prognósticos dentro do ordenamento jurídico vigente e da doutrina que buscam demonstrar de forma clara e desembaraçada a temática, através da pesquisa bibliográfica, pois é necessária a análise de dados já publicados e legislação vigente.

Pode-se considerar então, este trabalho procura demonstrar as vantagens da utilização da solução alternativa de conflitos como forma de auxiliar o judiciário, deixando apenas as situações que não podem ser tratadas por uma abordagem consensual. Comprovando assim que tais abordagens alternativas, são realmente as mais adequadas.

## **1. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Através da Emenda à Constituição Federal de 88, nº 45/2004, o princípio da celeridade processual foi disposto de maneira expressa no rol dos direitos fundamentais: *Art. 5º - ... LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988)*

Alvim assim o define:

[...] Celeridade significa que o processo deve ser rápido e concluído no menor tempo possível, pois envolve requisitos economicamente simples e sem complicações legais para que o demandante cumpra sua lei quase que imediatamente. Pessoas hipossuficientes não podem esperar por uma longa resolução, pois quase sempre brigam na justiça pelo que é necessário para se manter.. (2002, p. 14)

Portanto, a constitucionalização explícita do princípio da celeridade processual confere maiores garantias para a formulação de procedimentos, inclusive no âmbito administrativo, como direito garantido a exemplo de outros princípios processuais constitucionais elencados no corpo da carta magna. É claro que a promulgação de elementos como normas de alcance constitucional consolidou os contornos cada vez mais democráticos do Estado de Direito.

Assim, é primordial a introdução de mais uma garantia nos processos judiciais para litigantes no rol dos direitos fundamentais. A morosidade crônica do desenrolar dos atos processuais tem sido e é um obstáculo ao exercício de outros direitos fundamentais também contidos no texto da Constituição de 1988.

Discorre também, Watanabe, acerca do princípio da Celeridade:

[...], a Celeridade é fundamental para o cumprimento efetivo da missão de tranquilização do judiciário e o alcance da resolução de disputas, que justifica a própria posse de jurisdição do Estado. É importante eliminar o quanto antes os conflitos humanos na sociedade, que são a fermentação da insatisfação pessoal e da instabilidade social. [...] Celeridade e concentração são características fundamentais do esforço dos legisladores para evitar atrasos nos prazos, a fim de evitar que o processo seja prejudicado em seus trâmites normais. De acordo com esses princípios, eventos que retardam o julgamento não se aplicam. (1985, p. 109)

Ainda, direciona Arenhart: "o direito de acesso à justiça exige que o Estado preste a adequada tutela jurisdicional que, para nesses autores, significa, também, a tutela estatal tempestiva e efetiva". (2001, p. 121).

Dessa forma, o acesso e a demora na justiça parece ser o mais comum de todos os problemas que os tribunais enfrentam hoje. Todos os países se sentem mais ou menos lentos, em graus diferentes, um tema de constante pauta, que eventualmente impulsiona as reformas legislativas. Cada vez mais, isso tem levado ao precário e desacreditado direito de acesso à justiça; esse direito pode ser visto como o direito humano mais fundamental no sistema jurídico atual. Dentro de tal integralidade, dispõe o art. 5º, XXXV:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988)



Outrossim, para se ter pleno acesso à justiça, não basta admitir a possibilidade de procedimento ou acesso a um tribunal, mas utilizar todos os meios possíveis e disponíveis, harmoniosamente combinados, o que se pode chamar de “obtenção de uma ordem jurídica justa”. Conforme mencionado anteriormente, a forma de garantir a agilidade está relacionada diretamente à eficiência processual:

Claramente, sem efetividade, não se pode pensar em um procedimento justo em relação ao resultado do procedimento comparado aos direitos da entidade ofendida. E porque a resposta do tribunal não resolveu a disputa rapidamente, a tutela não se mostrou eficaz. Mesmo que os direitos violados sejam afinal reconhecidos e protegidos, só pode ser considerado uma grande injustiça se os titulares dos direitos forem privados de seus direitos e interesses jurídicos por muito tempo sem motivos justificáveis no processo de espera por uma decisão judicial. Assim, sem maiores explicações, é compreensível que o Estado não possa deixar de combater a morosidade judicial, de fato, garantir que todos aqueles que dependem da proteção judicial tenham um prazo razoável para os procedimentos é um dever primordial e fundamental e garante efetivamente Cada um é tratado com celeridade . (THEODORO, 2010, p. 40)

Assim, em conformidade ao já descrito, os princípios processuais possuem uma função abrangente que, juntamente com as normas, contribui para o aprimoramento das cláusulas jurisdicionais, de forma que, se torna, interligado ao princípio da celeridade processual. Por outro lado, apesar de a sociedade brasileira ter estabelecido metas ao nível das garantias básicas destinadas a assegurar a eficácia da tutela jurisdicional, ainda se reclamam novas orientações para que o processo civil seja dinâmico e concreto, ou seja, que verdadeiramente seja um instrumento de proteção judicial. (BELLOTI, 2012)

## **2.A CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A BUSCA DO CONSENSO.**

Através da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça de 2010, o Brasil desenvolveu uma política pública para tratar adequadamente os conflitos, levando em consideração que as soluções negociadas não são apenas um meio mais célere e menos oneroso de solução de conflitos, mas visam reduzir procedimentos e tratam de uma importante ferramenta para o desenvolvimento da cidadania.

Neste raciocínio, é válido mencionar o Instituto de Mediação, conforme art. 166 do Código de Processo Civil, que segue os princípios de independência, imparcialidade,

autodisciplina da vontade, normalização de conflitos, confidencialidade, decisões orais, informais e informadas.

Já a conciliação pode ser considerada um mecanismo de resolução de conflitos autodesenvolvido que pode ser extrajudicial ou judicial, e envolve terceiros imparciais e competentes que orientam a escuta ativa por meio do diálogo entre as partes envolvidas, conduzindo a discussão e, dependendo do que está sendo apresentado, se necessário, apresente uma solução que seja do interesse de todas as partes, ou uma vez que as pessoas tenham uma solução por conta própria, implemente essa solução para que ela reflita verdadeiramente o interesses de todas as partes em conflito.(TAKAHASHI, 2019)

À disposição trazida pelo art. 2º, inc. VI, da Lei de Mediação, visa trazer a busca do consenso entre as normativas principiológicas da mediação. Ademais, o § 1º do art. 4º, dispõe in verbis “mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito”.

Lagrasta Neto (2008, p. 11) discorre sobre a solução de conflitos:

Será difícil alcançar um acesso amplo e irrestrito à justiça sem mudar as estratégias de resolução de conflitos, o uso extensivo de meios alternativos, a antecipação do envolvimento de todos os processadores legais, incluindo o pessoal do serviço judiciário, e a formação de alunos de bancos acadêmicos os objetivos do sistema jurídico , o que levou a uma mudança em nossa mentalidade.

No que tange sobre a mediação e reconciliação, existe a necessidade de resolver em um acordo. O que se deve levar em conta é o tipo de litígio. Visto que, a busca do consenso não anula a autonomia das partes, caso não exista um consenso, não são obrigadas a mutuamente concordarem entre si.

Assim, o princípio da busca do consenso é entendido como a valorização do real atendimento dos anseios das partes, ou seja, os conciliadores quanto os mediadores, buscam formas de despolarizar ambas as partes para que encontrem formas de satisfazê-las. Desta forma, buscar o consenso, de forma alguma, significa impor um acordo a todo custo para fins puramente resolutivos, ignorando a vontade das partes.

Destarte, o que diz respeito aos métodos apropriados de resolução de disputas, notavelmente, eles ajudam os indivíduos a buscar soluções através de negociações, negociadas e, ao mesmo tempo, ao invés de impor penalidades. No entanto, a implementação desses métodos é apenas uma das várias reformas propostas pelo novo modelo judicial foram revistas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação e a mediação têm sido grandiosamente utilizadas em processos cíveis, na área de família e, principalmente, na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais. Ambos institutos podem oferecer uma oportunidade para chegar a um acordo livre e satisfatório, portanto, a conformidade é mais provável. Mesmo sendo tão necessários, possuem distinções, sobre o assunto, discorre MARQUES:

A conciliação, cuja distinção em relação à mediação é bastante importante, tem indicação quando há uma identificação evidente do problema, da controvérsia ou do conflito, quando um desses é verdadeiramente a razão do conflito, sem que a questão seja propriamente a falta de comunicação que impede um resultado positivo na solução do caso. Diferentemente do mediador, inclusive, o conciliador tem a liberdade de sugerir uma solução, o que nunca pode ocorrer, em nenhum dos modelos de mediação, com esse mecanismo de solução de conflitos por meio do consenso das partes. (2016, on-line)

Um conciliador tem uma posição mais ativa no processo de negociação e é capaz de propor uma solução para um conflito ou ação judicial. Por outro lado, um mediador tem um papel diferenciado e é responsável por atuar como guia e ferramenta de comunicação entre as partes envolvidas, constituindo-se em um facilitador do diálogo e ajudando-as a compreender o problema. Curiosamente, na mediação, diferentemente da conciliação, o mediador não propõe uma solução para o conflito. (SILVA, 2017)

Em conformidade ao artigo 165, parágrafo 2º do Código de Processo Civil de 2015, legitima essa diferença ao dar prioridade ao conciliador para agir na ausência de relação prévia entre as partes e pode recomendar a resolução de litígios, proibindo o uso de coação ou intimidação de qualquer natureza, para que ambos os lados se reconciliem.

No que diz respeito à mediação, o mediador, preferencialmente atuará onde exista uma ligação prévia entre as partes, ajudará as partes interessadas a compreender as questões e interesses em conflito para que possam, ao restabelecer a comunicação e façam por si próprios e criem soluções de consenso que gerem benefícios mútuos.

A mediação, enquanto mecanismo de solução de conflitos previsto e incentivado pelo novo Código de Processo Civil, além de absolutamente necessária ao ordenamento jurídico brasileiro em face da excessiva judicialização de problema se de conflitos, interessa sobremaneira por ser um espaço para o debate, que possibilita, nos casos em que se apresenta como mecanismo

adequado para a solução do conflito, trazer para o Direito a justiça por meio do consenso construído pelas partes, que restabelecem o diálogo, reconstró em relações, objetivando, ademais, não só solucionar o problema, a controvérsia ou conflito como também evitar que no futuro outros eventos conflituosos tornem a ocorrer.

Desta feita, é importante ressaltar que o mediador e o conciliador devem se comunicar com as pessoas envolvidas em linguagem simples e compreensível, caso contrário, todos devem participar e desenvolver suas próprias regras de resolução de conflitos. Esses aspectos são saudáveis e permitem um diálogo mais franco que enfatiza a informalidade, a verbalidade e a autorregulação da vontade, ferramenta necessária para a inserção das instituições de mediação e da mediação como alternativa de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.A (IN)EFICÁCIA DOS ACORDOS JUDICIAIS – OS ACORDOS JUDICIAIS SÃO OU NÃO EFICAZES?**

Assim, com várias inovações nas normas contidas no novo Código de Processo Civil (CPC), merece especial ênfase o dever de cooperação que assiste às partes e a todos aqueles que participam ou intervêm no processo, conforme regra prevista no seu artigo 6º

Este dever de cooperação é recíproco e comum a todas as partes, e visa “tomar uma decisão justa e eficaz sobre o mérito da causa num prazo razoável”. Obviamente, a obrigação acima é uma consequência lógica do princípio da boa-fé, que é tão crucial no direito processual civil quanto no direito processual civil. Basta mencionar que no artigo 5º há uma regra de que aqueles que estão “de qualquer forma envolvidos no processo” têm a obrigação de agir com honestidade. Nesse caso, várias regras do novo Código de Processo Civil decorrem dessas regras inaugurais básicas. Destes, destaca-se o artigo 190.º, que regulamenta os chamados negócios jurídicos processuais, que são negócios jurídicos genuínos em que as partes podem prever alterações processuais “antes ou durante o processo” no âmbito da autonomia privada. acordo sobre ônus processuais, poderes, autoridades e responsabilidades. (INSPEER, 2015, on-line)

Há de se destacar que mesmo com o novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016, tornando obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo diminuiu 18,8% (2020). (CNJ, 2021)

Pode-se considerar que em devido à pandemia de covid-19 – que dificultou a realização de procedimentos de mediação e mediação presenciais ou a utilização de técnicas comuns de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes no processo presencial - audiências presenciais.

A Justiça que mais faz conciliação é a trabalhista, que solucionou 23% de seus casos por meio de acordo, valor que aumenta para 44,8% quando apenas a fase de conhecimento de primeiro grau é considerada. Ao considerar apenas a fase de conhecimento do primeiro grau, o maior índice de conciliação é verificado no tRt2 com 51%. o tRt-8 apresenta número inconsistente, por indicar mais acordos homologados do que sentenças proferidas, e por isso os números foram excluídos das representações gráficas, na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 15,8%, sendo de 17,7% na Justiça Estadual e de 11,6% na Justiça Federal. nos juizados especiais a conciliação é um pouco maior que na justiça comum, que alcança 12,5% na Justiça Estadual e apenas 2,2% na Justiça Federal. (CNJ,2020, on-line)

Já em 2021, o relatório oficial emitido pelo CNJ (Justiça em números) , em 2021 teve um aumento de sentenças homologatórias proferidas, mesmo existindo os “respingos” da pandemia, trazendo 6 (seis) tribunais com destaque na resolução de conflitos: TJAM, TJAP, TJGO, TJMT, TJRS e TRF5.

Na fase de conhecimento, a conciliação foi de 17,4%, um pouco acima (0,8 ponto percentual) do observado em 2020, apresenta o indicador de conciliação por tribunal, distinguindo as fases de conhecimento e de execução. As maiores diferenças entre as fases são observadas na Justiça Trabalhista, que possui 33% no conhecimento e 12% na execução, ou seja, diferença de 20,5 pontos percentuais. Na Justiça Estadual, os índices são de 16% no conhecimento e de 7% na execução. Na Justiça Federal, a conciliação na fase de conhecimento foi de 13% e, na execução, foi de 9%. Apenas seis tribunais possuem índices de conciliação na execução maior que no conhecimento. São eles: TJAM, TJAP, TJGO, TJMT, TJRS e TRF5. (CNJ, 2022)

O que se analisa, segundo o relatório anual emitido pelo CNJ (2022) é que, na fase de conhecimento do juizado especial, a taxa de mediação foi de 19%, destes, 20% nos tribunais estaduais, 16% e nos tribunais federais . Na execução do Juizado Especial Federal (JEF), o melhor resultado é de 24% das mediações, com destaque para o valor apurado no

TRF da 5ª. O que se pode observar é que na Justiça Federal a mediação ocorre principalmente no JEF. Na justiça estadual, apesar da prevalência da mediação nos tribunais, em alguns tribunais os números da mediação são semelhantes aos verificados nos tribunais comuns, e às vezes até superam os dos tribunais.

Mesmo com algumas oscilações durante os anos, o que se pode observar é que de todo meio, a conciliação e mediação resultando em acordos, é a melhor via para preservar a celeridade processual e a rápida resolução de conflitos.

De toda forma, a realização de acordos é altamente incentivada porque é considerada a melhor forma de resolução de conflitos: é mais rápida, mais barata, mais eficaz e mais pacífica. O risco de injustiça é muito menor porque as próprias partes determinam a solução do problema com a ajuda de um juiz ou mediador e, com isso, todos saem ganhando.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por fim, o que se pode considerar foi uma verdadeira revolução foi realizada por meio da Resolução CNJ 125 de 2010, trazendo um ordenamento jurídico mais justo, prometendo justiça de modo mais célere, pois o Código de Processo Civil, dedica um rol justamente para as modalidades de resolução de conflitos.

Também para incentivar meios alternativos de solução de conflitos, o CPC incluiu os parágrafos no rol de normas básicas do processo civil, que estabelece que o Estado buscará promover, sempre que necessário, a resolução consensual de conflitos e que a mediação e os advogados, os juízes devem aguçar outras formas de autocomposição.

Assim, a mediação e a reconciliação são ferramentas importantes para a estabilidade social, no contexto da justiça multiportas, pois o que importa é a autocomposição das partes, e a conclusão final é que as partes envolvidas têm potencial para resolver conflitos, validando a importância das sociedades participantes na construção de um mundo menos conflituoso.

Portanto, o que se conclui é que a resolução de conflitos através de acordos auxilia na celeridade processual e evita que em muitos casos exista uma insatisfação pela parte, visto que, pode apresentar suas necessidades e seus anseios.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVIM, J.E. Carreira. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais comentada e anotada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.



ASSIS, Carolina Azevedo. A justiça multiportas e os meios adequados de solução de controvérsias: além do óbvio. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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)>

BELLOTI GARCIA, Mariellen. O Princípio da Celeridade Processual: Efeitos na evolução do Processo Civil Brasileiro/Mariellen Belloti Garcia. Fundação Educacional do Município de Assis -- Assis, 2012. p.65;

Conselho Nacional de Justiça Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021. Anual. 340 p: il. color. ISBN: 978-65-5972-493-2

COSTA, Lucas Vieira da. O sistema multiportas e sua contribuição para a ampliação do acesso à justiça no Brasil. 2019.

DA SILVA, Patrícia Francisco. O instituto da mediação e da conciliação sob a perspectiva do novo código de processo civil. REVISTA ESMAT, 2017, 9.12: 75-86.

Humanização dos Serviços do Poder Judiciário Brasileiro: um estudo sobre a introdução da Mediação Judicial e a taxa de necessidade de intervenção judicial posterior a um acordo. Geralda Beatriz Dorigatti Borges, Buenos Aires, Argentina, 2019.

INSPER. A NEGOCIAÇÃO ENTRE AS PARTES NO NOVO CPC. 2015. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/a-negociacao-entre-as-partes-no-novo-cpc/>. Acesso em: 20 de março de 2022.

MARQUES, Alessandra Garcia. A solução de conflitos dentro e fora do processo por meio da mediação no ordenamento jurídico brasileiro: uma necessária contribuição do pensamento de Emmanuel Lévinas sobre a justiça e a alteridade para a reflexão a respeito da mediação. Revista de Direito Brasileira, 2016, 15.6: 200-222.

TAKAHASHI Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal / Bruno Takahashi ... [et al.]. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2019. 179 p. ISBN 978-85-8296-029-5

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WATANABE, Kazuo et al. Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985

## **O MENINO DA PORTEIRA: A FIGURA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO COMBATE AO TRABALHO INFANTIL**

**ADRIANO FRANÇA LOPES:**

Graduando em Direito pela  
Universidade Estadual do  
Maranhão - UEMA.

SAMUEL CALDAS CARVALHO DE LIMA<sup>63</sup>

(coautor)

**RESUMO:** Este artigo aborda a atuação e importância do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em referência à positivação dos direitos fundamentais dos menores, em especial no que concerne ao combate do trabalho infantil. Tem como objetivo apresentar o crescimento e a evolução histórica, social e jurídica dos direitos considerados essenciais dos menores, bem como discutir e analisar o uso de sua força de trabalho como base do desenvolvimento do Brasil. O problema consiste na concepção histórica e social enraizada do trabalho infantil irregular como sendo algo ainda aceitável no Brasil, e se a tentativa de transformar este pensamento, sobretudo no aspecto jurídico, especialmente com a entrada em vigor do ECA, obteve sucesso em garantir a evolução protetiva aos jovens e adolescentes. A justificativa se dá através da necessidade de gerar discussões e posteriores desconstruções de convicções e juízos de valores acerca dos direitos das crianças e dos adolescentes. A metodologia adotada foi a dedutiva. A técnica de procedimento foi a monográfica. Conclui-se que a figura do ECA, como principal instituto de combate ao trabalho infantojuvenil no país, é resultado da evolução social e normativa a este público ao longo da história, bem como do reconhecimento da importância da real efetivação de seus direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** ECA. Direitos fundamentais. Trabalho infantil.

**ABSTRACT:** This article discusses the role and importance of the Child and Adolescent Statute (ECA) in reference to the affirmation of the fundamental rights of minors, especially with regard to the fight against child labor. Its objective is to present the growth and historical, social and legal evolution of the rights considered essential for minors, as well as

---

63 Bacharel em Administração – UEMA, Mestrado em Energia e Ambiente – PPGEA/UFMA, Graduando em Direito pela UEMA e Coordenador de Prospecção e Aceleração da Inovação (CPIN) da Agência de Inovação e Empreendedorismo da UFMA (AGEUFMA)

to discuss and analyze the use of its workforce as a basis for the development of Brazil. The problem lies in the rooted historical and social conception of irregular child labor as something still acceptable in Brazil, and if the attempt to transform this thinking, especially in the legal aspect, especially with the entry into force of the ECA, was successful in guaranteeing the evolution protection for young people and adolescents. The justification is given through the need to generate discussions and subsequent deconstructions of convictions and value judgments about the rights of children and adolescents. The methodology adopted was deductive. The procedure technique was monographic. It is concluded that the figure of the ECA, as the main institute to combat child and youth labor in the country, is the result of the social and normative evolution of this public throughout history, as well as the recognition of the importance of the real realization of their fundamental rights.

**Keywords:** ECA. Fundamental rights. Child labor.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma discussão teórica com base em textos normativos (Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e legislações esparsas), além de referenciais teóricos e doutrinários para embasar a pesquisa e análise acerca do tema referido.

Trata-se de um recorte bibliográfico que destaca a figura da criança e do adolescente frente ao trabalho infantil e à proteção que lhe são oferecidas, bem como a evolução da temática nas últimas décadas. Apresenta um breve apanhado histórico, mostrando o crescimento e aperfeiçoamento social e normativo que regulamentam os direitos e garantias do público infantojuvenil no Brasil. Adicionalmente, busca relacionar tal avanço com a perspectiva do trabalho irregular e da necessidade de se enfrentar essa realidade que ainda persiste no país, com vista a garantir materialmente os direitos fundamentais dos jovens em nossa nação.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO TRABALHO INFANTIL

Considerada um dos maiores clássicos da música sertaneja das últimas décadas, a canção "O Menino da Porteira", composta por Teddy Vieira e Luís Raimundo, já foi regravaada por inúmeros artistas e por mais de 60 anos é interpretada e reproduzida para o público brasileiro, transformando-se até em filme. A música conta a história de um boiadeiro que, quando passava por Ouro Fino, costumava se deparar com um menino que abria as porteiras da estrada para a passagem do gado em troca de algumas moedas. Um dia, o menino é fatalmente atacado por um boi, fato que abala profundamente o boiadeiro. Por mais ingênua que pareça a sua letra, o contexto da obra demonstra um

cenário rural em que se verifica uma das muitas manifestações de trabalho infantil existentes no Brasil, ou seja, a criança, em virtude de seu trabalho, tem sua vida retirada a partir da realidade na qual está situada. O quadro proposto pela clássica toada sertaneja faz abrir uma discussão histórico- social que, por muito tempo, parecia camuflada: a violação aos direitos da criança e do adolescente assentada na efígie do trabalho infantil.

Desde a Idade Moderna, com o surgimento do capitalismo e as grandes alterações nos centros urbanos na Europa, a figura do trabalho passou a tomar o foco nas relações sociais que ali se estabeleciam, principalmente em virtude de um pensamento atrelado à questão do lucro, repúdio ao marasmo e a necessidade da salvação a partir do esforço próprio. Diante disso, a ascensão social conquistada com o próprio mérito, independentemente do sujeito e do contexto social em que este estivesse inserido, influenciou na ideologia do trabalho como fonte inesgotável e única de oferecer um sentido à vida humana, bem como sua libertação dos pecados mundanos e sua consequente salvação aos céus.

Frases populares como “o trabalho dignifica o homem” ou “todo esforço tem a sua recompensa” sustentam o viés ideológico trazido por Max Weber em sua obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, o que explicava, àquela época, essencialmente para as classes mais vulneráveis, a necessidade compulsória de “vender” a sua força de trabalho em troca de condições minimamente dignas para sua sobrevivência.

Pois conformar e endireitar em relação a fins esse cosmos, que segundo a revelação da Bíblia e também segundo a razão natural está manifestamente talhado a servir à 'utilidade' do gênero humano, permitem reconhecer como o trabalho a serviço dessa utilidade social [impessoal] promove a glória de Deus e, portanto, por Deus é querido. (Weber, 1905, p. 99)

Diante desse cenário, verifica-se que dentre elas encontravam-se crianças e adolescentes que trabalhavam muitas vezes em condições idênticas aos adultos e nas mesmas condições degradantes a que estes eram submetidos. Naquela época, como se verifica nas cidades inglesas durante a Revolução Industrial ou na França antes das revoluções liberais, o público infantojuvenil não possuía nenhuma garantia ou direito para sua proteção quanto às questões trabalhistas, fruto de um pensamento objetificante do qual se tornavam meras propriedades barateadas e de fácil exploração por parte dos empregadores. Até mesmo em tempos mais antigos, o problema já se destacava.

[...] na Idade Média, entre os portugueses e outros povos da Europa, a mortalidade infantil era assustadora, verificando-se que a

expectativa de vida das crianças rondava os 14 anos, fazendo com que estas fossem consideradas na época como animais, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada enquanto durassem suas vidas. (Ramos, 1999, p. 20)

No Brasil, por mais que ainda não existisse até a metade do século XX uma sociedade trabalhista voltada ao ambiente urbano e laboral, a figura da criança e do adolescente não era muito diferente no que se refere ao seu posicionamento social. O que mudava era o local de trabalho e o regime trabalhista: em vez da fábrica e do modo assalariado (isso quando eram remuneradas), o “menor” na nação verde e amarela vivia sob a égide escravista eagrária, em que, sejam indígenas (inicialmente) ou escravos negros, possuíam as mesmas duras responsabilidades, utilizando sua força de trabalho como único meio de sobrevivência frente à opressão lusitana.

Numa terra em que praticamente inexistia fundamento jurídico-legal para asseguarção de direitos fundamentais à população brasileira, seria inviável que se pensasse numa proteção e garantia especial às faixas etárias menores. Em vista disso, observa-se como uma das preocupações iniciais a Lei do Ventre Livre (1871), considerada um marco no processo de abolição da escravidão no Brasil. Ali já se observava, além da clara necessidade de superação do modelo escravista, a busca por uma proteção e defesa dos direitos das crianças, libertando os filhos das mulheres escravas nascidos no Brasil a partir da data da aprovação da lei.

A partir da implantação da República, já no final do século XIX, observa-se uma evolução gradual da temática trabalhista em respeito ao público infantojuvenil: em 1891, foi promulgada no Brasil a primeira lei – Decreto nº 1.313 – que determinava a idade mínima de 12 anos para o trabalho. Em 1927, teve a promulgação do Código de Menores, o primeiro documento legal para população com menos de 18 anos, conhecido como Código Mello Mattos, proibindo o trabalho de crianças até 12 anos e o trabalho noturno aos menores de 18, além de vedar, para menores de 14 anos, o exercício de emprego em praças públicas.

Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) representou um enorme avanço social na luta e defesa dos direitos trabalhistas, pois regulamentou o trabalho de aprendizes no mercado de trabalho, reconhecendo o menor aprendiz como o adolescente com mais de 14 e menos de 18 anos “sujeito à formação profissional e metodológica do ofício em que exerça seu trabalho”.

Outros inúmeros instrumentos normativos foram conduzidos em torno do menor de 18anos para a asseguarção de seus direitos fundamentais, mas foi somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal do Brasil, que a figura da criança e do adolescente passaa mudar vertiginosamente, elevando, em seu art. 7º, XXXIII, para 16 anos



a idade mínima para o trabalho, abrindo exceção para os aprendizes (14 anos). O trabalho noturno, perigoso ou insalubre foi proibido para menores de 18 anos. Portanto, fica claro que a questão trabalhista para menores no Brasil conquistou um enorme passo ao ser consagrada como sendo um direito e uma garantia fundamental, a fim de assegurar o princípio basilar da dignidade da pessoa humana como vetor principal no desenvolvimento da sua população.

### **3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ECA COMO PROTAGONISTAS**

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, as crianças e os adolescentes no Brasil passaram a ser visualizados não mais como meras propriedades do Estado ou das famílias, quando estas, anteriormente, tinham grande liberdade para intervir irrestritamente em todas as áreas da vida do menor. Tal concepção era baseada sobretudo na chamada Doutrina da Situação Irregular, então vigente instituída pelo Código de Menores de 1979, quando se buscava restringir determinados direitos àqueles menores que representavam um determinado risco à ordem social, pouco se importando com medidas preventivas ou de inclusão social.

A partir da nova Carta Magna, fica expressa a Doutrina da Proteção Integral, definindo crianças e adolescentes como legítimos titulares de direitos e tendo prioridade absoluta na sua proteção, passando a ser dever da família, da sociedade e do Estado. Nessa perspectiva, tem-se:

*“um novo modelo, universal, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes e cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento”.* (Maciel, 2018, p.42)

Diante do exposto, percebe-se que a referida proteção é abrangente e aplica-se aos demais ramos do direito. No que tange ao direito trabalhista, compreende o direito à profissionalização, ao desenvolvimento de programas de integração social do adolescente portador de deficiência, observância à idade mínima para o ingresso ao trabalho, garantia de direitos previdenciários e trabalhistas, bem como ao acesso à escola (OLIVA, 2006).

Compreende-se desta nova doutrina a perspectiva de que crianças e adolescentes estão em peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, ou seja, encontram-se em situação especial e de maior vulnerabilidade que as fazem necessitar de um regime especial desalvaguada, o que lhes permite construir suas potencialidades humanas.

É nesse viés que adentra a figura do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990 e que regulamenta os direitos, deveres e medidas necessárias para a proteção integral destes jovens, agora em conformidade com o art. 227 da Constituição Federal e às realidades sociais que a ensinam. Os arts. 3º e 4º do ECA estabelecem as diretrizes gerais através das quais as crianças e adolescentes são legitimadas a possuir direitos seus (subjetivos), estes considerados como fundamentais a partir da Constituição de 1988, na efetiva proposição de um Estado Democrático de Direito que faça sobressair o respeito à dignidade da pessoa humana.

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. (ECA, 1990, Art. 3)

Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (ECA, 1990, Art. 3, § Único)

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (ECA, 1990, Art. 4)

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento pode ser entendida como a admissão de que as crianças e adolescentes estão em situação de alta vulnerabilidade, são indivíduos que ainda não desenvolveram totalmente a sua personalidade, e por essa razão precisam de proteção integral. Sobre o tema, aborda Martha de Toledo Machado:

A meu ver, crianças e adolescentes merecem, e receberam, do ordenamento jurídico brasileiro esse tratamento mais abrangente e efetivo porque, à sua condição de seres diversos dos adultos, soma-se a maior vulnerabilidade deles em relação aos seres humanos adultos [...].

De outro lado, a maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes, quando comparados aos adultos, é outro truísmo: se a personalidade daqueles ainda está incompleta, se as potencialidades do ser humano nas crianças ainda não amadureceram até seu patamar mínimo de desenvolvimento, são elas mais fracas; tanto porque não podem exercitar completamente suas potencialidades e direitos, como porque estão em condição menos favorável para defender esses direitos. (MACHADO, 2003, p. 119, grifos do autor)

#### **4. DO DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO**

A temática do trabalho infantil é abordada diretamente pelo ECA em seus arts. 60 até o 69, quando trata do direito à profissionalização e à proteção do trabalho. Assim como dispõe a Constituição Federal, reproduz a proibição de qualquer tipo de trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz (art. 60). Aqui se verifica a exata compreensão de evitar à criança e ao adolescente condições indesejadas e desgastantes à sua formação e desenvolvimento, visto que a perspectiva da maior vulnerabilidade do menor e de seu status ainda em construção oferece uma proteção que o ampara ao desenvolvimento de suas habilidades ainda na infância, o que não condiz com a prática trabalhista.

A obrigatoriedade de uma educação pública gratuita, bem como seu desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, traz subsídios para que o trabalho desses jovens não se legitime de forma *erga omnes*. Importante destacar a figura do art. 16 do ECA, em seu inciso IV, reverberando como um dos direitos da liberdade da criança e adolescente o “brincar, praticar esportes e divertir-se”. Katia Regina Ferreira destaca bem a importância deste inciso:

a liberdade de brincar, praticar esportes e se divertir, com respeito à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, é liberdade de ser criança e adolescente. Os esportes são importantes para o desenvolvimento motor, físico e integração social de crianças e jovens. Atividades lúdicas, como brincar e se divertir, integram e permitem experiências que se refletem no amadurecimento paulatino da criança e do adolescente. (Maciel, 2018, p.81)

Desse modo, fica evidente a incoerente prática trabalhista para os menores de 16 anos, acertadamente definida pela própria Constituição e reproduzida pelo ECA, uma vez que uma criança que se sujeite ao trabalho como condição de sustento nega a si mesma

direitos fundamentais consagrados historicamente, pondo em risco sua educação e liberdade, alicerces do seu desenvolvimento infantojuvenil. Com efeito, relata a procuradora Giselle Alves de Oliveira, do Ministério Público do Trabalho de São Paulo que “o respeito aos direitos humanos fundamentais das crianças e adolescentes e o combate ao trabalho infantil é um desafio de todos, principalmente do Estado Brasileiro”.

É nessa esteira dúplice de garantir aos mais jovens a plena efetivação de seus direitos fundamentais durante a sua infância e adolescência, resguardando a sua dignidade enquanto pessoa humana, e promover uma qualificação adequada e condizente com as exigências do mercado de trabalho, que tais direitos são imprescindíveis na legitimação do combate ao trabalho infantil, de modo a salientar que:

[...] o direito à profissionalização objetiva proteger o interesse de crianças e adolescentes de se preparem adequadamente para o exercício do trabalho adulto, do trabalho no momento próprio; não visa o próprio sustento durante a juventude, que é necessidade individual concreta resultante das desigualdades sociais, que a Constituição visa reduzir. (Machado, 2003, p.188)

Nessa perspectiva fica explícita a importância de uma preparação adequada aos jovens antes de adentrarem no mundo do trabalho, sendo de responsabilidade conjunta do Estado, família e sociedade a primazia de desenvolvê-los e aperfeiçoá-los de acordo com suas potencialidades, de modo que não restrinjam suas garantias individuais a que tem direito durante a infância e adolescência. Considera-se, nesse sentido, o trabalho infantil, nos moldes de única opção de vida e como sustento e sobrevivência aos menores uma forma de violação aos direitos humanos e uma das claras manifestações das desigualdades sociais que isto reflete, caracterizando a negligência do Poder Público, do poder familiar e do corpo social, que não puderam colocar em prática o que propõe a Constituição Federal e o ECA.

## **5. O TRABALHO INFANTIL NO BRASIL: DADOS E MODALIDADES**

Segundo dados do PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios -, entre 1992 e 2015, 5,7 milhões crianças e adolescentes de cinco a 17 anos deixaram de trabalhar no Brasil, o que significou uma redução de 68%. Entretanto, ainda existem cerca 2,4 milhões de pessoas nessa condição, sendo as regiões Nordeste (33%) e Sudeste (28,8%) com a maior concentração de jovens trabalhando nessa faixa etária.

Além disso, existe um rol de trabalhos que se enquadram como piores formas de exploração da mão de obra infantojuvenil; e, segundo Perez (2008), algumas modalidades são mais incidentes e frequentemente usadas no território brasileiro, podendo ser averiguadas, por exemplo, o trabalho doméstico, rural e urbano.

Quando se fala do trabalho doméstico, entre 2012 e 2013, de acordo com a avaliação dos dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio realizada pelo IBGE, houve uma redução de 17,6% no número de trabalhadores infantojuvenis ocupados nos serviços domésticos no Brasil. De 42,2 milhões de crianças e adolescentes brasileiros, entre 5 a 17 anos de idade em 2013, 3,2 milhões trabalhavam, e destas, 213.613 (6,7%) desempenhavam serviços domésticos (FNPETI, 2015).

Já quanto ao trabalho rural, segundo notícia publicada pela Empresa Brasil de Comunicação S/A - EBC, em 2014, mais de 3 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos estavam trabalhando; e, dessas, mais de 62% estavam concentradas no setor agrícola (MARTINS, 2016).

Ademais, pode ser constatada a figura do trabalho urbano, essa com condições degradantes ao trabalho nas grandes cidades. Nesse contexto:

*São muitos e graves os riscos para as crianças que desempenham atividades contidas na Lista TIP. No trabalho como vendedoras ambulantes nas ruas e outros logradouros públicos, por exemplo, elas estão sujeitas a violência, drogas, assédio sexual e tráfico de pessoas; e a exposição à radiação solar, chuva, frio, acidentes de trânsito e atropelamento. Nas borracharias, são submetidas a esforços físicos intensos e expostas a produtos químicos, antioxidantes, plastificantes e calor. Na lida dos lava-jatos, crianças e adolescentes estão em constante contato com solventes, neurotóxicos, névoas ácidas e alcalinas. Já os que trabalham como carregadores em feiras livres estão sujeitos a padecer de bursites, tendinites, sinovites, escolioses, lordoses e outras doenças músculo-esqueléticas decorrentes do intenso esforço físico. “Esses pais [que estimulam os filhos a trabalhar] desconhecem os graves prejuízos que o trabalho precoce ocasiona aos seus filhos, como a dificuldade de aprender, a defasagem e a evasão escolar, os danos físicos ao corpo ainda em desenvolvimento e os danos psicológicos”, alerta Paula. (DURAN, 2013)*

## **6. O PROJETO DE LEI 237/2016: MAIOR RIGOR NO COMBATE AO TRABALHO INFANTIL**

Em 2016, entrou em discussão o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 237/2016, de autoria do senador Paulo Rocha (PT-PA), que criminaliza a exploração do trabalho infantil,

modificando o Código Penal para tipificá-lo como crime. Pela proposta, será considerado crime “explorar, de qualquer forma, ou contratar, ainda que indiretamente, o trabalho de menor de 14 anos”. A pena pode variar de dois a oito anos de reclusão, mais multa. Esse projeto apresenta duas exceções: trabalho infantil doméstico dentro do seio familiar e também no campo (visa proteger famílias de baixa renda, desde que se verifique a adequada utilização do menor nas suas práticas laborais) e participação infantojuvenil em atividades artísticas, desportivas, estudos e outras semelhantes, devendo ser autorizadas por uma autoridade judiciária competente e respeitando os direitos previstos pelo ECA.

Tal medida visa a coibir a exploração do trabalho infantojuvenil independente da espécie praticada, uma vez que a penalidade se dá, hoje em dia, apenas com multas e os responsáveis não são presos, a menos que as atividades configurem crime pela sua própria natureza, a exemplo de trabalho escravo, exploração sexual e tráfico de drogas.

Percebe-se que o projeto de lei é fruto de uma visão mais rigorosa e atenta às questões trabalhistas na seara infantil, justamente integrada à ótica da proteção integral e prioridade oferecida ao menor, em razão de sua vulnerabilidade social e a necessidade de evitar práticas ilícitas que afetem os direitos da criança e do adolescente. Atualmente, o projeto de lei ainda está em trâmite no Congresso Nacional.

## **7. CONCLUSÃO**

Os objetivos foram atingidos, na medida em que se apresentou um retrospecto histórico, social e jurídico do trabalho infantil no Brasil, que foi uma das bases para o desenvolvimento do país. Havia a prevalência de relações de trabalho precarizadas para os adultos, mas sem poupar as crianças. O ECA, portanto, vem garantindo de fato uma evolução protetiva material aos jovens e adolescentes, porém avanços desta ordem não ocorrem abruptamente, demandam tempo para transformar uma concepção social enraizada, negativa, em valores sociais positivos.

Dessa modo, resta evidenciado que o trabalho é um direito social enaltecido pela Constituição Federal, mas quando não pode ser praticado antes da idade mínima estabelecida por lei. Se realizado desde cedo interfere na saúde, educação, desenvolvimento natural e diversas outras formas na vida da criança e do adolescente, o que reforça o caráter público de sua análise e investigação.

No entanto, mesmo com todos os limites legais abordados pela proteção à criança e ao adolescente, o trabalho infantil ainda é um conflito de muitos países, dentre eles o Brasil. A problemática inclui a exploração da mão de obra infantojuvenil e seu liame frente a questões econômicas, culturais e sociais que precisam ser superadas.



Tal realidade, enraizada num país munido de desigualdades sociais estruturantes e massivas, não poderia ser, em tão pouco tempo (mais de 30 anos de vigência do ECA), eliminada de uma realidade social e histórica que se perpetua no Estado brasileiro desde a sua formação. Nesse contexto, a força normativa da Constituição Federal e sua consequente regulamentação através do ECA no que tange à proteção dos direitos de crianças e adolescentes, mais precisamente no combate ao trabalho infantil, mostra-se fundamental na composição desse cenário de evolução, principalmente na proposição de ações jurídicas que visem à sua materialização.

Colocar uma criança ou adolescente em situação de trabalho, além de reforçar as diferenças sociais existentes no tecido social, retira delas sua condição de titulares de direitos fundamentais, além de ferir ordenamento jurídico e os princípios basilares que o compõem, como a dignidade da pessoa humana.

É nessa perspectiva que ganha importância o ECA e a própria Constituição Federal nas últimas décadas, vindo a legitimarem juridicamente o resguardo dos direitos fundamentais dos menores, além de definirem como o próprio direito deve entender e agir em situações de inconformidades. Contudo, não basta só a atuação do legislador, é necessário, como o próprio art. 227 da Constituição Federal consagra, uma ação conjunta do Estado (em suas três esferas: legislativo, executivo e judiciário), da família e da sociedade, por meio de políticas públicas, assistencialismo, medidas protetivas, medidas socioeducativas e outras que visem a efetivar a condição do menor como real detentora de direitos.

Fica claro, portanto, que as políticas públicas voltadas a essa temática, ainda que sejam discretas e bem reduzidas, são essenciais para garantir uma maior eficácia aos atos normativos referentes ao assunto, leis estas que, aparentemente, após uma lenta evolução histórica, compreendem e assimilam a real importância do público infantojuvenil como detentores de direitos fundamentais. É sob esse jaez que a sociedade e as leis devem continuar evoluindo, para que mais “meninos da porteira”, aqueles da música de Teddy Vieira e Luís Raimundo, não sejam mais vítimas de uma triste realidade social que macula as garantias constitucionais e fundamentais de muitos jovens ao redor do país.

## REFERÊNCIAS

DURAN, Sabrina. **Por vontade própria e com o apoio dos pais, crianças e adolescentes realizam trabalhos degradantes para poder comprar bens como celulares e videogames.** Repórter Brasil, São Paulo, 7 mar. 2013. Disponível em: <<https://trabalhoinfantil.reporterbrasil.org.br/consumismo-o-aliciador-de-trabalho-infantil-nas->

idades/index.html#:~:text=Por%20vontade%20pr%C3%B3pria%20e%20com,bens%20co mo%20celulares%20e%20videogames&text=A%20necessidade%20de%20um%20prato,a o%20trabalho%20precoce%20e%20degradante.>. Acesso em: 26 jan. 2020.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL– FNPET.

**Objetivos do Fórum.** Brasília, 23 out. 2011. Disponível em:

<<http://www.fnpeti.org.br/noticia/894-objetivos-do-forum-nacional.html>>. Acesso em: 27 jan.2020.

FUNDAÇÃO TELEFÔNICA VIVO (São Paulo). **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil.** 2016. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

GARCIA, Cecília. **O que prevê o projeto de lei que criminaliza o trabalho infantil.** 2017. Disponível em: <<https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/legislacao/agenda-legislativa/o-que-preve-o-projeto-de-lei-que-criminaliza-o-trabalho-infantil/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

GOMES, Patrícia Saboya. **O combate ao trabalho infantil no Brasil: conquistas e desafios.**In: OLIVEIRA, Oris de (Org). Trabalho infantil e direitos humanos. São Paulo: LTR, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Síntese de Indicadores de 2015.** 2015. Disponível em:<[biblioteca.ibge.gov.br/visualização/livros/liv95011.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf)>; Acesso em: 28 jan. 2020.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003.

MARCONDES, Dal. **O Estatuto da Criança e do Adolescente no contexto do trabalho infantil.** 2019. Disponível em: <<https://envolverde.cartacapital.com.br/o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-no-contexto-do-trabalho-infantil/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

MARTINS, Renata. Agricultura é setor que mais recruta crianças no Brasil. Empresa Brasil de Comunicação S/A – EBC. Brasília, jun. 2016. Disponível em:

<<http://radioagencianacional.ebc.com.br/direitos-humanos/audio/2016-06/agricultura-e-setor-que-mais-recruta-criancas-para-o-trabalho-no>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

MULLER, Crisna Maria. **Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil.** 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-89/direitos-fundamentais-a-protecao-integral-de-criancas-e-adolescentes-no-brasil/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

OLIVA, José R. D. O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil. São Paulo: LTr, 2006.

REDE PETECA (São Paulo). **O que o ECA diz sobre o trabalho infantil.** 2018. Disponível em: <<https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/noticias/materias/o-que-o-eca-diz-sobre-o-trabalho-infantil/>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito do capitalismo”.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

## **DIREITO À EDUCAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DA ALDEIA FAVEIRA NA CIDADE DE AMARANTE DO MARANHÃO**

**WEMENSSON DA SILVA ALMEIDA:**

Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão –IESMA/Unisulma.

**HENRY GUILHERME FERREIRA ANDRADE<sup>64</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** A educação se constitui como um direito público, gratuito e de qualidade, para todos os educandos, ainda é assegurada na legislação como um direito público subjetivo e que deve contemplar as características de inclusão, igualdade e equidade, para todos os povos, de todas as raças, credos e classes sociais. O presente texto, escrito com base nos princípios da pesquisa qualitativa, tem o objetivo de analisar como a educação especial inclusiva indígena vem sendo efetivada no contexto da Aldeia Faveira de Amarante do Maranhão. Espera-se, como objetivos específicos refletir sobre as legislações que tratam dos direitos para o ensino dos índios, caracterizar a aldeia Faveira, e refletir sobre os desafios e perspectivas sobre a educação escolar indígena no contexto brasileiro sob a ótica da lei. Conclui-se que a realidade analisada está muito longe do que está escrito em papeis, jornais, e em legislações, como na Constituição Federal de 1988. Foi possível observar que a escola lócus do estudo está em estado precário, sendo que para pessoas que passam pela região pensam até mesmo que o local está abandonado. A discussão traz consigo um elemento inclusivo sobre as necessidades educacionais de um povo que deve ter seus direitos assegurados, com equidade, justiça e igualdade. O artigo foi escrito por meio da revisão de literatura, com base em artigos, sites e periódicos disponíveis em bibliotecas e em bases de dados *online*, e por meio da pesquisa de campo na unidade localizada na aldeia Faveira, efetivada por meio de questionário e entrevista com os docentes.

**Palavras-Chave:** Educação indígena. Inclusão escolar. Aldeia Faveira.

**ABSTRACT:** Education is constituted as a public right, free and of quality, for all students, it is still guaranteed in the legislation as a subjective public right and that must contemplate the characteristics of inclusion, equality and equity, for all peoples, in all races, creeds and

---

64 Professor Orientador. Esp. em Direito Civil e Empresarial. E-mail: henryguilherme.f@gmail.com

social classes. The present text, written based on the principles of qualitative research, aims to analyze how indigenous inclusive special education has been implemented in the context of Aldeia Faveira de Amarante do Maranhão. It is expected, as a specific objective, to reflect on the legislation that deals with the rights for teaching of the Indians, to characterize the Faveira village, and to reflect on the challenges and perspectives on indigenous school education in the Brazilian context from the perspective of the law. It is concluded that the analyzed reality is very far from what is written in papers, newspapers, and in legislation, as in the Federal Constitution of 1988. It was possible to observe that the school locus of study is in a precarious state, and for people who pass around the region they even think that the place is abandoned. The discussion brings with it an inclusive element about the educational needs of a people who must have their rights guaranteed, with equity, justice and equality. The article was written through a literature review, based on articles, websites and periodicals available in libraries and online databases, and through observation in the unit located in the village of Faveira.

**Keywords:** Indigenous education. School inclusion. Faveira village.

## I INTRODUÇÃO

A Educação Escolar indígena se constitui como uma modalidade da educação básica, que, dentre outras finalidades, garante aos indígenas, o respeito a sua cultura, seu processo histórico, a valorização de sua ciência, o acesso ao seu passado, às informações historicamente acumuladas, e assim por diante.

A história nos revela que a educação voltada aos povos indígenas ocorria nas próprias tribos, de forma isolada, sem organização curricular metódica e organizada. Cada tribo verificava seus interesses e passava seus ensinamentos, cultura e tradições da forma como lhes era de costume. Assim, os educandos não frequentavam escolas de ensino formal.

Esse fato se dá por inúmeros motivos, desde a distância das tribos até a cidade mais próxima, a dificuldade de locomoção e a falta de meios de transporte, bem como o desinteresse de políticas públicas voltadas a inclusão desses alunos no ensino regular. As escolas também não eram interessantes para esse povo, já que não ofertavam conhecimentos que lhes auxiliariam de forma significativa, sendo desconexos de suas práticas culturais, crenças e costumes.

É necessário ressaltar também que o ensino no Brasil demorou a ser voltado para a totalidade da população, sendo que, por muito tempo ficou restrito às elites.

Assim como as demais etapas e modalidades da educação nacional, a Educação Escolar Indígena é contemplada na Carta Magna do Brasil, também conhecida como Constituição Federal Brasileira, datada de 1988. Outra legislação que assegura o ensino dessa modalidade é a Lei 9.394/96, ou Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que aborda especificamente as etapas do ensino (educação infantil, ensino fundamental e médio) e as modalidades (Educação de Jovens e Adultos, Educação do Campo, Educação Escolar Indígena, etc.). No que se refere a modalidade específica desse trabalho, a LDB assegura ao educando indígena o ensino bilíngue, ou seja, este deverá ser ensinado em sua língua nativa (de sua tribo) e na língua portuguesa.

O presente texto, escrito com base nos princípios da pesquisa qualitativa, tem o objetivo de analisar como a educação especial inclusiva indígena vem sendo efetivada no contexto da Aldeia Faveira de Amarante do Maranhão. Espera-se, como objetivos específicos refletir sobre as legislações que tratam dos direitos para o ensino dos índios, caracterizar a aldeia Faveira, e refletir sobre os desafios e perspectivas sobre a educação escolar indígena no contexto brasileiro sob a ótica da lei. Compreende-se que a história nos revela que a garantia de uma educação voltada aos direitos dos Potiguara necessitou de constantes lutas e reivindicações, e atualmente volta-se ao atendimento de situações reais desse povo, considerando suas especificidades, sistemas políticos, economia e política. O artigo foi escrito por meio da revisão de literatura, com base em artigos, sites e periódicos disponíveis em bibliotecas, em bases de dados *online*, e na pesquisa de campo, efetivada por meio da observação participante e entrevista com os docentes.

Conclui-se que mesmo que prevista em diversas leis, homologadas no contexto federativo, a Educação Escolar Indígena vivencia inúmeras dificuldades e desafios para sua concreta efetivação, visto que, carece de recursos financeiros, compromisso dos governantes, políticas públicas que se adequem as suas especificidades, formação aos professores, que também dialoguem com a realidade vivenciada, bem como o comprometimento dos educandos.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO**

### **2.1 Grupo vulnerável**

De acordo com Andrade (2009), em um mundo globalizado em que vivemos hoje o direito à Educação teria que ser mais ampla a todos, incluindo os Povos Indígenas, pois eles têm direitos resguardados na CF/88, que ressalta no Art. 210, que os povos indígenas



têm direito a uma educação escolar diferenciada e intercultural (Decreto 6.861), bem como multilíngue e comunitária.

Em 2005 o Censo Escolar Indígena indicava um enorme crescimento do número de professores indígenas atuando em suas comunidades em relação aos últimos vinte anos. No entanto, o Censo aponta que ainda faltam escolas nas aldeias, especialmente de ensino médio. Esse gargalo tem feito as organizações indígenas pressionarem os órgãos governamentais para que as políticas públicas indigenistas, previstas em dispositivos legais, se ampliem. Condições técnicas e financeiras como construção de escolas, recursos para produção de material didático apropriado e qualificação profissional são as principais reivindicações visando garantir o processo educacional em curso.

Pinheiro (2012) explica que há muitas aldeias que ainda estão muito distantes da realidade, pois faltam coisas básicas de uma escola, como por exemplo, cadeiras suficientes para alunos, materiais didáticos, e uma estrutura decente, com isso o acesso à educação aos indígenas fica complicado, além do mais tendo em vista que as escolas só funcionam do 1ª ao 4ª ano, depois disso os alunos têm que se deslocar para uma escola mais próxima de sua aldeia.

A educação indígena é um direito assegurado aos povos indígenas do Brasil pela Constituição Brasileira de 1988. O caput do artigo 210 estabelece que:

Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.”

E o parágrafo 2º do mesmo artigo estatui:

“O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada, às comunidades indígenas, também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

É resguardada o ensino básico para os alunos, porém vemos que esse ensino é mais básico do que possamos imaginar haja vista que, a estrutura das escolas ainda está longe daquilo que se espera, pois deveria ter mais qualidade de ensino, de estrutura e de professores. Pois para uma boa qualidade de ensino começa por essas qualidades, e também os pais de alunos devem acompanhar os filhos para ficar por dentro do desenvolvimento do filho, como por exemplo aparecer nas reuniões dos pais, e não somente em reuniões, devem ir nas escolas para ver o desenvolvimento do seu filho(a).

No entendimento de Leitão (2008), embora ministrar aula nas aldeias seja bastante complicado, porque o estado determina com que os professores fiquem com a porta das escolas abertas, pois não podem ferir o direito de ir e vir do indígena, com isso é difícil, pois quando os alunos querem ir embora, sair da sala de aula o professor não pode fazer nada.

## **2.2. Leis especiais**

O direito à educação indígena está assegurado na constituição federal de 1988, no 2º parágrafo do artigo 210, conforme já dito. No entanto, ainda há muitos desafios na regulamentação dessa educação que inicia-se na alfabetização. Segundodados do Censo 2010, do IBGE, o analfabetismo entre indígenas é maior do que a da população brasileira: 76,7% dos índios com 15 anos ou mais de idade sabem ler e escrever, contra 90,4% da média brasileira.

Muitos indígenas não conseguem entrar na faculdade e começar o seu sonho, e muitas das vezes vêm sendo prejudicados lá do básico, devido à falta de professores, coisas básicas em suas salas de aula. Logo, a educação indígena se caracteriza pelos processos tradicionais de aprendizagem de saberes e costumes característicos de cada etnia, onde esse processo deve proporcionar a relação entre o povo indígena e os demais povos, permitindo sua integração à sociedade moderna.

Já para Vanderwert (2007), todavia, a educação indígena pede reflexões sobre alternativas que possam acelerar o seu processo de desenvolvimento sob os princípios da interculturalidade e do bilinguismo ou multilinguismo para resolver impasses que se colocam quanto à descontinuidade da ação dos sistemas de ensino, a dificuldade de se estabelecer um diálogo intercultural, ouvindo e compreendendo as perspectivas indígenas, problemas de gestão que colocam as escolas indígenas em situação de vulnerabilidade por não terem acesso aos insumos básicos para seu funcionamento, como alimentação e material didático, falta de transparência na aplicação dos recursos públicos.

Trata-se, conforme mostra Albuquerque 2015), de um direito minoritário que vem sendo pouco defendido e pouco explanado. Logo, a educação indígena, então, deve ser caracterizada pela afirmação das identidades étnicas, pela recuperação das memórias históricas e conhecimento dos povos indígenas e pela revitalizada associação entre escola/sociedade/identidade, em conformidade aos projetos societários definidos autonomamente por cada povo indígena:

A escola indígena para os diferentes povos, cada vez mais toma uma dimensão de projeto de futuro e resistência étnica. Os próprios índios vão construindo coletivamente seus projetos. A expectativa em

relação à educação escolar intercultural é exatamente poder acessar os conhecimentos de forma a satisfazer seus interesses e necessidades. (MENDONÇA, 2009. p.68).

As escolas indígenas vem cada vez mais criando força para si, com vários direitos resguardado em várias leis, artigos e várias outras coisas, isso é bom pois o indígena ganha muito com isso. Como diz o art.5 da CF88, "todos tem direitos iguais perante a sem restrição de cor, raça e gênero"

## 2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A OFERTA EDUCACIONAL

Deste a Constituição Federal de 1988 o Direito a Educação indígena veem sendo resguardado.

"[...] ainda não lograram ultrapassar os muros da academia e o círculo restrito aos especialistas. Nas escolas a questão das sociedades indígenas, frequentemente ignorada nos programas curriculares, tem sido sistematicamente mal trabalhada" (GRUPIONI, 2000, p. 13).

Muitos indígenas ainda não têm acesso ao ensino superior, apesar das cotas que a eles são estabelecidas, fornecida muitos não entra na graduação, pois o preconceito ainda é muito evidente, com isso atrapalha muito durante essa jornada.

É preciso que seja ofertada uma educação de qualidade que seja capaz de fazer com que o indígena não encontre grandes dificuldades para se encaixar em um modelo social diferente daquele que ele convive. Nesse sentido, toda a estrutura educacional que é ofertada na sociedade urbanista onde o não indígena estuda, precisa também estar presente na aldeia, familiarizando este com os recursos e modelos educacionais com os quais irá lidar futuramente. (COLE; CAMARGO 2007)

No entanto há muitos indígenas que estuda na escola de "Branco" como os próprios odiz. Por que, por que em muitas aldeias as escolas só até o 4º ano do fundamental dair os índios tem que se virar pra ir a cidade ou escola mais próxima de sua comunidade, muitas das vezes não tem transporte para se desloca e vai até mesmo a pé, com isso dificulta muito a educação, pois os governantes deveria olhar mais para essa parte que as comunidades de aldeia tem muita dificuldade na questão de receber material didático que é necessário para poder ter uma aula para os alunos, tem que verificar a cada período de 6 meses se realmente aqueles alunos estão sendo enquadrados na educação sem restrição de sua raça.

Nesse contexto, Camargo e Albuquerque explicam que embora a educação é uma das coisas fundamentais para conseguir ter um bom emprego, bom conhecimento, ainda para os indígenas é distante, pois o acesso é um pouco mais complicado, vemos que há poucos indígenas nas graduações seja qual curso for e isso não é bom, era para eles tá com muitos mais com esse acesso, e vejo que isso não é visível, tem que ser mudado haja vista que vemos poucos indígenas em ocupação em cargos/empregos bem relevantes, pois há muitos que querem pois a falta de conhecimento é o problema maior que eles enfrenta, mais com uma boa influência deste o início dos estudos dar sim para ser mudado essa realidade que vivemos.

Ainda há muitos desafios na regulamentação dessa educação que começam na alfabetização. Segundo dados do Censo 2010, do IBGE, o analfabetismo entre indígenas é maior do que a da população brasileira: 76,7% dos índios com 15 anos ou mais de idade sabem ler e escrever, contra 90,4% da média brasileira. Embora seja um tema atual, é evidente. Muitos indígenas não conseguem entrar na faculdade e começar o seu sonho, e muitas das vezes vêm sendo prejudicados lá do básico, devido à falta de professores, coisas básicas em suas salas de aula. Logo, a educação indígena se caracteriza pelos processos tradicionais de aprendizagem de saberes e costumes característicos de cada etnia, onde esse processo deve proporcionar a relação entre o povo indígena e os demais povos, permitindo sua integração à sociedade moderna. (GNERRE 2011)

Pode-se salientar que vem tratando sobre o direito a educação indígena, afirmando o direito que os próprios têm direito resguardado para assegurar esse amparo para a tribo indígena, que por muitos são criticados e sofre preconceito com eles, esse amparo é muito importante para que eles se sintam seguros, pois eles têm direito a Educação, e muitos não utilizam desse seu direito, por motivos de preconceito que sempre teve com eles, então deixa de buscar para seu benefício próprio.

Tem muitas oportunidades para que possa ingressar em uma universidade, pois tem cotas indígenas que ajuda muito com notas de cortes abaixo da ampla concorrência e fora disso tem as bolsas de auxílio que o governo federal disponibiliza para os tal.

É bom salientar que as aldeias ainda são esquecidas por muitos, principalmente pelos entes federativos.

Em situações que a Educação indígena sofre muitas dificuldades e preconceitos para alcançar seus objetivos, que dentro da educação é entrar em uma graduação, embora é evidente que essas dificuldades viram, pois muitos tem que se deslocar para outras cidades para poder cursar uma faculdade.

É importante salientar que, há muito o que ser feito pela educação dos povos indígenas, onde deste o primário, pois vem com muita dificuldade, nesse caminho que é longo e precisa desse amparo para esses povos, haja vista que, as crianças precisam de todoo amparo, pois muitos tem dificuldade, e a educação indígena não tem uma boa educação, vimos que muitas aldeias estar em um estado de preclaração muito grande pois a falta de professores, uma escola digna para os alunos, merendas de qualidade entre outras coisas básica para um bom desenvolvimento escolar. (OLIVEIRA 2012)

Embora a educação é disponibilizada em muitas aldeias, muita ainda não tem. Isso devido a ajuda do governo federal ou municipal para que a educação chegue na comunidade, para que muitos não possa fazer o deslocamento para poder ter o acessoisso muitos que tem o acesso em sua comunidade não tem até o fim do fundamental, só tem até o 4 a 5 anos do fundamental, com isso as crianças tem que se deslocar para a cidade para que possa concluir, em muitas das vezes em carros, ônibus que muitas das vezes não são feitos as manutenção que é pra ser feita para que o ônibus seja utilizado colocando a vida dos estudantes em risco, cabe também as vereadores do município fiscalizar para que isso não possa acontecer como se fosse uma coisa normal, durante esse trajeto para o deslocamento as escolas “Vidas” estão ali dentro daquele veículo e com isso fica de responsabilidade dos governantes que coloca os estudantes nesses risco, pode se observa que para eles não importa qual é o transporte que leve os alunos para eles o que custar menos para o poder público é aquele que vai.

A classe indígena tem que ser tratada de forma mais sincera e justa pois o preconceito devido a raça deles é evidente em nossa sociedade com isso temos que buscar mais decretos e leis para que a aplicação da lei da educação, saúde seja mais aplicada nas comunidades, muitas não são aplicadas.

É possível observa que a saúde também é precária, pois não tem postos de saúde em aldeias, eles apenas marca de ir na comunidade uma vez ao mês e nesse dia as pessoas comunicam oque estar sentido, muito complicado ver isso pois era para ser disponibilizado todos os dias era para ter médicos na aldeia para fazer o atendimento diário ou pelo menos 3 ou 4 vezes durante a semana e vemos que isso ainda estar longe da nossa realidade mais como diz.

### **3. PESQUISA DE CAMPO**

Com base em uma pesquisa de campo (APÊNDICE A, B, p. 16-17) elaborada no dia 16 de agosto de 2022, foi se verificar sobre como estaria sendo o acesso a educação na escola Indígena ARAPELY MURITW TYW na aldeia faveira na cidade Amarante-Ma, chegando lá podemos observar que a escola se encontra em um estado muito precária, onde matérias didáticos não chegam até eles, professores tem somente 3, para administra

do infantil ao 4 ano do fundamental, a sala é única, banheiro os alunos tem que fazer suas necessidades atras da escola por que o banheiro não tem serventia, pois não tem condições de uma criança sentar no vaso sanitário naquele estado, a pia do mesmo jeito nem agua tem para ser utilizada.

Não tem carteiras para os aulos todos haja vista que são mais de 40 alunos matriculados porem só se encontra carteira para 16 alunos. Nossa situação é muito delicada, não recebemos matérias didáticos a mais de 2 anos nós professores que temos que se virar para montar nosso plano pedagógico. (TIMBIRA, MARIA. Entrevista concedida na aldeia faveira no dia 16 de agosto de 2022)

Podemos observa que é uma coisa que jamais poderia acontecer alunos chegar a sentar no chão pois não há carteiras suficientes para todos, os professores alegam que já correram muito atrás para ver se conseguia mais algumas carteiras, porém sem sucesso.

Vivemos em um mundo completo de desigualdades pois os mesmos tratamentos que os "BRANCOS" têm, por que os índios também não podem ter? vemos que na

Constituição Federal os índios tem o direito ao acesso a Educação de qualidade, porem vemos que isso é somente no papel, onde uma escola se encontra em um estado de calamidade, onde se os alunos todos for para assistir as aulas alguns terá que assistir até mesmo sentado no chão pois as carteiras são insuficientes para todos, quadros sem condições para que possa ser escrito algo, merenda é precária, suco combiscoito de sal é oque é mandado para a comunidade, é um estado de tremenda miséria, os professores alegam que a limpeza ao redor da escola quem faz é o povo da aldeia com dinheiro pago pelos devido professores.

A internet foi solicitada e foi acatada e foi estada a pouco tempo porem não tem um computador para que alunos ou professores possa utilizar de forma relevante para sua devida tarefa. A aldeia Faveira foi fundada a muito tempo pelo senhor "TOINHÃO" Nos anos 90 ainda, era apenas uma família e foi crescendo e hoje já se tem mais de 200 indígenas ali residente naquela comunidade, porém somente em 2012 que foi implantado a escola na aldeia, a última reforma que foi recebida foi somente quando foi feita pois de lá pra cá nunca mais se quer pintado. quadros, salas, banheiros, cozinha estar em um estado de calamidade, se encontra duas salas de aula porem somente uma é utilizada por que a outra se quertem condições de ficar em baixo dela por que ela pode cair na cabeça de quem fica embaixo.

A questão de saúde aqui é difícil de falar por que aqui vem um enfermeiro uma vez semana não tem dia certo de ele vim, quando



vem não vai na casa de todos tem que adivinhar o dia que ele vem e onde ele se encontra aí você vai lá e pega uma receita. Meu filho por exemplo está aqui em uma cama com um pé quebrado se vendo de dor e não veio um aqui essa semana eu tenho que me virar pra levar ele para a cidade por se for depender deles nós morremos. (TIMBIRA, MARIA. Entrevista concedida na aldeia faveira no dia 16 de agosto de 2022)

Na entrevista podemos observa também que não só o acesso à educação lá está precária mais também a saúde, houve vários relatos sobre situações em que o acesso à saúde não chega até eles muitos para poder se consultar, mostrar exames, comprar remédios, tem que se deslocar para a cidade, pois os médicos mesmo não chega até eles, a dona Maria relatou que sempre foi assim toda época de eleição eles falam que iram implanta um posto de saúde na aldeia porem só falácia nada além disso, quem perde só o povo indígena que quando estão doentes muitos não pode fazer nada além de tomar remédios caseiros por que vários não tem transporte para se locomover até a cidade e ficam em uma situação complicada, haja vista que uma comunidade que abriga crianças, jovens, idosos, tem que ter um postinho de saúde para atender esse pessoal.

E mudar essa situação de ir somente uma vez na semana tem que colocar no mínimo 3 vezes na aldeia para verificar se estão todos bem já que não tem um postinho fixo naquela comunidade indígena, pois a saúde é essencial para o ser humano assim como a educação e vemos que as duas coisas não estão disponibilizadas de forma correta que é pra ser disponibilizada e a aldeia fica prejudicada em não ter seus pedidos atendidos.

Quando o enfermeiro vai não demora muito lar não ele chega umas 9h da manhã e vai embora umas 11h30, esse é o tempo que uma comunidade de mais de 200 tem para ser atendidos, pouco tempo, no entanto é o que está sendo disponibilizado para aldeia, o município tem que analisar como esses índios são tratados, acredito que isso não seja a maneira correta se tratar uma comunidade que representa muito para o município pela historia que tem, pela representação que tem pois há muito tempo a aldeia faz parte do município com isso este deveria olhar de uma forma mais digna para ela, pois seu povo com sua cultura representa parte do Amarante.

A faixa etária dos alunos aqui é até 14 anos tem alunos, mais quando ele sai do 4º ano eles se deslocam para a cidade pois aqui só é até o 4º ano e a prefeitura disponibiliza o ônibus para buscar e trazer. Aqui ensinamos a nossas línguas e o português também, somos 3 professores 2 pago pelo estado e 1 do município. (GUAJAJARA,

MARCILENE. Entrevista concedida na aldeia faveira no dia 16 de agosto de 2022)

Muitos alunos logo após o 4º ano param de estudar e vai trabalhar com seus pais alimesmo na aldeia de serviços pesados, pois esses deslocamento além de ser perigoso por que os carro que são disponibilizados são de estado de perigo, pneus bem carecas, alinhamento não tem e por ai vai, com isso muitas das vezes os pais ficam com medo de mandar seus filhos para a escola na cidade e prefere não mandar e deixar eles em casa mesmo por que se torna bastante perigoso fazer esse trajeto todosos dias sem uma mínima segurança adequada que era para ter.

Haja vista que, alunos do 4º ano ainda são criança e com isso preocupa os pais devido isso. Então o poder público tem que procurar de alguma maneira de ampliar o grau de series nas aldeias até o término do fundamental que a criança já vai estar mais velha e com umamaturidade maior e com isso os pais não ficaram com aquela preocupação toda que ficam quando seus filhos saem para estudar.

Com tudo como a lei estabelece o acesoa educação a todos a escola deve ser reformada e ampliada para suprir todas as necessidades que a comunidade necessita no momento, que é fazer mais salas para suprir as necessidades, carteiras com a quantidade exata de alunos, quadros novos para os professores possa utilizar e computadores, e um coordenador para a escola para que o próprio possa ajudar com busca matérias, ajuda em planos de ensina haja vista que, os professores que monta os seus planos individuais, e com isso buscar uma organização melhor para a escala e para os alunos também desenvolverem melhor seus avanços, os indígenas merecem são um povo que deste muito tempo atrássofrem preconceito muitos não tem uma boa formação devido isso por que para conseguir chegar lá nessas condições não é fácil tem que ter muita força de vontade muitos tem e outros não, mais a perseverança e a força de vontade muitos consegue chegar em seu objetivo final.

[...] em seus constantes movimentos de interlocução com as sociedades não indígenas, têm mostrado que não querem um processo escolar intercultural só para si e para suas escolas, mas também advogam que a conquista de direitos passa por modificações na educação escolar da nossa sociedade, aspirando que suas histórias e suas culturas sejam ensinadas ouressignificadas no seio dessas instituições. Bergamaschi (2012, p.55)

Os indígenas querem uma escola em sua aldeia e não ter que se deslocar paracidades vizinhas para ter que concluir o ensino regulara para que consiga um diploma e consequentemente uma qualidade vida melhor no mercado de trabalho. A

didática das escolas da cidade é bem diferente das didáticas na aldeia pois na aldeia possui um tratamento exclusivo, principalmente em relação à língua dos povos indígenas na cidade não só ensina o que está na grade de ensino mesmo por isso muitos preferem a aldeia e sem falar que na aldeia eles não sofrem o preconceito que na cidade sofrem.

### **3 CONCLUSÃO**

A educação escolar indígena se constitui como uma modalidade de ensino assegurada em diversas legislações de âmbito federal. Todavia, a efetivação de práticas voltadas a sua homologação carece de uma série de fatores que envolvem professores, alunos, familiares, a comunidade, e governantes.

Compreende-se que é papel da educação indígena reafirmar as identidades étnicas, valorizando as línguas e ciências desse povo, assegurando-lhes o acesso à informação, aos conhecimentos técnicos e científicos e ao saber historicamente acumulado, sempre respeitando e valorizando as especificidades culturais e locais na qual esse processo de ensino e aprendizagem ocorre.

A história não nega que há avanços na área de educação escolar indígena, que ocorreram tanto plano legal quanto no contexto educativo. Entretanto, ainda há a necessidade de se estruturar um sistema de ensino que supra as necessidades educacionais dos povos indígenas, dialogando com seus interesses, respeitando suas culturas e tradições.

Por meio da pesquisa de campo, foi possível observar que não chega material didático para que os professores possam realizar uma aula de qualidade para os alunos, dificultando o ensino e a didática docente. A escola se encontra ainda fora dos padrões de inclusão, sem banheiros adaptados e com funcionalidade, quadros e carteiras insuficientes, e não há motivação dos pais para que os alunos se desloquem para escola.

Compreende-se que na atualidade, a educação escolar indígena que por um longo período lutou, e ainda continua lutando pela garantia da igualdade, da equidade, do respeito e da conquista de suas especificidades, tem conseguido conquistar, mesmo que a duras penas, espaços culturais, históricos, sociais e culturais, ainda que com inúmeros desafios a serem vencidos.

Assim, compreende-se que a luta pela garantia de legislações, políticas públicas, espaços para debates, pesquisas, diálogo e para o compartilhamento de boas experiências e vivências são essenciais no fortalecimento dessa batalha, todavia, a experiência

vivenciada evidenciou a complexidade na aldeia Faveira, tornando a realidade muito distante do que consta nas legislações e documentos oficiais.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Judite G. **O sentido da diferença na Pedagogia Indígena: oportunidades amplas, tensões, formas limitadas de operar com a diferença.** (Comunicação realizada no IV Encontro de Educação Indígena – Unicamp. 13o

ANDRADE, Maristela P. **Terra de Índio – terra de uso comum e resistência camponesa.** 2009. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Universidade de São Paulo, São Paulo.

BERGAMASCHI, Maria Aparecida. **Interculturalidade nas práticas escolares indígenas e não indígenas.** In: PALADINO, Mariana, CZARNY, Gabriela. Povos Indígenas e escolarização: discussões para se repensar novas epistemes latino-americanas. Rio de Janeiro: Gramond, 2012.

CAMARGO, Dulce M. P.; ALBUQUERQUE, Judite G. **Língua, cultura e territorialidade: formação de professores índios no Brasil Central.** Humanitas, Revista do ICH/PUC de Campinas, v. 2, n. 2, ago. 1998.

COLE, Pedro. CAMARGO, Dulce M. P. **Mundos entrecruzados: formação de professores leigos.** Campinas: Alínea, 2007.

GNERRE, Maurizio. **Linguagem, escrita e poder.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GRUPIONI, Luís Donisete B. (Org.) **Índios no Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, 2000.

LEITÃO, R.M. **Educação e tradição: o significado da educação escolar para o povo Karajá de Santa Isabel do Moróro, Ilha do Bananal, TO.** Goiânia: UFG, 2008.

MENDONÇA, Teresinha Furtado de. **Gestão escolar: interculturalidade e protagonismo na escola indígena.** Cuiabá – MT: EdUFMT, 2009. Capítulo 2.

OLIVEIRA, Gilvan Muller de. Projeto **Tucum. Proposta para o encaminhamento das disciplinas de línguas indígenas (relatório).** 2012

PINHEIRO, Niminon S. **Os nômades. Etno-história Caingang e seu contexto: São Paulo, 1850-1918.** Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista, 2012.

VANDERWERT, W. C. Indian oratory: **Famous speeches by noted indian chieftains.** Oklahoma: University of Oklahoma Press, 2007.

## **DIREITOS HUMANOS: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES NO SISTEMA CARCERÁRIO**

**TÂNIA DE BRITO FERREIRA:**  
Graduanda em Bacharelado em  
Direito pela Unidade de Ensino  
Superior do Sul do Maranhão. –  
UNISULMA

LUCAS LUCENA OLIVEIRA<sup>3</sup>

(orientador)<sup>65</sup>

**RESUMO:** Sabemos que o sistema carcerário brasileiro é caracterizado por diversos problemas. No presente artigo, discutiremos a respeito desses problemas em uma situação específica: a das mulheres que se encontram hoje privadas de sua liberdade e que possuem seus direitos humanos sendo violados. A transparência do sistema carcerário é imprescindível no entendimento dos conflitos, por lá ocorridos, e aprofundar na situação, principalmente de mulheres lactantes, grávidas e transexuais. A falta de cuidado com esse grupo gera uma preocupação, pois não respeita os direitos básicos constados no artigo 5º da Carta Magna. A negligência do Estado, nesses casos, torna-se um fator crucial para danos morais, psicológicos e dificuldade na realocação social.

**Palavras Chaves:** Mulheres, sistema carcerário, direitos humanos.

**ABSTRACT:** We know that the Brazilian prison system is characterized by several problems. In this article, we will discuss these problems in a specific situation: that of women who are currently deprived of their liberty and whose human rights are being violated. The transparency of the prison system is essential to understand the conflicts that took place there, and to delve into the situation, especially of lactating, pregnant and transgender women. The lack of care for this group raises a concern, as it does not respect the basic rights contained in article 5º of the Magna Carta. The negligence of the State, in these cases, becomes a crucial factor for moral and psychological damages and difficulty in social relocation.

---

<sup>65</sup> Professor orientador. Advogado. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA. Membro do Corpo Docente da Unidade de Ensino Superior do Maranhão – UNISULMA. Vinculado ao Programa de Pós-graduação em Formação Docente em Práticas Educativas na linha de pesquisa Pluriculturalidade, Interculturalidade e Práticas Educativas Interdisciplinares da Universidade Federal do Maranhão.

**Keywords:** Women, prison system, human rights.

## 1. INTRODUÇÃO:

De acordo com o site do INFOPEN de dezembro de 2019, o encarceramento feminino está crescendo exponencialmente. Em 2016, houve uma baixa no número de mulheres presas nesse ano, chegaram a ser aproximadamente 41 mil mulheres presas nesse período. No ano de 2018, o Relatório Nacional do Levantamento de Informações Nacional, contabilizou que 36,4 mil mulheres foram presas nesse ano, uma queda considerável em relação aos anos anteriores, mas em dezembro de 2019, houve novamente outro aumento, para 37,2 mil mulheres presas. Em 8 de junho de 2022, o número de mulheres presas no Brasil é de 49 mil, um número muito maior em relação aos anos anteriores.

Levando todos esses dados em consideração, esse assunto torna-se de grande relevância para a sociedade brasileira, visto que estamos falando de vidas brasileira e de família que são afetadas por causa desses acontecimentos. Quando adentramos nos presídios femininos, pode se encontrar problema extremamente relevantes em relação a qualidade de vida das presidiárias, mulheres aglomeradas em celas com ou sem nenhuma estrutura para uma higienização básica (privadas, chuveiro, pia e etc.). Problemas com infestação de pragas e sujeiras, sem falar de todas as mulheres que são detidas ainda grávidas e que nunca receberam nenhuma assistência médica pré-natal, que é de extrema importância para a vida da mãe e do bebê.

Esses fatos são extremamente complexos, mas de extrema importância para a vida de cada uma dessas mulheres e para a sociedade de modo geral, vez em que elas, ao conquistarem sua liberdade, tentarão se incluir novamente, onde tentarão arrumar um emprego e/ou voltar a estudar, para mudar a sua forma de vida e enxergar que o crime não é a única saída para os seus problemas.

Segundo as regras de BANGKOK: A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação.

## 2. DESENVOLVIMENTO

As prisões femininas são algo relativamente novo na história da humanidade. No início, as mulheres eram colocadas em alas separadas das prisões masculinas. Em termos numéricos, o Brasil ocupa a quinta colocação, no que se trata a respeito do número de



mulheres presas, atrás apenas da Rússia, Estados Unidos, China e Tailândia. A questão racial é um fator a ser levado em consideração.

O perfil das mulheres, hoje em situação carcerária, e em situação de vulnerabilidade econômica e, conseqüentemente social, entre 18 e 24 anos com baixo nível de escolaridade, em sua maioria, estão classificadas como pretas ou pardas, um número de aproximadamente 21 mil, enquanto que menos de 10 mil são brancas. Em seu livro "presos que menstruam", Nana Queiroz relata entrevistas com detentas, as mesmas dizem sobre falta de diversas necessidades triviais no cotidiano das mulheres, como os absorventes. Relatos devastadores, como o uso de do miolo do pão para estancar o sangue da menstruação, o que contradiz com a regra de número cinco das Regras de Bangkok:

"A acomodação de mulheres presas deverá conter instalações e materiais exigidos para satisfazer as necessidades de higiene específicas das mulheres, incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças, em particular mulheres que realizam tarefas na cozinha e mulheres gestantes, lactantes ou durante o período da menstruação."

A negligência em relação à falta de cuidados básicos com as mulheres não é algo recente. A precariedade no sistema carcerário, obviamente, atinge tanto os presídios masculinos, quanto os femininos, mas, é importante salientar que, nos presídios femininos há uma diferença gritante na questão das necessidades básicas, tratamento e dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, também vale incluir as mulheres transexuais, que sofrem não apenas a marginalidade da sociedade que se encontra livre, mas também das próprias colegas privadas de liberdade, que muitas vezes não as consideram como do sexo feminino. Sobre este caso, é importante salientar que as mulheres trans devem ser consideradas sim do sexo feminino e serem abrigadas nas mesmas alas de mulheres cis. A Constituição Federal Brasileira garante a todos os cidadãos direitos e garantias, sem qualquer distinção de classe social, cor da pele, origem, ideologia política, orientação sexual, gênero e quaisquer outras formas de discriminação.

Ou seja, independente de quem é você, de como você se identifica, da sua idade e religião, independente do que você fez ou deixou de fazer, você, pessoa humana, deve ter seus direitos protegidos e deve ter a oportunidade de exercê-los.

Quanto às lactantes, um levantamento indica que 622 mulheres presas no Brasil estão grávidas ou são lactantes. O Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado

pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constatou estas informações inéditas em presídios de todos os estados. O cadastro vai permitir que o Judiciário conheça e acompanhe, continuamente, a partir de agora, a situação das mulheres submetidas ao sistema prisional brasileiro. Do total, 373 estão grávidas e 249 amamentam seu filho. No banco de dados não consta o número de mulheres em prisão domiciliar. As informações extraídas do Cadastro, até o último dia de 2017, revelam que o maior número de mulheres gestantes ou lactantes estão custodiadas no estado de São Paulo, onde, de 235 mulheres, 139 são gestantes e 96 lactantes. Em segundo lugar vem Minas Gerais, com 22 gestantes e 34 lactantes. Rio de Janeiro está em 3º no ranking, com 28 gestantes e 10 lactantes. O estado de Pernambuco vem em seguida, com 22 gestantes e 13 lactantes, seguido do Mato Grosso do Sul, com 15 gestantes e 16 lactantes. Veja no quadro abaixo a posição de todos os estados.

O Amapá é a única unidade da federação que, desde outubro de 2017, não tem mulheres presas em nenhuma dessas situações. um censo carcerário revelou o perfil das detentas que tiveram filho na prisão. Quase 70 por cento delas tinham entre 20 e 29 anos; 70 por cento são pardas ou negras e 56 por cento solteiras, segundo levantamento da Fundação Oswaldo Cruz e do Ministério da Saúde. Em dezembro de 2017, havia 249 bebês ou crianças morando com suas mães, nas penitenciárias de todo o País. Enquanto estiver amamentando, a mulher tem direito a permanecer com o filho na unidade prisional, de acordo com artigo 2º da Resolução 4 de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, se o juiz não lhe conceder a prisão domiciliar. O sistema penitenciário brasileiro vem passando por uma crise, existem indicadores de superlotação, ociosidade, corrupção, violência, más condições de habitabilidade e torturas das mais variadas. Existem diversos tratados internacionais de humanização dos presídios, sendo um dos grandes desafios a compatibilização das práticas penitenciárias com as leis ou os regulamentos penais. O Brasil não possui um sistema penitenciário garantidor das leis. (WACQUANT, 2001) A mulher ao entrar no estabelecimento prisional, se encaminha para os padrões existentes neste sistema, aprende a jogar, desconfia de todos, tem comportamentos de rancor contra as agentes e até mesmo contra as companheiras, muitas vezes estas mulheres se relacionam sexualmente e afetivamente entre si, vale ressaltar que aprendem a se comunicar de acordo com o linguajar existente na prisão. Dessa forma, a detenta assume uma tipificação e sendo um elemento da prisão, não escapa dessa influência, que a captura e a faz assimilar os efeitos desses estereótipos (CUNHA, 2003).

Na contemporaneidade, os crimes praticados pelas mulheres tendem a ser cometidos contra a propriedade numa proporção muito maior do que contra a pessoa. O uso de drogas aumenta as probabilidades de se envolverem numa conduta criminal. A principal diferença no perfil criminoso do sexo feminino com o perfil social criminoso do sexo masculino é a maior presença de crianças dependentes entre criminosos do sexo feminino (GUILHERMANO, apud VIAFORE, 2004). O perfil social da mulher criminosa tende

a ser, na maioria, de uma mulher jovem, pertencente a um nível socioeconômico baixo, com baixo nível educacional, baixo nível de emprego ou desempregada, solteiras ou separadas, procedentes de centros urbanos. (CUNHA, 2003).

### **3.METODOLOGIA**

Como parte da metodologia, foi utilizado ferramentais bibliográficos para a afirmações de argumentos utilizados no artigo, nas quais são importantes literaturas que trazem informações ricas e de extrema abrangência sobre o tema em questão. Também foi incluída entrevistas onde se buscou saber mais sobre a situação dessas mulheres. A população carcerária feminina brasileira é a quarta maior do mundo em números absolutos. Em 2015, o Brasil tinha 42 mil mulheres encarceradas. Considerando a taxa de aprisionamento, que é de 41 presas para cada 100 mil brasileiras, o Brasil sobe para a terceira posição entre os 12 países que mais encarceram mulheres.

Os dados são do Infopen Mulheres, relatório lançado em 2018 pelo Depen, Departamento Penitenciário Nacional, com dados referentes a 2015 e 2016. Ainda segundo o Infopen Mulheres, entre os cinco países com maior população prisional feminina do mundo, o Brasil é o que apresenta, de longe, a maior taxa de crescimento. Por exemplo, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres cresceu mais de 5 vezes no Brasil; enquanto a da Rússia caiu em 2. Em termos absolutos, a população prisional feminina cresceu mais de 6 vezes entre 2000 e 2016, ritmo muito superior ao da população prisional masculina. Quem afirma é a Susana Inês de Almeida, que, em novembro de 2018, participou de audiência pública da Secretaria da Mulher da Câmara sobre o aumento do encarceramento feminino.

À época, ela era coordenadora de Políticas para Mulheres do Depen, que faz parte do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Apesar da grandeza dos números, eles podem ser ainda maiores, pois 2 por cento das unidades prisionais não enviaram os dados completos. Além disso, na maior parte dos estados brasileiros, os dados sobre pessoas presas em carceragens de delegacias não apresentam recorte de gênero. O banco de dados do Conselho Nacional do Ministério Público revela um cenário um pouco mais promissor. A série começa em 2015 e indica que, em 2016, havia 38 mil presas no Brasil. Pelo Infopen Mulheres, eram 42 mil. Além disso, segundo esse banco de dados, o Brasil já iniciou uma trajetória de redução do encarceramento de mulheres, apresentando queda de 6 por cento no número absoluto de presas entre 2015 e 2017.

Quem traz os dados é a Vanessa Cavallazzi, da comissão do Sistema Prisional do Conselho Nacional do Ministério Público. Em 2010, as Nações Unidas adotaram uma resolução sobre o tratamento de mulheres presas, que ficou conhecida como Regras de Bangkok, mas que só foi traduzida oficialmente no Brasil seis anos depois. O documento

propõe um olhar diferenciado para as demandas específicas das mulheres na prisão e a priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário.

#### **4.RESULTADOS E DISCUSSÃO**

Esse é o retrato que se tem hoje da mulher brasileira que se encontra presa. Os dados são de 2016 e estão na segunda edição do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen Mulheres, publicado em 2018 pelo Depen, Departamento Penitenciário Nacional. Outro dado é que 3 em cada 5 mulheres presas respondem por crimes ligados ao tráfico. O segundo crime mais comum é o roubo e, em geral, elas não exercem a violência. Para Deise Benedito, especialista em relações de gênero, raça e sistema prisional e perita do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a ausência de políticas públicas para essas mulheres é o que as empurra para o crime.

O Conselho Nacional do Ministério Público divulga desde 2015 um banco de dados sobre o sistema prisional, mas não oferece recorte de renda, idade, cor nem escolaridade das mulheres. O Infopen Mulheres também não oferece dados de renda. Mas o relatório Mulheres em Prisão, publicado em 2017 pelo ITTC, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, traz um dado que ajuda a traçar o perfil socioeconômico das mulheres presas: mais de 10 por cento das presas provisórias de São Paulo e Guarulhos declararam estar em situação de rua. Bem, se ainda é recente a coleta de dados estatísticos que revelem com clareza o perfil da mulher encarcerada, há alguns estudos que oferecem mais algumas informações. Como a pesquisa “Nascer nas prisões”, promovida pela Fiocruz entre 2012 e 2014, em todos os presídios femininos das capitais e das regiões metropolitanas dos estados brasileiros que tinham grávidas ou bebês.

Segundo a coordenadora da pesquisa, Maria do Carmo Leal, o perfil encontrado é o mesmo daquele descrito no Infopen Mulheres: jovem, negra, com baixa escolaridade e mãe de dois ou mais filhos. A pesquisa também confirma que o crime mais comum é o tráfico de drogas e acrescenta um dado: 30 por cento das mulheres entrevistadas eram chefes de família. Esse percentual é três vezes maior do que o de mães chefes de família fora do sistema carcerário, afirma a Maria do Carmo, com base em outra pesquisa, a “Nascer no Brasil”. O relatório Mulheres em Prisão também traz dados que confirmam esse perfil de vulnerabilidade. Segundo o estudo, os casos de roubo de artigos de necessidade, como vestuário e perfumaria, comida e artigos para bebês e crianças, chegam a 43 por cento. O fato de cometer o crime para sustentar a família chega a ser registrado no auto de prisão em flagrante. A pesquisa, que além de coletar dados, entrevistou mulheres presas, identificou ainda que elas viviam em um contexto de violência doméstica. Ainda assim, 6 a cada 10 mulheres presas eram primárias sem nenhum registro na folha de antecedentes e apenas 2 em 10 eram reincidentes.

## 5. CONCLUSÃO

Considerando todas as informações passadas no artigo, é nítido que a situação da mulher, pobre e negra, no sistema carcerário no Brasil precisa de um olhar mais atencioso. Situações como estas demonstram ainda mais uma negligência quanto aquelas que compõe a maior parte da população brasileira. Numa outra escala, as mulheres lactantes também possuem muita dificuldade nesse sistema que já é complicado até mesmo para quem não possui outros desafios, como o de amamentação dos filhos, assim também como as gestantes que dão a luz dentro da prisão. No Brasil, filhos de mães encarceradas já nascem com direitos violados. Em 2017 um censo carcerário conduzido pela fundação Oswaldo Cruz e pelo do Ministério da Saúde mostrou o perfil das detentas que tiveram filhos dentro da prisão. Cerca de 70 por cento são pardas ou negras e 56 por cento eram solteiras.

Foi constatado ainda que a maior quantidade de mulheres gestantes e lactantes estão no Estado de São Paulo, seguido do estado de Minas Gerais e Rio de Janeiro. Os resultados da pesquisa revelam aspectos que há muito tempo o movimento social negro vem denunciando e anunciando: o racismo está presente em todas as instituições e estruturas de nossa sociedade, no cotidiano de e mulheres e homens negros, e no sistema prisional isto também é presente.

O estudo não se esgota em si, ao contrário incita o debate em torno da invisibilidade de mulheres no sistema prisional e o racismo sofrido por elas nesse mesmo sistema, aponta para a criação e promoção de um debate amplo e profundo do modelo de sociedade que estamos construindo. O olhar do Estado deve mudar urgentemente a todos esses fatores. A dignidade humana é um direito previsto na Constituição e todos os cidadãos estão aptos a gozar de tal direito. O Estado não pode marginalizar a quem está privado de sua liberdade, pois continuam sendo seres humanas, cidadãs brasileiras. A vida da mulher brasileira, em si, já é muito complicada, o que se torna mais ainda quando esta está em um sistema carcerário que não zela por sua integridade.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 1. ed. Rio de Janeiro. Editora Record, 2015. <http://gmf.tjrj.jus.br/> CHIZZOTTI, A. Pesquisa em ciências humanas e sociais. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COSTA, L. R.; MENDES, F.V.; MATÃO, PRUDENTE, L. A. R. Gravidez e maternidade em cárcere. 57º Congresso Brasileiro de Enfermagem, 3 a 7 de novembro de 2005, Goiânia, Goiás. < <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/57cbe/resumos/1847.htm>> Acesso em 12 set. 2009.

CUNHA, M. I. (2001) A reclusão do gênero: os estudos prisionais, a reclusão de mulheres e a variação dos contextos da identidade. Educar o Outro: As Questões de Gênero, dos Direitos Humanos e da Educação nas Prisões Portuguesas, Coimbra, Publicações Humanas.

RAMOS, L. S. (2008) Direito a amamentação e convivência familiar: possibilidade de afeto e ressignificação do cárcere. Reorganização e reformulação do sistema penitenciário feminino. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as mulheres.

RODRIGUES A. S. Raça, gênero e sistema prisional: relato de experiências com mulheres negras que cumprem penas em regime aberto ou semi-aberto. Revista África e Africanidades - Ano I - n. 3 - Nov. 2008.

VALENTE, A. L. . Ser negro no Brasil, hoje. (Ed. Revista e ampliada). São Paulo: Moderna, 1995.

VIAFORE, D. (2004) A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Dissertações (Mestrado) Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. KIND, L. Notas para o trabalho com a técnica de grupos focais. Psicologia em Revista. Belo Horizonte, v. 10, junho. 2004.

SANTOS, Thandara. Levantamento nacional e informações penitenciárias - Infopen mulheres, 2ª edição. Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

Regras de Bangkok. Conselho Nacional de Justiça, 2016.



## ABANDONO AFETIVO DA PESSOA IDOSA VULNERÁVEL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES

**JANAÍNA DOS SANTOS PORTILHO:**  
Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

DEISY SANGLARD DE SOUSA<sup>66</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Este artigo científico tem por objetivo uma análise a respeito do abandono afetivo dos pessoa idosas e a possibilidade de responsabilização dos agentes violadores. O abandono afetivo é aquele que está ligado ao modo como o indivíduo é tratado, lembrado e amado, cuidado. O abandono não é uma palavra nova ou pouco usada entre as relações humanas, mas na atualidade esta palavra vem tomando novas formas e rumos, trazendo consequências não tão comuns ou discutidas em tempos passados. Trata-se de uma espécie de abandono inverso, pois os acontecimentos mais comuns de abandono afetivo são quando os pais não criam e cuidam de seus filhos com afeto. É uma situação que envolve sentimentos de dor e afetos denegados, sendo o foco desta pesquisa as circunstâncias e consequências jurídicas com relação aos filhos maiores e capazes que abandonam os pais pessoa idosas e vulneráveis; infringindo dever legal de cuidado expresso em nossa Carta Magna, em seu artigo 229. No mesmo sentido, o Estatuto do Pessoa idosa (Lei 10.741/2003), em seu artigo 3º, determina como direito da pessoa idosa a manutenção dos vínculos afetivos com a família e a comunidade. Para atingir os objetivos utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, partindo da análise e interpretação de leis, doutrina e artigos científicos relacionados ao tema, com abordagem qualitativa. Nesse contexto, concluiu-se que é direito fundamental da pessoa idosa ter assistência afetiva, conviver de forma saudável com sua família e comunidade, sob pena de responsabilização, mediante ação ou omissão, dos que infringirem esse dever legal.

**Palavras-chave:** Abandono afetivo; Dano moral; Pessoa idosa; Responsabilidade civil; Família.

**ABSTRACT:** This scientific article aims to analyze the affective abandonment of the elderly and the possibility of holding violators accountable. Affective abandonment is linked to the way the individual is treated, remembered and loved, cared for. Abandonment is not a new

---

<sup>66</sup> Professora orientadora. Advogada. Mestra em Educação – PPGFOPRED – UFMA; Especialista em Ciências Penais e em Direito Público pela UNISUL-SC.

or little used word among human relationships, but nowadays this word is taking new forms and directions, bringing consequences not so common or discussed in past times. It is a kind of reverse abandonment, as the most common events of affective abandonment are when parents do not raise and care for their children with affection. It is a situation that involves feelings of pain and denied affections, the focus of this research being the circumstances and legal consequences in relation to older and capable children who abandon elderly and vulnerable parents; violating the legal duty of care expressed in our Constitution, in its article 229. In the same sense, the Elderly Person Statute (Law 10.741/2003), in its article 3, determines as a right of the elderly person the maintenance of affective bonds with the elderly. family and the community. To achieve the objectives, bibliographic and documentary research was used, starting from the analysis and interpretation of laws, doctrine and scientific articles related to the theme, with a qualitative approach. In this context, it was concluded that it is the fundamental right of the elderly person to have affective assistance, to live in a healthy way with their family and community, under penalty of liability, through action or omission, of those who violate this legal duty.

**Keywords:** Affective abandonment; Moral damage; Elderly; Civil Responsibility; Family.

## 1 INTRODUÇÃO

O drama da velhice ainda é retratado em circunstâncias que mostram os pessoas idosas abandonados em asilos e esquecidos por seus familiares há muitos anos. Ser ignorado e “esquecido” provoca o sentimento de abandono, a pessoa idosa sente-se desvalorizado e excluído, como se já não bastassem as dores físicas que normalmente fazem parte da rotina dos mesmos, há a dor da perda de seus afetos, a dor que fulmina a alma.

A dignidade é

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2019, p. 17).

Com a evolução da proteção e reconhecimento das múltiplas entidades familiares, o princípio da afetividade passa a ser reconhecido como elemento jurídico e a eventual existência de dano nos casos de abandono afetivo possibilita a reparação civil.

Nesse contexto, tem-se o afeto como relevante fundamento da família, tornando o dano causado por sua ausência passível de tutela, associado às demais repercussões legais inerentes à proteção da pessoa idosa. Assim, esse artigo científico tem por objetivo uma análise a respeito do abandono afetivo dos pessoa idosas e a possibilidade de responsabilização civil dos agentes violadores

Além da análise dos direitos protetivos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, para alcançar os objetivos traçados, abordou-se alguns efeitos do envelhecimento no contexto social e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para também, através de pesquisa bibliográfica, demonstrar a importância do afeto para além do dever de cuidado previsto na Constituição Federal (1988) e no Estatuto do Pessoa Idosa (2003), e a ocorrência de dano motivado pelo abandono afetivo.

Laços de afeto são estabelecidos, normalmente, de forma natural, uma vez que não se pode impor nenhum tipo de sentimento a alguém, esses são espontâneos, ligado ao íntimo de cada ser humano, resultado de uma experiência emocional.

Todavia, o reconhecimento do afeto como elemento jurídico importante nas relações familiares, no Brasil, existe grande incidência de abandono afetivo, que é a consequência da violação do dever de cuidado entre membros da família, e que gera danos consideráveis a pessoa que sofre o abandono.

O efeito preventivo esperado é no sentido de inibir a violação do dever de cuidado nas relações familiares e consequentemente a prática do abandono afetivo, nesse caso, em relação à pessoa idosa. Já o efeito pedagógico ou punitivo-pedagógico visa coibir a reincidência e/ou permanência desta conduta violadora perante a sociedade.

Nesse sentido, ao reconhecer o abandono afetivo como um ato ilícito na responsabilidade civil, a possibilidade de reparação do dano gerado a vítima é uma medida que não visa simplesmente restaurar o afeto perdido, mas atribuir ao agente violador a responsabilidade pelos seus atos.

Distinguir que não poderá haver indenização por “falta de amor”, já que ninguém é obrigado a amar ninguém. Os sentimentos de afeto e carinho devem ser conquistados diariamente e ao longo da vida, e não através de imposição legal. Observou-se com esta pesquisa que existe uma obrigação jurídica de prestar auxílio imaterial, como convivência familiar, este sim, amparado juridicamente, gerando, portanto, indenização por danos morais no caso de abandono afetivo.

No que se refere à questão da indenização pelo abandono afetivo da pessoa idosa, tema específico do presente trabalho, os julgados já precedentes dizem respeito, na maioria, ao abandono afetivo da criança e do adolescente, mas servem de paradigma para a aplicação judicial da responsabilidade civil por abandono afetivo da pessoa idosa, reconhecendo sua vulnerabilidade.

Tanto a Constituição Federal quanto as leis infraconstitucionais também corroboram o princípio da solidariedade familiar, quando parentes capazes podem ser responsáveis pelos outros parentes vulneráveis, conforme assim necessitarem. Assim, dentre as questões da responsabilidade civil nas questões familiares destaca o abandono afetivo e a possibilidade de uma indenização que compensasse tal sofrimento.

Tema não é pacificado, como o artigo demonstra, até pouco tempo, tribunais negavam a admissibilidade de indenização pelo mero dano moral e enxergavam apenas a possibilidade quando tivesse reflexo pecuniário. Com o tempo, começaram a acolher a reparação do dano moral puro, por assim ponderarem que havia uma afronta àquela espécie de direito, que não poderia deixar de ter a devida tutela por parte da ordem jurídica.

As pesquisas bibliográfica e documental foram voltadas à exploração de diversos conteúdos disponíveis para informação e aprimoramento do conhecimento, facilitando uma melhor compreensão do tema proposto, através de fontes de acesso, como artigos, doutrina, leis, livros, dentre outros dados informativos que abordam o mesmo tema ou contêm temas afins, contribuindo para aprofundamento e elaboração da pesquisa, com abordagem qualitativa.

## **2 ESTATUTO DA PESSOA IDOSA – LEI Nº 10.741/2003 E PROTEÇÃO DOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Reconhecendo a necessidade de proteção e de valorização da pessoa idosa, foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, no dia 1º de outubro de 2003, a Lei nº 10.741/03, que dispõe sobre o Estatuto do Pessoa Idosa. (BRASIL,2003), destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

O Estatuto do Pessoa Idosa (Lei 10.741/2003), mais precisamente em seu artigo 3º, determina como direito da pessoa idosa a manutenção dos vínculos afetivos com a família e a comunidade. Estabelece ainda como obrigações da família, da sociedade e do poder público proporcionar e assegurar ao pessoa idosa efetividade dos direitos. (BRASIL, 2003)

A afetividade é uma dimensão psicológica, que abrange de modo complexo e dinâmico o conjunto de emoção e sentimento. Neste

sentido, o ser humano sente a alteração no corpo, pelas modificações emocionais (isto é, biofisiológicas), e existe também um sentido subjetivo, o qual se dá um valor às experiências emocionais vividas. Como uma dimensão do psiquismo, a afetividade faz com que seja conferido um sentido especial às vivências e às lembranças. A afetividade afeta sensivelmente os nossos pensamentos, dando-lhes forma, matiz e conteúdo. (Pinto, 2015, p.4).

O moderno direito de família agasalha, ainda, as diversas formas de famílias constituídas pela convivência e afeto entre seus membros, sem importar o vínculo biológico e o sexo. A afetividade é atualmente o elemento agregador da entidade familiar, na busca sempre de uma família eudemonista que se realiza na felicidade e na proteção de casa um dos membros que a integra. (CARVALHO, 2019, p. 33).

TARTUCE (2012, *online*) afirma que:

Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

É na ausência do afeto ou até mesmo na presença, porém de forma negativa é que se caracteriza o abandono afetivo enfrentados por muitos idosos pelo país.

Segundo a justificativa do projeto de lei, o termo “pessoa” lembra a necessidade de combate à desumanização do envelhecimento. Essa terminologia reflete a luta dessas pessoas pelo direito à dignidade e à autonomia.

A medida contribui para refletir a importância da pessoa idosa na sociedade, para combater o preconceito que existe contra o envelhecimento e trazer dignidade e respeito a essa parcela da população.

Cabe, nesse momento, ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro tem como base a preservação da dignidade da pessoa humana e objetiva a construção de uma sociedade livre e justa para que assim ocorra o bem social entre todos.

Conforme constatado em muitas pesquisas e estudos, a violência contra a população idosa cresce muito a cada dia e a cada ano têm-se números bastante expressivos. O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, dispõe em seu artigo 43 que “ sempre que o direito dos idosos for ameaçado ou violado deverão ser aplicadas as medidas protetivas

com base na previsão legal no artigo 45" (BRASIL, 2003). Tais violações podem resultar de atos da família, da sociedade ou do Estado, sejam comissivos ou omissivos.

Após a edição do Estatuto do Idoso houve um avanço e aperfeiçoamento considerável na prestação jurisdicional a fim de garantir medidas protetivas à pessoa idosa, mas além dessas medidas é necessário implementar outras na área de informação e educação, para que a sociedade se aproprie da área do envelhecimento e suas peculiaridades (FALEIROS, 2007, p.4).

Frank Schirrmacher, em seu livro *A Revolução dos Idosos*, assim diz

Nossas sociedades não conhecem transições entre a juventude e a velhice, a saúde e a doença, entre a ingenuidade e a sabedoria. A vida está subdividida – como no processo de produção de uma mercadoria – em três partes: a juventude, a vida profissional e a velhice. Nenhuma das partes tem algo a ver com as outras. Por isso, nossas sociedades criam em nós o sentimento de que seremos trocados ou substituídos ao longo de nossa vida. (SCHIRRMACHER, 2005, p.5)

Nesse contexto, objetiva-se adentrar em medidas mais específicas, ressaltando que poderão ser aplicadas também uma ou mais medidas conforme a finalidade social e, sempre que o Ministério Público e o Poder Judiciário verificarem violação dos direitos da pessoa idosa, com a incidência de uma das três hipóteses previstas no artigo 43 do Estatuto supramencionadas, poderá determinar medidas protetivas e reparação dos danos, inclusive. (BRASIL, 2003)

## 2.1 Princípios gerais relacionados à vulnerabilidade do idoso

Segundo Maia (2011), o termo vulnerabilidade vem do latim *vulnerare* que significa ferir, e *vulnerabilis* que causa lesão. Embora a vulnerabilidade seja uma condição humana universal, os idosos possuem vulnerabilidades mais específicas, que serão com o tempo cada vez mais agravadas por diversos fatores, tais como pessoais, socioeconômicos, culturais, geopolíticos ou ambientais, essa fragilidade intrínseca dos seres humanos é mais evidenciada com os idosos.

As lições de MARQUES; MIRAGEM (2014, p.120) dizem que:

A vulnerabilidade é um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o



fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação' destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

A família, a sociedade e o Estado devem adotar o cuidado centrado na pessoa idosa como instrumento teórico-prático apto a diminuir a vulnerabilidade. A vulnerabilidade é um conceito utilizado para diversas situações em condições diferentes.

A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos, e a integridade individual de cada um deve ser respeitada. (UNESCO, 2005, p. 6)

O idoso em razão da sua condição biológica é uma pessoa vulnerável, e deve ser entendido sob dupla condição.

A de vulnerável e a de ator central no processo terapêutico, o que lhe confere especificidade ímpar no espaço social, na medida em que sua condição de fragilidade psíquica, sua limitação física e subjugação a um saber estranho, tornam a contingência de ser "paciente" um estado particular do ser humano. (ALBUQUERQUE, 2016, p. 21-22)

O envelhecimento está associado à vulnerabilidade ou à fragilidade, ou a ambos. A pessoa idosa possui extrema vulnerabilidade, e esse fato duplica quando o mesmo sofre com preconceitos e estigmas pelo simples fato da idade.

O envelhecer é encarado de forma positiva quando relacionado às conquistas acumuladas na vida, valorizando as vantagens da experiência e da tranquilidade que o amadurecimento proporciona. Porém, muitas vezes essa visão positiva concorre fortemente com a relação negativa entre o envelhecimento e a fragilização. (COELHO; GIACOMIN; FIRMO, 2016, p. 415)

A vulnerabilidade jurídica da pessoa idosa justifica vários direitos consagrados na Constituição e nas leis infraconstitucionais, é fato que a família, a comunidade, a sociedade e o Estado devem assegurar ao idoso que seus direitos sejam efetivados com prioridade (BRASIL, 2003).

A vulnerabilidade da pessoa idosa pode ocorrer tanto de forma natural ou por questões de fragilidade física, como social, que revela assim cada dia uma forma de violência socialmente produzida, devendo ser avaliados os riscos existentes na terceira idade no afã de proteger essas pessoas (SCHUMACHER; PUTTINI; NOJIMOTO. 2020).

A experiência da pessoa idosa tem um valor incomparável para a sociedade e efetivamente pode ser ele um agente de transformação social. Todavia, é necessário que a pessoa idosa seja cada vez mais incluído e faça essa opção, direcionando o seu tempo livre para a realização de novos projetos nesta nova etapa de sua vida, contribuindo para uma sociedade mais justa e fraterna.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO DA PESSOA IDOSA**

A atividade praticada que tem como consequência um prejuízo possibilita a responsabilidade civil, que é um instituto destinado a reparar o equilíbrio moral ou patrimonial que foi afetado pelo dano, devolvendo assim, a harmonia e estabilidade que foram violadas. Para a configuração do dano se faz necessária a presença de alguns pressupostos, e, posteriormente comprovada a existência de um prejuízo, será apurada a necessidade de reparação, que poderá se dar de mais de uma maneira, em conformidade com a espécie de dano.

Quando nos deparamos com a temática do abandono afetivo, no âmbito doutrinário, é possível perceber diversas discussões, bem como, no âmbito jurídico, e que apesar de ser objeto de inúmeros estudos, o abandono afetivo ainda é uma temática pouco explorada no nosso cotidiano. A justificativa pode está na difícil relação que temos em visualizar a família, não somente como uma união de pessoas que se amam, mas também um bem que deve ser tutelado no nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, não podemos apenas abordar os direitos fundamentais, temos o dever de estabelecer também os deveres de cada indivíduo que vive em sociedade. E assim, FABRIZ; GONÇALVES (2013, p. 92.) pontuam que o

[...] dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.

Todo indivíduo necessita de um desenvolvimento físico e psíquico que possibilite o convívio e relacionamentos com os demais, criando hábitos e até mesmo culturas nas famílias e sociedade em geral. Então, o que faz o envelhecimento ser algo tão desejado e ao mesmo tempo tão inconveniente para as pessoas?

O art. 230, da Constituição Federal, dispõe que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Para Paradella (2018, *online*):

A população brasileira manteve a tendência de envelhecimento dos últimos anos e ganhou 4,8 de idosos desde 2012, superando a marca dos 30,2 milhões em 2017, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – Características dos Moradores e Domicílios, divulgada hoje pelo IBGE. Em 2012, a população com 60 anos ou mais era de 25,4 milhões. Os 4,8 milhões de novos idosos em cinco anos correspondem a um crescimento de 4 18% desse grupo etário, que tem se tornado cada vez mais representativo no Brasil. As mulheres são maioria expressiva nesse grupo, com 16,9 milhões (56% dos idosos), enquanto os homens idosos são 13,3 milhões (44% do grupo).

O Estatuto do Idoso veio também corroborar a ideia de quanto mais idosos temos, mais devemos garantir um envelhecimento seguro, garantindo a proteção à vida e à saúde de forma a permitir um envelhecimento saudável, considerando o envelhecimento um direito personalíssimo.

As consequências do abandono afetividade acaba que por gerar diversas influências no desenvolvimento e bem-estar humano, bem como em todos os seus tipos de relacionamentos, tendo em vista que afetividade são fenômenos afetivos, expressões que demonstram afeto, v. g. amor, cuidado, carinho, prazer, felicidade, satisfação dentre outros. (PEREIRA; COLTRO; OLIVEIRA, 2017, p. 504).

A ausência de responsabilidade gera a prática reiterada da conduta lesiva. A responsabilização civil tem como finalidade a reparação do direito violado e a repressão/punição da conduta violadora, além disso a responsabilidade civil gera efeitos preventivos e pedagógicos.

Não é natural que a lei precise obrigar os filhos maiores e capazes a cuidarem de seus pais, entretanto, sabe-se que situações assim são bastante recorrentes, não podendo o Estado fechar os olhos para esta realidade. (BRASIL, 2008)

O envelhecimento tem se tornado um aspecto importante da sociedade brasileira, e por isso, a Agência Brasil (2021), por meio do Ministério da Mulher, da Família e dos

Direitos Humanos (MMFDH), publicaram dados que demonstravam que houve um aumento de violência contra os idosos

Para combater esses abusos, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) criou uma cartilha sobre o combate à violência contra a pessoa idosa e recebe denúncias contra essa população por meio do Disque 100. Com base nessas denúncias, o MMFDH deflagrou, no fim do ano passado, em parceria com o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), a Operação Vetus. Foram apuradas 13.424 denúncias que resultaram na instauração de 3.703 inquéritos e na prisão de 569 pessoas. (BRASIL, 2021)

Os números não demonstram terem diminuído e pensando nesse cenário atual, a Convenção Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, aprovada em 2015, já indicava que “este é o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante voltado para a proteção e a promoção dos direitos das pessoas idosas” e em seu art. 1º destacou

O objetivo da Convenção é promover, proteger e assegurar o reconhecimento e o pleno gozo e exercício, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso, a fim de contribuir para sua plena inclusão, integração e participação na sociedade. O disposto na presente Convenção não deve ser interpretado como uma limitação a direitos ou benefícios mais amplos ou adicionais reconhecidos pelo direito internacional ou pelas legislações internas dos Estados Partes em favor do idoso. (OEA, 2015, p. 3)

A grande reviravolta do Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos.

Dentre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral e afetivo, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimos indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade. (BRASIL, 2003)

Além do mais, o próprio Estatuto do Pessoa Idosa, Lei 10.741/2003, mais precisamente em seu artigo 3º, determina como direito da pessoa idosa a manutenção dos vínculos afetivos com a família e a comunidade. Estabelece ainda como obrigações da

família, da sociedade e do poder público proporcionar e assegurar à pessoa idosa efetividade dos direitos. (BRASIL, 2003)

A pessoa idosa, assim como a criança e o adolescente, necessita de prioridade na defesa de seus direitos, sob um robusto amparo legal, visando à dignidade tão ventilada na Constituição Federal e no Estatuto da Pessoa Idosa, bem como à sua qualidade de vida. Quando se menciona a qualidade de vida, ou mesmo o direito à vida digna da pessoa idosa, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana está intrínseco.

O abandono afetivo da pessoa idosa gera dever de indenizar por danos morais, reconhecido inclusive que a pessoa idosa deve ter protegida e facilitada a preservação de sua saúde física, mental, moral, intelectual, espiritual e social, objetivando amparar as necessidades comuns a essa fase da vida. (BRASIL, 2003)

A Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa, em seu título II, no artigo 9º, quanto ao Direito à vida, afirma que:

Art. 9º - É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Sendo assim, alinhado à nossa Constituição Federal, é dever do Estado e um direito do cidadão ter a devida proteção em seu processo de envelhecimento, de modo que permita a transição para a terceira idade em condições saudáveis e dignas. Além disso, a CF/88 dispõe que os programas de amparo às pessoas idosas serão executados preferencialmente em seus lares. (BRASIL, 2003)

Além da família e do Poder Público, também é dever da comunidade e da sociedade assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, efetivação de todos seus direitos fundamentais. Bem como é dever de todos a dignidade da pessoa idosa e nenhuma pessoa idosa pode sofrer qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, sendo que qualquer descumprimento aos direitos da pessoa idosa será punido por lei.

Conforme o art. 3º, do Estatuto do Pessoa Idosa afirma que:

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao

lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar". (BRASIL, 2003)

A vulnerabilidade social do idoso é decorrente de diversas situações que os mesmos enfrentam em seu cotidiano (PAZ; SANTOS; EIDT, 2006). Várias dessas situações estão relacionadas com questões sociais, culturais, e econômicas de cada sociedade.

Muitas pessoas idosas são vítimas de abandono familiar e ainda são negligenciados pelo poder estatal, uma grande maioria envelhece em situações caóticas e de extrema vulnerabilidade social, muitos chegam até perder a sua identificação como cidadão e ser humano que é (BERZINS; WATANABE, 2005).

Na concepção do autor Pinto (2005), a sociedade é apegada a diversos valores culturais, muitos enaltecem os idosos, mas grande parte ainda o desqualifica, muitas culturas consideram os idosos inúteis, sem qualquer tipo de posicionamento ou influência no âmbito social, enquanto outras consideram os idosos como pessoas que são depositárias de experiências, conhecimento e sabedorias.

A respeito da proteção aos idosos, pontua Dias (2015, p.50):

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF/88, art, 230).

Nesse contexto, imperioso destacar que o abandono afetivo não é apenas recorrente com crianças e adolescentes, mas, também, com os idosos, e um dos motivos causadores são composições familiares da contemporaneidade, quando muitos idosos passaram a ser considerados obsoletos e vítimas são omissão dos filhos maiores e capazes no seu dever de cuidar dos pais idosos e vulneráveis.

Apesar de não haver previsão legal expressa e taxativa, a doutrina e a jurisprudência no Brasil, passaram a reconhecer a hipótese de vítimas de abandono afetivo poderem ser reparadas civilmente, desde o momento em que haja identificação dos pressupostos da responsabilidade civil, a fim de minimizar os danos sofridos.

Para tanto, faz-se necessário o conhecimento do instituto da compensação civil a fim de poder incidir na seara do Direito de Família sua perfeita compreensão. Faz necessário também considerar a análise dos elementos e características da responsabilidade civil no sistema jurídico de nosso país. Conforme disposto no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 186, "in verbis": "Aquele que, por ação ou omissão voluntária,



negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (BRASIL. 2002)

Dessa forma o abandono possibilita sua reflexão na esfera cível, culminado na imposição de indenização, já que a Constituição também a assegura o direito de reparação aos danos, sejam eles morais ou materiais, em seu art. 5º, inciso V, X e XXXIV. (BRASIL, 1988)

Corroboram a possibilidade da reparação civil o conceito de ato ilícito e o dever de indenização a saber expresso nos artigos 186 e 927 do Código Civil

A consequência jurídica da infração do dever legal de cuidado é a responsabilidade civil, para tentar minimizar os danos causados por aquele que cometem conduta ilícita

Com isso, sabe-se que a responsabilidade civil advém de uma conduta humana causadora de danos, seu nexó de causalidade com os danos ensejados

Importante questão debatida é quanto à finalidade da condenação. A melhor doutrina aponta para duas principais, sendo uma à vítima, que visa reparar ou amenizar os danos causados à ela; e a outra ao ofensor e mesmo à sociedade, devendo servir de medida sancionatória ou punitiva que visa desestimular tais condutas. O referido entendimento vem da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que se destaca o voto do magistrado Marco Buzzi que pontou que "*não se trata de compensar danos extrapatrimoniais diante de fatos corriqueiros ou falta de amor. [...] Amor não pode ser cobrado, mas afeto compreende também os deveres dos pais com os filhos [...]*".

A responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos (Gonçalves, 2012, p. 43).

Assim entende BRANCO (2006, p. 116), que pontua

Havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral, não atuando está como fator desagregador daquela instituição, mas de proteção da dignidade dos seus membros.

A responsabilidade civil é a aplicação das medidas que obrigam um cidadão a reparar dano moral ou patrimonial ocasionado a terceiros em decorrência de ato próprio

imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2007, p. 35)

A distinção entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A subjetiva é aquela que decorre da culpa do causador do dano, ou seja, quando houver negligência, imprudência ou imperícia. Está prevista no art. 186, do Código Civil (BRASIL, 2002): "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". Já a objetiva é aquela que busca somente o nexo de causalidade entre a ação e o dano causado para que seja possível responsabilizar o agente que praticou o ato ilícito, ou seja, não precisa provar culpa. Está disposta no parágrafo único, do art. 927, do Código Civil (BRASIL, 2002): "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".

#### **4. Conclusão**

O objetivo é assegurar aos pessoa idosas todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Outro ponto que merece atenção é sobre a quem recai o dever de proteger a pessoa idosa. Apesar de muitos acreditarem que esse dever recai apenas ao Estado e à família da pessoa idosa, não é só isso.

As relações de parentesco serão sempre regidas pelo princípio da afetividade. Sendo na família que o ser humano inicia o processo de socialização, formação para o mundo, desenvolve sua personalidade e encontra suporte na velhice, faz-se mister reconhecer o dever dos filhos de garantirem a qualidade de seus relacionamentos com seus pais, bem como garantir-lhes um desenvolvimento físico e psicológico saudável. O amor e o afeto na família necessita ser resguardado para o bem da estrutura social e da comunidade, e para isso faz-se necessária a intervenção do Estado para assegurá-los, seja através do Executivo e das ações e políticas públicas, seja através do Judiciário e da interpretação e aplicação do Direito.

O princípio da solidariedade projetou-se no Direito de Família recentemente, apresentando-se como um vínculo sentimental, mas racionalmente determinado que impõe a cada pessoa deveres de amparo, assistência, cooperação, ajuda e cuidado em relação uns aos outros. Nessa esteira, o Estatuto da Pessoa Idosa modificou o dever antes moral de amparo aos pessoa idosas em um dever jurídico, concretizando através do princípio da solidariedade o que antes era considerado apenas do íntimo do ser humano.

Assim, o cuidado e o zelo são agora tratados como valores jurídicos que tem força coercitiva nas normas que tutelam pessoas vulneráveis como a pessoa idosa.

O parentesco apresenta suas bonificações e vantagens também tem o seu ônus, o seu encargo. Cuidar dos parentes na melhor idade requer atenção e preparo e é uma atividade que deve ser compartilhada por todos da família em um especial compromisso do Estado, buscando todos como fim o bem-estar da pessoa idosa.

A lei reflete o desenvolvimento socioeconômico, os anseios e preocupações de uma sociedade que passa a enxergar a pessoa idosa com o uma pessoa que não está no fim da vida, mas que tem muito a contribuir e para isso, necessita de cuidados, respeito e proteção condizentes à sua realidade.

Os danos podem tanto ser de ordem material como de cunho moral, havendo ainda a previsão por alguns autores do dano estético. O dano material é também conhecido como patrimonial e afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistindo na perda ou deterioração total ou parcial de bens que lhe pertencem. Ele desdobra-se ainda em: dano emergente, que significa o efetivo prejuízo conhecido pela vítima, e o lucro cessante, que representa aquilo que a vítima deixou de auferir em virtude do ocorrido. Nesses casos a doutrina prefere utilizar a expressão ressarcimento em contraponto a indenização, melhor empregada nos casos de dano moral.

## Referencias

ALVES, Jonas Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Entrevista concedida ao sítio do IBDFAM. 16 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

ALBUQUERQUE, A. **Direitos humanos dos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BERTOLIN, Giuliana; VIECILI, Mariza. **Abandono Afetivo do Pessoa idosa: Reparação Civil ao Ato de (não) Amar?** Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 338-360, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc) - ISSN 2236-5044.

BERZINS, M. A. V.; WATANABE, H. A. W. **Violência Contra o Idoso: do invisível ao visível?** In: ARCURI, I. G. & MERCADANTE, E. F. (Organizadoras). Velhice, Envelhecimento, complexidade. São Paulo: Vetor, 2005.

BRANCO. Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo. Ed. Método. 2006.

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

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

BRASIL. Governo Federal. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/pessoa-idosa>. Acesso em: 02 setembro de 2022.

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

CARVALHO. Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 7. Ed. São Paulo. Saraiva, 2019.

COELHO, J. S.; GIACOMIN, K. C.; FIRMO, J. O. A. **O cuidado em saúde na velhice**: a visão do homem. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 408-421, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 654.

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 35 p.

ESCHILETTI LP, COUTO MCP e KOLLER SH. **Famílias em Vulnerabilidade Social: Rastreamento de Termos Utilizados por Terapeutas de Família**. Psicologia: Teoria e Pesquisa. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Jul-Set 2009. Vol. 25 n. 3, pp. 403-408.

FABRIZ, Daury César; GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti. **Dever Fundamental: A Constituição de um Conceito**. In: DE MARCO, Crísthian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (org.). Série Direitos Fundamentais Cívicos: Tomo I. Joaçaba: Unoesc, 2013, p. 92.

FALEIROS, Vicente de Paula. *Violência contra a pessoa idosa*. Brasília: Universa, 2007.

Gil, A. P., Faria, P. L., Gomes, I., & Fonseca, R. (2012). **Perspetivas atuais sobre a proteção jurídica da pessoa idosa vítima de violência familiar**: contributo para uma investigação em saúde pública, pp. 149-162. Consultado em 24 de novembro de 2014, em Revista Portuguesa de Saúde Pública, 30 (2): [http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S08709025201200000006&lng=pt&tlng=pt.10.1016/j.rpsp.2012.11.001](http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S08709025201200000006&lng=pt&tlng=pt.10.1016/j.rpsp.2012.11.001).

Gil, A. P., Fernandes, A. F., Nicolau, R. & Santos, A. J. (2013). **Prevalência da Violência contra as pessoas idosas**- uma revisão crítica da literatura. In: Sociologia, Problemas e Práticas, nº 72, pp. 53-77.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

MAIA, F.de O.M. (2011). **Vulnerabilidade e envelhecimento**: panorama dos idosos residentes no município de São Paulo - Estudo SABE, 21-23,31-34,43-47. Tese de Doutorado em Enfermagem na Saúde do Adulto. Escola de Enfermagem, Universidade de São Paulo, São Paulo (SP).

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAIS, LEICIMAR (2020). **Abandono afetivo e a responsabilidade civil**. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/abandono-afetivo-e-a-responsabilidade-civil>.

OEA, Organization of American States. **Convenção interamericana de proteção dos direitos humanos das pessoas idosas**. 2015. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM_POR.pdf) . Acesso em 01 setembro. 2022.

PARADELLA, Rodrigo. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. Agência IBGE .2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-denoticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em 17 agosto. 2022.

PAZ, A. A.; SANTOS, B. R. L. dos; EIDT, O. R. **Vulnerabilidade e envelhecimento no contexto da saúde**. Acta Paulista de Enfermagem, São Paulo, v.19, n.3,p.338-342, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal – 2016-2017** / organização Tânia da Silva Pereira. Antônio Carlos Mathias Coltro, Guilherme de Oliveira. – São Paulo: Atlas, 2017.

PINTO, Fausto Eduardo Menon. **O que é a dimensão afetiva?**. 2015. Disponível em: [https://www.psicologia.pt/artigos/ver\\_opinioao.php?codigo=AOP0367#\\_ftn1](https://www.psicologia.pt/artigos/ver_opinioao.php?codigo=AOP0367#_ftn1). Acesso em: 10 de outubro de 2022.

SCHIRRMACHER, Frank. *A revolução dos idosos*. Tradução Maria do Carmo Ventura Wollny – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SCHMITT, Francine Sgnaolin. Revista **Consultor Jurídico**, **O abandono afetivo do pessoa idosa gera dever de indenizar por danos morais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/francine-schmitt-abandono-afetivo-pessoa-idosa>.

SCHUMACHER, A. A.; PUTTINI, R. F.; NOJIMOTO, T. **Vulnerabilidade, reconhecimento e saúde da pessoa idosa: autonomia intersubjetiva e justiça social**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n97/v37n97a10.pdf>>. Acesso em: 10 Maio. 2020.

SILVEIRA, LEANDRO RICARDO M. **Principais pontos do Estatuto do Pessoa idosa para CBMMG, Oficial blog concursos**. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/principais-pontos-do-estatuto-do-pessoa-idosa-para-cbmmg-oficial/>.

SOARES, L. C. E. C.; MOREIRA, L. E. (2016). **Contornos da judicialização**: Reflexões sobre famílias recasadas e abandono afetivo. *Psicologia em Estudo*, 21(3), 497-508. <https://doi.org/10.4025/psicolestud.v21i3.32248>.

SOUSA, A. M. (2014). **A consagração das vítimas nas sociedades de segurança**. *Revista EPOS*, 5(1), 29-56.

SOUZA, Laice. **Juíza entende que lei pode ser aplicada ao idoso**. *MídiaJur*, Cuiabá, Mato Grosso, 08 out 2013.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH)**. Tradução Ana Tapajós e Mauro Machado de Prado. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2005. Disponível em: <https://goo.gl/hFyLt4>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

VITERBO, Grasielli Rodrigues. **O abandono afetivo de pessoa idosas e a responsabilidade civil da família na violação do dever de cuidado**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87603/o-abandono-afetivo-de-pessoa-idosas-e-a-responsabilidade-civil-da-familia-na-violacao-do-dever-de-cuidado>.



## **OS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS APÓS A LEI COMPLEMENTAR 150/2015 E A REFORMA TRABALHISTA**

**LUCAS CUTRIM BUNA DE OLIVEIRA:**  
Graduando em Direito pela Universidade  
Estadual do Maranhão – UEMA.

**RESUMO:** O referido trabalho tem como objetivo demonstrar algumas mudanças que o implemento da reforma trabalhista de 2017 trouxe para as relações de trabalho considerado como “doméstico”. Desde 11 novembro de 2017, data em que a Lei nº13.467 passou a vigorar, as relações com os empregadores deverão seguir as novas regras. A tão comentada Reforma Trabalhista altera pontos da CLT e atinge de forma significativa a relação entre patrões e empregados. Por iguais razões, mesmo que com um impacto menor, domésticos também foram afetados pelas mudanças na lei.

**Palavras-chave:** Reforma trabalhista. Doméstico. Consolidação das Leis do Trabalho.

### **1 INTRODUÇÃO**

O trabalho doméstico caracteriza-se por ser realizado por uma pessoa física em caráter contínuo, tendo como local de trabalho a residência de uma pessoa ou de uma família, sem que haja destinação lucrativa para estes. Dessa maneira, caso o trabalhador desempenhe uma função que gere lucro ao patrão, mesmo no âmbito da residência do empregador, não estará caracterizado o trabalho doméstico.

Assim, o presente artigo possui como condão apresentar, primeiramente, um breve histórico acerca da legislação dos empregados domésticos. Em seguida, busca-se adentrar em alguns dos novos direitos efetivados a partir da Lei Complementar nº 150/2015, que veio a regulamentar e Emenda Constitucional n. 72/2013 que alterou o art. 7º, parágrafo único da CRFB/88.

A LC nº 150/2015 foi um marco muito importante para a categoria, visto que regulamentou uma legislação que já possibilitava a assinatura do contrato de trabalho, porém, silenciava quanto aos direitos merecidos pelo empregado doméstico urbano.

Não obstante, a aprovação da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) trouxe algumas mudanças significativas no que tange ao contrato de trabalho, impactando nas normas da lei especial, sendo aplicável no que a LC 150/2015 for omissa, ou seja, atua de forma subsidiária.

### **2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS**

Mesmo após a abolição da escravidão no Brasil, a legislação respectiva que trata sobre o trabalho doméstico andou a passos lentos no país, tendo poucas evoluções ao longo das décadas passadas, mas chegando a algo mais coeso atualmente.

Um dos primeiros avanços nesse sentido veio com o Código Civil de 1916, que passou a reger, mesmo que genericamente, qualquer tipo de locação de serviços, estando inclusa a profissão aqui em análise.

Em seguida, no ano de 1923, o Decreto nº16.107 passou a conceituar essa categoria incluindo em sua definição serviços de natureza idêntica, como os serviços prestados em hotéis, bares restaurantes etc. Além disso, regulamentou a locação dessas atividades e inovou ao trazer alguns dispositivos que atendiam a interesses desses trabalhadores, como por exemplo a justa causa para casos de incapacidade do trabalhador em decorrência de doença.

Já no ano de 1941, houve a primeira norma que disciplinou especificamente sobre o emprego doméstico, sendo o Decreto-lei nº 3.078. Esse dispositivo conceituou de maneira simples essa profissão, além de ter regulado deveres do empregador e do empregado doméstico, conferindo a estes somente alguns direitos, tais como o aviso prévio de 8 dias, despedida indireta, multas por infrações entre outros.

Embora no ano de 1943, com o Decreto-lei nº 5.452 tenha surgido a Consolidação das Leis do trabalho (CLT), em nada esse dispositivo acrescentou para a profissão aqui analisada. Pelo contrário, essa nova norma segregou essa atividade do seu artigo 7º, ocorrendo nítido retrocesso na busca por melhor regulamentação desse ramo profissional.

Outra conquista alcançada veio em 1962, com a edição da Lei nº4.090/62, que estipulou o 13º. Embora essa legislação não tenha disposto de maneira específica sobre empregados domésticos, essa categoria também foi beneficiada.

Somente no ano de 1972, com o advento da Lei nº 5.859, regulamentada pelo Decreto nº71.885/73, é que os empregados domésticos passaram a possuir uma legislação exclusiva, que previa alguns direitos trabalhistas, como assinatura da CTPS, inserção na Previdência Social como segurado obrigatório e férias anuais e remuneradas, de 20 dias úteis (FREITAS; PAIVA, 2019).

Mais adiante, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram ampliados os direitos referentes a essa categoria, tendo como base o parágrafo único do art. 7º, sendo: a) salário-mínimo; b) irredutibilidade salarial; c) repouso semanal remunerado; d) licença-maternidade; e) licença-paternidade; f) aviso prévio de, no mínimo, 30 dias; g) aposentadoria; h) férias anuais; i) décimo terceiro salário e integração à Previdência Social.

Já no ano de 2001, a Lei nº10.208/2001 estendeu ao doméstico, de maneira facultativa ao seu empregador, o direito a FGTS e ao seguro-desemprego.

Nesse mesmo raciocínio, sobre a obtenção de direitos, a Lei nº 11.324/2006 assegurou o direito a férias remuneradas de trinta dias com pagamento de pelo menos 1/3 a mais que o salário normal, bem como estendeu também ao empregado doméstico gestante à proteção a dispensa arbitrária ou que não haja justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Um ponto importante sobre a Lei nº 11.324/2006 foi trazida pelo doutrinador Mauricio Goldinho Delgado, senão vejamos:

O mesmo diploma também criou incentivo fiscal para o empregador doméstico, permitindo-lhe deduzir do imposto de renda, desde o ano fiscal de 2006 (exercício 2007) e até o ano fiscal de 2011 (exercício 2012), as contribuições previdenciárias patronais mensais (inclusive sobre 13º salário e terço de férias), respeitados o teto de um salário-mínimo como salário de contribuição e o lançamento de um único empregado (arts. 1º e 8º da Lei n. 11.324/06). (DELGADO, 2019, p. 454)

Para além, mesmo após todas as conquistas acima mencionadas, essa profissão ainda era tratada de forma desigual quando comparada a outras.

Não obstante, em 2013, com a aprovação da Emenda Constitucional nº72, conhecida como a PEC das domésticas, se aumentou o rol de direitos previstos no parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal, mesmo que alguns ainda tenham ficado pendentes de regulamentação.

Por fim, no dia 01 de junho de 2015 foi publicada a Lei Complementar nº150, que entrou em vigor na mesma data, alcançando e aplicando-se a todos os contratos de trabalho domésticos, mas, não fora aplicado às diaristas.

Além disso, tal norma passou a tratar de diversos assuntos, que podem ir desde o contrato de trabalho doméstico até direitos até então aplicados apenas a trabalhadores de regime celetista.

Dessa maneira, essa nova legislação implicou em grandes mudanças no panorama que concerne as relações de trabalho doméstico no Brasil, contribuindo para a valorização tanto social quanto jurídica dessa categoria, embora atualmente ainda exista certo preconceito na sociedade com relação a essa profissão.

Ressalta-se que muitos dos itens aprovados na Reforma já são permitidas pela **Lei das Domésticas** (Lei Complementar 150/2015), tais como: jornada de trabalho 12×36, redução do intervalo de descanso para 30 minutos, intervalo entre jornadas, banco de horas, parcelamento de férias, prestação de serviços como diarista de uma forma permanente em uma residência etc.

De forma geral, a Lei nº 13.467/17 que alterou diversos dispositivos da CLT é aplicável ao trabalho doméstico no que a Lei Complementar 150/2015 é omissa, ou seja, outras situações que não estavam previstas na lei das domésticas e eram passíveis de discussão, foram definitivamente alinhadas na Reforma Trabalhista de 2017.

Afinal, conforme pontuado por Matheus Gomes (2017), a CLT é aplicada subsidiariamente à Lei das Domésticas, conforme o art. 19, da referida Lei Complementar. Logo, as alterações da CLT incluídas pela Reforma, serão aplicáveis de forma subsidiária, no que a Lei das Domésticas for omissa. Senão vejamos:

Art. 19. Observadas as peculiaridades do trabalho doméstico, a ele também se aplicam as Leis nº 605, de 5 de janeiro de 1949, no 4.090, de 13 de julho de 1962, no 4.749, de 12 de agosto de 1965, e no 7.418, de 16 de dezembro de 1985, e, subsidiariamente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Alguns pontos da Reforma Trabalhista, no entanto, não impactam o emprego doméstico, pois estão previstos na lei da categoria. Por exemplo, a regra geral afirma que o banco de horas deve ser compensado em até seis meses. No emprego doméstico, é em até 12 meses, mas as primeiras 40 horas extras são pagas no próprio mês, e as demais vão para o banco.

A reforma estabelece que pode ter a redução do intervalo de refeição para 30 minutos, e a diferença é paga como hora extra. Para domésticos, pode haver a redução se for acordado entre patrão e funcionário, mas o empregado deve sair meia hora antes ou entrar meia depois.

### **3 EMPREGADO DOMÉSTICO COM BASE NA LEI COMPLEMENTAR Nº 150/2015**

Como já pontuado anteriormente, a LC nº 150/2015 veio a regulamentar os novos direitos trazidos pela Emenda Constitucional 72/2013, referentes ao trabalho doméstico no Brasil, com o fito de ampliar os direitos previstos no art. 7º, parágrafo único da CRFB/88, que trata dos direitos dos demais tipos de vínculos empregatícios.

#### **3.1 Conceito de empregado doméstico**

A definição de empregado doméstico foi inserida no art. 1º da LC nº 150/2015, *in verbis*:

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei. (BRASIL, 2015)

Mauricio Delgado traz importante ponderação acerca do empregado doméstico:

Tecnicamente, empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas.

Na definição jurídica aqui exposta encontram-se os cinco elementos fático-jurídicos próprios a qualquer relação empregatícia (pessoa física; pessoalidade; onerosidade; subordinação; não eventualidade). Nela se encontram discriminados os quatro elementos fático-jurídicos comuns a qualquer empregado, e que não têm qualquer especificidade na relação empregatícia doméstica: pessoa física do prestador; pessoalidade; onerosidade; subordinação. (DELGADO, 2019, p.441)

Assim, infere-se que a principal característica que protagoniza o emprego doméstico é o fato de o trabalho ser realizado com remuneração em um lugar sem qualquer finalidade lucrativa, levando-se em conta o ambiente de labor ser residencial, ao contrário da CLT, que define vínculo de emprego quando o ambiente de trabalho possui finalidade lucrativa.

### **3.2 Requisitos que caracterizam a existência do empregado doméstico**

Como bem apontado por Matheus Gomes (2017), para a existência do vínculo empregatício, faz-se necessário o preenchimento de determinados requisitos, tais como: existência de pessoa física no polo ativo da relação do emprego doméstico, com idade superior a 18 anos, algo inserido pela LC 150/2015, a qual vedou a contratação de pessoa que não preencha o requisito de idade, a teor do art.1º, parágrafo único da referida lei.

Assim, o emprego doméstico é caracterizado pela relativa pessoalidade da figura do tomador de serviços, que precisa ser, de forma obrigatória, uma pessoa natural ou um conjunto específico de pessoas naturais. De outro modo, não existe relação de emprego doméstico tendo como empregador uma pessoa jurídica (DELGADO, 2019).

Outro ponto que vem a caracterizar essa relação é a onerosidade, que consiste na remuneração pelas horas de prestação de serviços de maneira contínua durante o contrato de trabalho que fora reconhecido pela Lei nº 5.859/1972, ao qual o empregado fica à disposição do empregador, vindo a receber seu salário no final do mês.

Porém, é diferente os casos em que o empregado presta o serviço de forma gratuita, ou seja, sem remuneração, fazendo com que este não se encaixe nos requisitos trazidos pela LC nº 150/2015.

Não obstante, a subordinação também é elemento caracterizador do vínculo empregatício do empregado doméstico.

Segundo Delgado, a subordinação:

(...) deriva de sub (baixo) e ordinare (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de “submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”.

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará” (...). (DELGADO, 2019, p. 349)

Assim, infere-se que a subordinação consiste em uma pessoa (empregador) que dá ordens e outra que às obedece (empregado), devendo as cumprir.

## **4 A SEGUIR, AS MUDANÇAS QUE AFETAM PARCIALMENTE O TRABALHO DOMÉSTICO A PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA**

### **4.1 Jornada Parcial de Trabalho e férias**



Segundo a Lei nº 13.467/17, considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a 30 horas semanais. No trabalho doméstico, o regime de tempo parcial é aquele que não excede 25 horas semanais.

Assim dispõe o art. 54-A da CLT, *ipsis litteris*:

Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais. (BRASIL, 2017)

De outro modo, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos. No trabalho doméstico, só podem ser parceladas em até dois períodos, sendo que pelo menos um período terá 14 dias e quem decide o parcelamento é o empregador.

Além disso, deixa de ser proibido das férias em dois períodos para empregados com 50 anos de idade ou mais. O Artigo 134 da CLT proíbe o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

Para o emprego doméstico, isso significa que as férias não podem começar dois dias antes de feriado ou dia de repouso, tradicionalmente sábados e domingos. Sendo assim, as férias terão que começar sempre de segunda a quarta-feira, desde que não haja feriado na semana.

#### **4.2 Multa por não assinar a carteira**

A nova legislação prevê a possibilidade de multa em caso de ausência de registro na CTPS. O empregador que não assinar a carteira de trabalho estará sujeito a multa no montante de R\$ 3.000,00, a teor do art. 47 da CLT.

Por isso, há o risco de os patrões que não registrarem o empregado doméstico sejam condenados a pagar a referida multa em um eventual processo judicial, pelo descumprimento dos regimentos para se existir vínculo empregatício.

#### **4.3 Contrato de Trabalho Intermitente**

A novidade mais importante em alguns dispositivos da reforma trabalhista foi a criação do trabalho intermitente, uma nova modalidade de contrato, a qual também pode se aplicar o empregado doméstico.

Assim expressa a Lei nº 13.467/17 sobre o assunto:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente." Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 2017)

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser feito por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. (BRASIL, 2017)

Com a reforma trabalhista, o contrato intermitente de trabalho poderá ser realizado, principalmente nos casos em que os profissionais domésticos estejam em situação informal. Um bom exemplo disso são os cuidadores de idosos que trabalham para cobrir finais de semana, com uma jornada de trabalho de 48 horas.

Não é permitido, entretanto, que o empregador altere o contrato de trabalho vigente para o contrato intermitente. O doméstico com contrato intermitente só poderá ser contratado dessa forma quando for uma nova contratação.

#### **4.4 Horas extras além do limite legal**

A nova lei expressa, no §3º do art. 61, CLT que, em casos de "força maior", o trabalhador pode fazer horas extras a mais do que o limite previsto em lei, que são de no máximo duas por dia.

Este item torna possível que o empregado doméstico também trabalhe mais do que duas horas adicionais em um determinado dia, caso o empregador, por motivo de força maior, necessite dos seus serviços.

#### **4.5 Danos Extrapatrimoniais**

A nova regulamentação estabelece regras claras tanto para os empregadores quanto para os trabalhadores sobre os diferentes tipos de danos patrimoniais (como quebra de bens físicos, agressões e morais).

Segundo Delgado (2019), não é mais cabível falar em dano moral, estético e correlatos. Agora, despontam, simplesmente, os danos extrapatrimoniais, seja de empregados, empregadores e empresas.

Nesse caso, fica mais transparente a questão de que patrões e domésticos podem ser processados caso ofendam um ao outro e condenados a ressarcir financeiramente a outra parte. Segundo o Instituto Doméstica Legal, esse maior detalhamento irá melhorar o respeito e a relação de trabalho entre empregadores e empregados domésticos.

#### **4.6 Amamentação**

A Reforma Trabalhista (2017) expõe, em seu art. 396, caput, que, para amamentar o próprio filho até os seis meses de idade, a mulher terá direito a dois descansos de meia hora cada. No caso da empregada doméstica com filho de até seis meses, o patrão deve liberá-la para entrar uma hora mais tarde ou sair uma hora mais cedo.

#### **4.7 Uso do uniforme**

A nova lei tem regras sobre o assunto, portanto, fica claro que o empregador pode estabelecer o uso do uniforme e que a responsabilidade pela higiene do uniforme é do trabalhador, com fulcro no parágrafo único do art. 456-A, incluído pela Lei nº 13.467/2017.

No emprego doméstico, normalmente o uniforme é lavado no local de trabalho, que é onde o empregado doméstico trabalha.

#### **4.8 Novo motivo de Demissão por Justa Causa**

A reforma não alterou os motivos de demissão por justa causa, ou seja, o empregado pode ser demitido por perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão.

Isso significa, por exemplo, que podem ser dispensados por justa causa motoristas que perderem a carteira de habilitação e enfermeiros que não tiverem ou perderem o registro no Conselho Regional de Enfermagem; entre outros.

#### **4.9 Demissão acordada entre empregador e empregado doméstico**

O artigo 484-A, caput, da CLT, oficializa a demissão por comum acordo, o que reduz o custo do patrão caso os dois estejam de acordo sobre o fim do contrato de trabalho.

Esse tipo de demissão é muito comum, inclusive, quando a empregada encontra um emprego melhor e pede para ser demitida, porém, só agora será oficial.

É preciso ficar atento porque o empregado perde metade do Aviso Prévio e o direito ao Seguro-Desemprego. Além disso, a multa do FGTS de 40% passa para 20%, e o empregador doméstico sacará os outros 20%, pois ele antecipa mês os 40% da multa através do eSocial e o trabalhador poderá sacar somente 80% do FGTS. Os outros 20% sacarão futuramente em condições previstas pelo FGTS, como aposentadoria e compra da casa própria.

#### **4.10 Contribuição sindical opcional**

Agora, o empregador só deve descontar o Imposto Sindical na folha de pagamento do trabalhador quando este autorizar expressamente, conforme os artigos 578 e 579 da CLT, oriundos da Reforma Trabalhista.

#### **4.11 Justiça trabalhista gratuita ao empregado doméstico**

O art. 790, §3º da CLT permite que juízes concedam o benefício da justiça gratuita para trabalhadores que ganham até 40% do Teto Máximo dos benefícios da Previdência Social, ou seja, R\$ 2.212,52 em 2017.

#### **4.12 Custos periciais das ações trabalhistas**

Quando as regras entraram em vigor, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais será da parte que perder a ação trabalhista, a teor do art. 790-B da CLT. Isso significa que o empregado doméstico, se perder a ação, terá de pagar os custos periciais, mesmo que tenha obtido direito a justiça gratuita.

#### **4.13 Ação Trabalhista de má-fé**

O artigo 793-A da CLT estabelece que, caso reclamante, reclamado ou interveniente entre com uma ação na Justiça de má-fé (como baseada em mentiras), deverão responder por perdas e danos.

Por isso, os empregados domésticos devem ficar atentos as falsas promessas de maus advogados, pois caso percam a ação, terão de pagar (serão responsabilizados) por todo o custo da ação trabalhista (do processo).

#### **4.14 Multa para testemunha em ação trabalhista**

Testemunhas em processos trabalhistas que alterarem a verdade ou omitirem fatos essenciais podem pagar multas, a teor do art. 793-D da CLT. Isso se aplica também em processos de empregados domésticos.

#### **4.15 Terceirização no emprego doméstico**

A lei estabelece critérios de terceirização de mão de obra pelas empresas. Atualmente, há várias empresas que oferecem uma ponte entre patrões e profissionais, como cuidadores de idosos, babás e diaristas.

Neste caso, os empregados serão registrados pelas empresas, ou seja, são celetistas, não domésticos, visto que são contratados por uma pessoa jurídica. O empregador doméstico deve ficar atento, pois, se a empresa não cumprir suas obrigações, o contratante passa a ser corresponsável pelos direitos devidos.

Para evitar esse risco, o empregador deve pagar os serviços contratados com a apresentação dos comprovantes do recolhimento do INSS e FGTS do mês anterior e não fazer o registro do empregado.

#### **4.16 Equiparação Salarial de empregados domésticos**

Sobre a equiparação salarial, assim dispõe Carlos Henrique Bezerra Leite:

O princípio da equiparação salarial constitui corolário do princípio da igualdade salarial, que surgiu no início do capitalismo como forma de sanar as diferenças existentes para pagamento dos serviços iguais prestados por homens e mulheres, além do pagamento feito aos estrangeiros nas empresas multinacionais. (LEITE, 2020, p. 989)

Dessa forma, a Reforma Trabalhista trouxe, com base nesse entendimento, normas que asseguram a igualdade salarial, a exemplo do art. 461 da CLT, *caput*, *in verbis*.

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (BRASIL, 2017)

Este artigo pode ser aplicado ao emprego doméstico se o patrão contratar mais de um empregado exercendo o mesmo cargo e função (como duas domésticas ou duas babás), que tenham o mesmo tempo de serviço naquele emprego.

É raro isso ocorrer, já que mais de 90% dos empregadores domésticos só possuem um empregado, e quando contam com mais de um, são em funções diferentes.

Entretanto, se houver uma denúncia ou ação trabalhista, o empregador terá de igualar o salário, além de pagar uma multa de 50% do salário do empregado a favor do mesmo, conforme o §6º do art. 461 da CLT.

Nesse ínterim, a solução para o empregador que tenha empregados domésticos nesta condição (mesmo cargo e tempo de casa) é igualar o salário.

#### **4.17 Tempo de serviço**

Atualmente, o tempo de serviço do empregado doméstico à disposição do empregador é considerado pelos períodos em que o trabalhador fica às ordens do patrão para qualquer eventualidade. Isso é válido mesmo quando o empregado estiver em horário de lanche, cuidando de sua higiene pessoal, trocando uniforme dentro da residência do empregador, entre outros. É o que estabelece o Art. 4, Parágrafo único, da CLT:

Art. 4º – Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. (BRASIL, 1943)

Com a reforma, o art. 4. da CLT ganhou um novo parágrafo para especificar as situações do dia a dia que não serão mais consideradas como tempo à disposição do empregador.

Logo, com fulcro no §2º do art. 4º da CLT, não serão computados como tempo à disposição do empregador quando o empregado escolher buscar proteção pessoal – em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas – permanecer nas dependências do local de trabalho para exercer atividades particulares como:

- Práticas religiosas;
- Descanso; lazer;
- Estudo; alimentação;
- Atividades de relacionamento social;
- Higiene pessoal; e
- Troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca no local de trabalho.

O tempo que o empregado gasta da sua residência até a casa do empregador e do trabalho de volta para sua residência, independente do meio de transporte, também não serão computados na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.



Em derradeiro, a Lei nº 150/2015, em seu art. 12, estabelece que o empregador faça o controle de ponto do seu empregado, por qualquer meio manual, através da folha de ponto, registrando sempre os horários de entrada, intervalo e saída.

## 5 CONCLUSÃO

Dado ao exposto, percebe-se que a Lei nº13.467/17, conhecida como a Reforma Trabalhista, modificou as relações de trabalho em todo o território nacional, atingindo as mais diversas profissões, assim como a estudada nesse trabalho, mesmo que de maneira menos impactante. Dessa maneira, tanto o empregado doméstico quanto o empregador tiveram que se adaptar às mudanças promovidas pela referida lei

Sendo assim, o presente trabalho foi de suma importância para que se entenda mais sobre a respectiva profissão que foi objeto desse artigo científico, trazendo, inicialmente, o contexto histórico que circundou emprego doméstico, muito comum atualmente, assim como a sua evolução legislativa que andou a passos lentos.

Assim, fora abordada a situação jurídica que a regulamentação através da LC 150/2015 trouxe aos vínculos empregatícios dos empregados domésticos em território nacional, bem como breves comentário acerca da Emenda Constitucional n. 73 de 2013, que veio a efetivar 16 novos direitos que posteriormente foram regulamentados pela referida Lei Complementar.

Além disso, o artigo trouxe, de forma detalhada, as consequências que a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) trouxe para a classe dos empregados domésticos, que, assim como as mais diversas categorias, foram afetados.

Por fim, o foco principal do trabalho foi analisar a legislação que trata sobre os empregados domésticos e quais foram as mudanças sofridas em decorrência da Reforma Trabalhista, tendo o estudo contribuído para que melhor se entenda os direitos modificados dessa categoria.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nathália. **HISTÓRICO LEGISLATIVO DO TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL.** Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49104/historico-legislativo-do-trabalho-domestico-no-brasil>. Acesso em: 29/11/19

BISPO, Nataly. **OS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS APÓS A REFORMA TRABALHISTA.** Oitchaublog, 2019. Disponível em: <https://www.oitchau.com.br/blog/direitos-trabalhistas-da-domestica-apos-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 30/11/19

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

BRASIL. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 06/10/2022

CARDOSO, Bruno. **COMO A REFORMA TRABALHISTA IRÁ AFETAR OS EMPREGADOS DOMÉSTICOS?**. Jus, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61278/como-a-reforma-trabalhista-ira-afetar-os-empregados-domesticos>. Acesso em: 30/11/19

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

FREITAS, Christiano Abelardo Fagundes; DA SILVA PAIVA, Léa Cristina Barboza. **Os Reflexos da Reforma Trabalhista para o Empregado Doméstico**. LTr Editora, 2019.

FUTEMA, Fabiana. **REFORMA TRABALHISTA AFETA PARCIALMENTE EMPREGO DOMÉSTICO**. Veja Abril, 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/reforma-trabalhista-afeta-parcialmente-emprego-domestico/>. Acesso em: 30/11/19

GOMES, Matheus Kenzo Nishi. **Lei especial do empregado doméstico e a reforma trabalhista**. 2017.

GOMES, Matheus Kenzo Nishi. **Lei especial do empregado doméstico e a reforma trabalhista**. 2017. Disponível em: <https://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/485>. Acesso em: 29/09/2022

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEOLINA, Christiane; NEWTON, José; IGNEZ, Maria; ANDRAD, Vanessa. **O TRABALHO DE EMPREGADA DOMÉSTICA E SEUS IMPACTOS NA SUBJETIVIDADE**. PEPSIC, 2017. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1677-11682017000100028](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682017000100028). Acesso em: 29/11/19

**REFORMA TRABALHISTA: MUDANÇA NO TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR DOMÉSTICO**. Dméstica Legal, 2018. Disponível em:

<https://www.domesticalegal.com.br/reforma-trabalhista-mudanca-no-tempo-a-disposicao-do-empregador-domestico/>. Acesso em: 30/11/19

SILVA, Dayane. **TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL: OS AVANÇOS TRAZIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR 150/15.** Jus, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40811/trabalho-domestico-no-brasil-os-avancos-trazidos-pela-lei-complementar-150-15>. Acesso em: 29/09/2022

## MESSIANISMO POLÍTICO: A IDOLATRIA DE UM AGLOMERADO POPULACIONAL À UM SUPREMO CHEFE POPULAR

**PATRICK JORDAN FEITOZA BARROS:**  
Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

MAÍRA BOGO BRUNO<sup>67</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** O seguinte artigo científico aborda sobre o messianismo político, isto é, a veneração de um corpo social por um líder de grande presença carismática cujo promete diversos comprometimentos, os quais são acolhidos pelos adeptos. O objetivo se aplica a verificar como o messianismo político desfalece os preceitos democráticos materiais, bem como, cega a visão cidadã em meio a ordem coletiva. Para tanto, utiliza o método dedutivo, com pesquisa exploratória bibliográfica e documental, de cunho qualitativo, para, através do uso de livros, artigos e notícias de origem nacional e internacional apresentar os governos brasileiro e estadunidense, com propósito de analisar as semelhanças contidas, apresentando os antecedentes que procederão suas opções e como este administram suas respectivas. O resultado procede que o messianismo político afeta a democracia em sua mais integral estabilidade, promovendo trazer uma instável e caótica fase institucional capaz de atingir Estado e coletividade, principalmente se todo este capaz é habilitado por causa de seu líder.

**Palavras-chave:** Ideologia; População; Democracia; Imagem; indivíduo.

**ABSTRACT:** The following scientific article deals with political messianism, that is, the veneration of a social body by a leader of great charismatic presence who promises several commitments, which are welcomed by the adepts. The objective applies as political messianism weakens the material democratic precepts as well as blinds the citizen's vision in the midst of the collective order being in which it uses the bibliographic exploratory method of qualitative nature through the use of books, articles and news of national and international origin at the same time. present the Brazilian and American governments with the purpose of analyzing the similarities contained, presenting the background that will proceed their options and how they manage their respective ones. The result is that political messianism affects democracy in its most integral stability, promoting an unstable and chaotic institutional phase capable of reaching the State and collectivity, especially if all this capable is enabled because of its leader.

---

<sup>67</sup> Mestra em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

**Keywords:** Ideology; Population; Democracy; Image; Individual

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a presença do messianismo político em uma estrutura democrática já estabilizada. O messianismo político se baseia, de acordo com o filósofo italiano Antônio Cimino, na junção da esfera teológica com a esfera governamental que, segundo ele, a origem decorreu das cartas paulinas bíblicas e influenciou os demais documentos legais presentes no Ocidente, entretanto, com o passar dos anos, outro fenômeno regente chamado populismo mudou completamente o sentido daquele termo. Agora, pode-se considerar a influência de um líder popular em grande aglomerado populacional, sendo que essa coletividade segue esse líder de acordo com os seus "mandamentos", mesmo antes ou depois da conquista presidencial.

Diante disso, o principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é: o messianismo político oferece ameaça direta a própria democracia? Tendo em vista, as figuras, cujo em sua maioria, na atualidade, são tratadas como um protótipo da segunda vinda messiânica e possuem massas populares na palma de suas mãos alimentando seus mais profundos egos e propagando seus pensamentos alarmantes são capazes de desestabilizar a governos liberais, uma vez já estabilizados e suspende o pensamento coletivo da população, transformando-o em singular.

Esta pesquisa se justifica no meio acadêmico pelo fato de que durante os últimos anos, especialmente durante a pandemia da Síndrome Respiratória Aguda do Coronavírus (SARS-CoV-2), mas conhecida mundialmente como COVID-19, diversos líderes de transcendência popular têm cometido atos que transgredem os preceitos constitucionais. Além de "manipular" a mentalidade individual, fazendo o indivíduo repulsar as opiniões da coletividade a sua volta e se comportar mediante as ordens e descrições atribuídas aos regentes populares invés de seguir a autoridade liberal. Justifica-se, ainda, no âmbito social, em função da democracia servir como o bastião que controla, julga e ordena a sociedade, definindo vários países dessa natureza, *verbi gratia*, Estados Unidos e Brasil, exemplos de liberdade, igualdade, fraternidade a serem seguidos mundo afora.

O objetivo geral do trabalho é verificar se o messianismo político popular transgredem os pilares fundamentais da liberdade coletiva presentes, tal qual cega a visão cidadã liberal, por influenciar seus pensamentos e ações com atitudes extremas. Enquanto os objetivos específicos são: (i) mostrar, na perspectiva governamental norte-americana e brasileira, como a política sagrada abre a transição do ponto de vista individual democrático para um autoritário, cujo enfraquece os direitos constitucionais da individualidade livre; (ii) explicar como o messianismo político influencia a pregação de parâmetros contrários à Carta Magna de ambos os países praticados pelo indivíduo e pela

figura central a qual aquele adere; (iii) mostrar o porquê confiar em um agente popular, visto apenas por seu comportamento e palavras, move o Estado para um ciclo de incertezas gerando a possibilidade de instabilidade severa.

Para alcançar os objetivos propostos, a presente pesquisa utiliza a metodologia exploratória bibliográfica e documental de cunho qualitativo, o método dedutivo, com linhas teóricas contemporâneas de David Cay Johnston à arcaicas como Montesquieu, sendo utilizado também pensamentos ilustrados em artigos internacionais.

O primeiro capítulo trata sobre objeto conceitual referente ao messianismo político com fim de desenhar a origem de tal termo para entendimento tardio. O segundo capítulo aborda a ideologia recente estadunidense sobre o governo de Donald Trump e sua influência posterior e anterior à presidência, como também os eventos acontecidos durante esse período. O terceiro capítulo aborda a ideologia brasileira sobre o governo de Jair Bolsonaro, com os acontecimentos originários a sua explosiva ascensão e os episódios fatuais no decurso da sua presidência. O quarto capítulo aborda sobre o impacto da política santa inserida na redoma institucional democrática, principalmente sua influência contra esta fundação, igualmente aos movimentos e contextos intelectuais mediante tal assunto.

O resultado a ser apresentado na presente pesquisa decorre de que o messianismo político representa o desfalecimento democrático estatal e individual presentes em determinado território, sendo capaz de proliferar a caótica autocracia distribuída pela vontade de governar sem amarras.

## **2 PANORAMA CONCEITUAL SOBRE MESSIANISMO POLÍTICO**

Pode se ter certeza de uma coisa, a evolução global desde os tempos primitivos, testemunhou o nascimento de culturas, construção de monstruosos preceitos legais e a proliferação dos costumes entre povos continentes afora, a tal ponto de que isto moldou a caracterização da globalização contemporânea. Com base nesta afirmação é mister dizer que várias esferas da sociedade progrediram a partir da necessidade humana de expandir não somente sua humanidade visionária, mas também garantir a sua sobrevivência e dos coletivos a sua volta, *verbi gratia*, a agricultura cujo suas raízes primais foram desenvolvidas e melhoradas por populações árabes, asiáticas, entre outras; a filosofia, onde por meio das questões transcendentais propostas por Aristóteles, Platão e Sócrates o indivíduo começou a perguntar o que é o universo e a si mesmo; a escrita, em base do sistema de escrita cuneiforme sumério palavras determinaram o destino de múltiplas civilizações do passado, presente e futuro etc. (MERRIAM-WEBSTER, 2022).

Entretanto, cabe destacar, duas redomas importantes para caracterizar o ser humano social: a religião e a política. A religião se caracteriza primordialmente a partir da crença e adoração por um suposto ser de suprema presença sobrenatural, por parte disto



existe inúmeras socioculturais redomas com costumes, éticas, códigos morais e organizações baseadas nesse princípio, entre os quais se permeiam, por exemplo, o hinduísmo, cristianismo e o islamismo. Assim também existe a política a qual se baseia em um conjunto de decisões conjuntas em grupos ou por autoridades de hierarquia máxima capazes em controle de um determinado corpo estatal, determinando diversas formas de governo conhecidas até os tempos atuais. (MERRIAM-WEBSTER, 2022).

Embora sejam duas instituições completamente diferenciadas uma da outra, ambas possuem similaridades, por parte tanto histórica quanto sociológica, espalhadas durante a história humana ao ponto de que ambas se emergiram em um tipo concreto chamado Messianismo Político. O filósofo italiano Antonio Cimino apresenta essa concepção como a inserção das ideologias religiosas com as esferas legislativas sociais, citando um importante *dramatis personae* das Escrituras Sagradas: o Apóstolo Paulo. Cimino apresenta esta concepção em seu artigo-análise sobre a obra de Giorgio Agamben "*O Tempo Que Resta*" (The Time That Remains), em que examina a influência das cartas paulinas como os pilares sagrados do Ocidente, onde transcreve que Agamben gera uma intrínseca concepção, introduzindo noções políticas de exceção e a relação de Paulo com a normas pentecostais legítimas, levantando a existência da estrutura paulina encontrada em documentos não cristãos, impondo uma catártica comparação entre princípios sagrados da Bíblia com ideais revolucionárias de Karl Marx, criando então a distinção entre o indivíduo com sua própria condição social e implicando a nulificação jurídico-factual. Para Cinimo, o Messianismo Paulino não destrói os precedentes estatais, mas pelo contrário, estes estão filtrados e aceitados pelos ideais cristãos (*klesis*) por meio do termo grego *Hos me* ("Como não" em tradução portuguesa). (CINIMO, 2016).

Contudo, leva-se em consideração que esta noção também significa a expectativa, adoração e esperança de um aglomerado populacional por uma figura de enorme simpatia cujo representa a total resolução de todos os problemas enfrentados por aquele determinado corpo social, outrora, também conhecido como populismo. Este movimento apresenta aquela figura carismática como uma alto-proclamada representante da sociedade, apoia diversos grupos não privilegiados e se diz contra uma determinada casta elítica ou um governo cujo carrega mágoas devido desapontamento, corrupção etc. (SKOLKAY, 2000)

O intelectual e autor eslovaco Andrej Skolkay em seu artigo "Populismo na Europa Centro-Oriental" (*Populism in Central Eastern Europe*) oferece detalhes importantes sobre a corrente populista, transcrevendo o seguinte:

Populismo claramente divide a sociedade em dois grupos, aqueles a favor ou aqueles contra o líder. Populismo rejeita a violenta

revolução. É baseado no apoio popular e respeita os critérios básicos da democracia, incluindo o mercado econômico, mas no fim o líder carismático através da estrutura de um partido estatal subjugado tem um importante papel aqui. Em contraste com ideologias existentes, o populismo rejeita todas as elas como insuficientes para aquela particular sociedade e tenta encontrar a sua própria concepção. (SKOLKAY, 2000, p.3, tradução nossa).

Essa nova concepção se trataria da luta e da libertação pró popular contra os estabelecidos ideais e valores já inseridos na sociedade, os quais cercam este aglomerado, impedindo, teoricamente, o progresso, desenvolvimento e livre arbitrio, resumindo, isso é basicamente a “pura população” *versus* a “impura elite”. Por conta disso, existe o clamor para devida existência de um personagem não advindo de uma determinada distinção etilista e tenha uma vida fora dos preceitos governamentais estabelecidos para a escolha de um novo líder político, o qual será visto como a única fonte de salvação para as problemáticas enfrentadas. (MUDDLE, 2004).

Contribuindo com a concepção já proferida, nos próximos dois capítulos, sem qualquer inclinação partidária em agredir ou danificar a identidade desta natureza, será apresentado os governos recentes cujo se atribuem dessa persona político sagrada. A eito, será analisada a ascensão presidencial de uma das mais controversas figuras norte-americanas e globais dos últimos anos, sendo capaz de desestabilizar o país de maior influência continental, simplesmente por querer fazê-lo retornar a sua origem branca novamente.

### **3 IDEOLOGIA POLÍTICA ESTADUNIDENSE**

Em 2016 ocorreram nos Estados Unidos da América a quinquagésima-oitava eleição presidencial entre a posterior Secretaria de Estado e Primeira-Dama Hilary Clinton, pelo Partido Democrata, contra o empresário e influente Donald Trump, pelo Partido Republicano. Clinton possuía uma vantagem absoluta, não somente nas pesquisas regionais ou apoio populacional como também tinha a admiração do então chefe de Estado Barack Obama, que o enfrentou durante as eleições primárias democratas em 2008. (POLITICO, 2016).

Trump, por sua vez, era apenas um novato naquele período no quesito eleitoral tendo nunca qualquer membro familiar participado de tal ato solene. Entretanto, como um magnata que herda mais 3 bilhões de dólares em investimentos, acordos negociais e fundos financeiros, pode-se afirmar o enraizamento monetário, infraestrutural e até cultural influenciado pelo mesmo, isto é, Trump faz parte da ascendência global norte americana no mercado de negócios apoiado pelo mundialmente conhecido termo “American Way Of Life” (Estilo de Vida Americano). (Forbes, 2021)

Entretanto, por causa de inúmeros escândalos, comentários ácidos por meio tanto do Twitter quanto aparições públicas e seus métodos ortodoxos, caracterizados por veículos midiáticos a tais pueris, sua figura pública tornou-se manchada interna e externamente ao ponto de seus críticos mais rigorosos transcreverem sua queda mesmo antes do início da sua designação oficial à presidência. Apesar disso, em 8 de novembro de 2016, Trump assombrou o mundo ao vencer as eleições com 306 votos (Vencendo em 31 estados cujo funcionam como zonas eleitorais e cada uma possui uma pontuação diferente caso haja uma vitória onde ao total o número máximo deve ser 270) contra 232 ligados a Clinton, resultado que proclamou aquele como quadragésimo-quinto líder presidencial e silenciando a maioria de seus indagadores nacionais assim como internacionais. (NYTIMES, 2016).

Durante a campanha presidencial e seus quatro anos na presidência estadunidense, o republicano arrecadou um estagnante número de seguidores, não somente pela esfera midiática social, mas também nacional, de classe trabalhadora de maioria branca. De acordo com o cientista político americano Alan I. Abramowitz, em seu livro "O Grande Alinhamento: Raça, Transformação Partidária e a Ascensão de Donald Trump" (*The Great Alignment: Race, Party Transformation, and the Rise of Donald Trump*), 57% a 37% de eleitores brancos e 51% a 44% sem educação superior votaram no futuro regente. Parte dessa decisão se dá pela divisão gregária causada pelo Governo Obama durante os seus oito anos governamentais do qual teve prioridade de beneficiar minoridades étnicas, comunidades LGBTQIA+, cidadãos com níveis de escolaridade elevado etc., entretanto, por outro lado, uma outra casta coletiva, composta principalmente por religiosos conservadores e pessoas de origem caucasiana que moram em zonas rurais ou em pequenas cidades, se sentiu ameaçada de perder cargos, funções ou até mesmo influência econômica. (ABRAMOWITZ, 2018).

Sobre o perfil dos eleitores de Trump, Abramowitz também transcorreu o seguinte pensamento:

É claro que o ardente apavoramento racial e ressentimento foram um elemento central da estratégia de Trump durante as Eleições Republicanas Preliminares em 2016. Seu slogan de campanha "*Faça a América Excelente Novamente*" (*Make The America Great Again*), caligrafada em seu sempre presente boné, claramente sugeriu muito mais do que trazer de volta empregos manufaturados perdidos. Isso também sinalizou aos seus eleitores a possibilidade de voltar no tempo, quando pessoas caucasoides mantinham uma dominante posição na sociedade americana. (ABRAMOWITZ, 2018, p., 114, tradução nossa).

Claramente o crescimento do realinhamento do sistema partidário e eleitoral norte americano da classe trabalhadora branca vem desde os anos 60, tendo refletido homogeneamente no estilo de vida cultural, em virtude da cisma entre o tardio desaparecimento da majoritária alabastrina e o frenético aumento da minoridade alienígena deste microssistema, ou seja, a presença de negros, asiáticos ou mulçumanos permitiu à parcela republicana e democrata adotar princípios, brancamente falando, igualitários, sem qualquer envolvimento de qualquer parte *persona non grata*. (ABRAMOWITZ; MCCOY. 2019). Quanto ao neoconservadorismo, este começava a ditar suas regras, ligadas diretamente com valores cristãos na década de 70 e 80 e ao inflexível apelo ao patriotismo e ao bem-estar econômico, a política americana apresentava ser o berço da “pura” deontologia capitalista. (ORTUNES, 2013).

Não obstante a chegada de Barack Obama como o primeiro presidente afro-americano em 2008, cujo representou um divisor de águas para coletividades radicalizadas vítimas de discriminação, além de mudar o *status quo* daquela sistemática, decepcionou muitos dos abonados pela era pós racial findada no passado. Com isso, gerou-se um sentimento de animosidade étnica prejudicial, mobilizada por conservadores, evangélicos e pessoas brancas enraivecidas, no então chamado movimento Partidário do Chá (Tea Party movement); protestando principalmente contra a distribuição injusta de programas sociais filantrópicos em maior quantidade e qualidade para indivíduos marginalizados, enquanto colocava a população nascida na América em segundo plano. (WILLIMSOM, SKOCPOL, COGGIN. 2011).

Donald Trump usou sabiamente esta retórica, por meio de uma polarizante e ácida cruzada eleitoral, destinada aos “verdadeiros americanos” cujo sonhavam em retornar aos idealizados períodos nutridos de alta estabilidade industrial, em que estavam na direção patriarcal de seu local de labor e de suas famílias, ao contrário de minorias sociais, imigrantes e elites liberais que transformaram os Estados Unidos em uma carnificina, ao ponto de separar ideologicamente ambos os lados com o termos “nós” (Us) e “eles” (Them). (ABRAMOWITZ; MCCOY. 2019). Os “verdadeiros americanos” pregavam eloquentes e radicais discursos intrincados a expansão nativista individual norte americana, ordenando o retorno da imagem imaculada manchada pelo desequilíbrio sistêmico causado por aristocracias fina-flor e plebe de primavera alienígena. (LACATUS, 2020).

Por exemplo, as famosas promessas eleitorais de Trump, destinadas a detergir a plenitude da Terra da Oportunidade, que objetivavam cortar taxas corporativas, mover gastos direcionados ao setor militar, reconstruir a infraestrutura pátria, banir imigrantes ilegais, tal qual mulçumanos, construir um muro na fronteira com o México e a introdução de atos de tortura na caserna (BBC, 2020); da mesma forma em sua compulsiva utilização do Twitter, compartilhando não somente sua polêmica opinião pessoal, mas também, falsas informações (fake news) para expedir acusações pessoais, construir fatos alternativos

e garantir mais votos. Sendo estes e demais fatores mencionados anteriormente decisivos para garantir sua presidência. (HUNTER DAVIS, SINNREICH. 2020).

Durante os quatro anos de presidência, entretanto, ficou claro o porquê de variados números de pessoas, mídias sociais e opinantes públicos cosmopolitas se referirem a ele como um homem de imaturidade no nível de um pubescente, com atitude impulsiva, quase nenhuma atenção espacial e possuidor de um temperamento fumegante. É dessa maneira a qual David Cay Johnston, em seu livro *“É Ainda Pior Do Que Você Pensa: O Que A Administração Trump Está Fazendo À América”* (It's Even Worse Than You Think: What the Trump Administration Is Doing to America), translada na seguinte informação:

A governação Trump é sobre Trump. Fim. Ponto Final. Ele fala tão dele mesmo toda a hora, mas porque ele mistura isto com mensagens orais de como ele preza todo mundo e quão grandiosa incumbência será realizada, fazendo cujo muitos americanos acreditarem nele estar naquela situação junto com eles até mesmo se ele está nesse cenário a si próprio. Contundo ouvindo-o em uma rebatedora e atenciosa guisa, tornará claro a maneira na qual Trump vangloria-se que sua designação laborativa gira em torno de sua pessoa, de o quanto superior ele é, o quanto gigante as multidões são, o quanto bom as suas habilidades de negociação são, o quanto a sua autoridade pode principiar uma guerra nuclear, quantos rastros de súplicas excessivas durante a diligência eleitoral seria ele capaz de fazer. Trump está desesperado para outros encherem o seu próprio vazio interno. Possuindo uma infeliz necessidade de atenção, e preferencialmente, por adoração pública. (CAY JOHNSTON, 2018. p. 10, tradução nossa)

Sim, Trump conseguiu realizar alguns dos comprometimentos ditos por sua parte, tais como: mover da embaixada estadunidense de Tel Aviv para Jerusalém em 2018; a retirada do país do Acordo Climático de Paris em 2017; importante encontro com o governante norte-coreano Kim Jong-un; são apenas pequenas amostras dentro de uma série de realizações. (MILLER CENTER, 2022). Mas, por causa de sua conduta não democrática, preocupada em maximalizar a imagem de salvador, invés de proteger as filosofias antiautoritárias erguidas por passados presidentes; da torrente de desinformações proferidas tanto de origem verbal quanto de exordia online, promovendo distorções esclarecedoras, caos social; das inúmeras infrações constitucionais, por exemplo, abuso de poder e obstrução do Congresso. (REUTERS, 2020), para intuítos pessoais; Trump ganhou uma péssima reputação em sua própria Terra Natal e na esfera mundial, ao ponto



de ser o único representante presidencial estadunidense a ser alvo de Impeachment duas vezes. (NYTIMES, 2020).

Sem embargo, Trump mantinha um imparável contingente de partidários apologistas das ações tomadas por ele, acreditando nas pregações apresentadas como “reais”. Estes, preparados especialmente para qualquer ato de extremo radicalismo em caso de proteção da integridade “supremamente branca”, perpetuada por gerações visionadas unilateralmente por seus antepassados. Seus atos elevaram a violência, ao propagar o nacionalismo baseado em figuras controversas do passado americano, *verbi gratia*, o general confederado Robert E. Lee, que durante os distúrbios de Charlottesville em Virginia em 2017, causados por suprematistas brancos, cujo a um certo ponto chegaram a marchar com tochas ateadas em fogo em suas mãos dentro de uma universidade local, retomando as cenas da polêmica e racista película de D. W. Griffith *“O Nascimento de Uma Nação”* (The Birth of a Nation) de 1915 (VON DAACK, 2019); chegaram também a lançar um carro em alta velocidade em direção a uma multidão de pacíficos protestantes, resultando em uma morte e dúzias de feridos. (TIME, 2017). O então presidente chegou a mencionar a desordem, por televisão, como um horrendo exibicionismo de ódio, hostilidade e violência por todos os lados, no entanto o senador de Oregon Ron Wyden transcreveu por meio do Twitter o seguinte: *“O que ocorreu em Charlottesville é terrorismo doméstico. As Palavras do Presidente somente servem com intuito de oferecer amparo para fastios atos”*. (TIME, 2017).

Porém, pode-se dizer que o ápice que causou não somente o apocalíptico caos em toda a nação, mas similarmente o ato solene decadencial da presidência de Donald Trump, sucede-se com a chegada da pandemia do COVID-19 (SARS-CoV-2), onde ele não seguiu as primeiras palavras estendidas na constituição americana:

Nós, o povo dos Estados Unidos, em Ordem de formar a mais perfeita União, prover para defesa comum, promover o Bem-Estar, e assegurar as Bênçãos da Liberdade para nós mesmos e nossa Posteridade, iremos ordenar e estabelecer essa Constituição dos Estados Unidos da América. (EUA, [2022], p. 1. Tradução nossa.)

Basicamente, o presidente não adotou as diretrizes constitucionais ao ignorar uma doença que já era combatida por diversos países, inclusive pela nação zero do contágio – China, bem como, a Organização Mundial da Saúde (OMS). Essa omissiva, ajuntada ao desmazelo com os iniciais cuidados sanitários, a proliferação de Fake News, não acurados dados públicos e a preferência de conhecimento comum avesso à ciência, causou a morte de mais de, até a data da construção desse artigo, 1,036,949 americanos. (WHO, 2022). Além disso, Trump não se importou com a fatal longitude da situação ao declinar o isolamento imediato daqueles diagnosticados positivamente com a doença (Lockdown) e garantindo uma falsa sensação de segurança ao proliferar suas “verdadeiras informações”,



proclamando os seguintes dizeres: *“Nós temos essa situação totalmente sobre controle. Isso é apenas uma pessoa vindo da China. Tudo ficará bem”*; *“Os quinze (casos dentro dos EUA) dentro de um par de dias serão reduzidos a zero”*; *“Eu não tenho responsabilidade disso de qualquer forma”*. (DOGGET, 2022, tradução nossa).

Como não bastasse, foi nesse caótico período de lei e ordem que ocorreram algumas apoteóticas conjunturas ligadas à sua queda: O inumano assassinato de George Floyd, responsável por gerar um verdadeiro movimento global por igualdade racial contra violência, que colocou os Estados Unidos em um dos piores distúrbios sociais em sua história. Em meio a esta conjuntura, Trump visita a histórica igreja de Saint John, perto da Casa Branca, onde foi fotografado segurando uma Bíblia na mão direita, cigindo por seus oficiais, logo após os comentários inflamatórios sobre os protestos nacionais ligados ao assassinio de Floyd. (MASON, 2020). Além disso, o infame ataque ao Capitólio em Washington D.C., no qual uma gigantesca multidão de apoiadores, incentivada pelo próprio presidente republicano, marchou contra o edifício público na tentativa de impedir a certificação presidencial do atual presidente Joe Biden cujo foi eleito 2020. Esta eleição foi considerada fraudada por Trump, levando muitos de seus adeptos a acreditarem nessa afirmação. (MASCARO; CLARE JALONICK, 2022).

Trump tentou reeleição em 2020 contra o recente presidente Joe Biden, contudo, com uma reputação já arruinada nacionalmente e internacionalmente pela controversa regência durante quatro anos no poder, não é difícil entender o porquê não conseguiu tal feito, perdendo para o candidato democrata de 232 para 306 votos. (CNN, 2020). O passado regente deixou a Casa Branca em 20 de janeiro de 2021 para o alívio de muitos e tristeza de muitos, todavia, até essa data, tanto pessoas comuns como figuras públicas renomadas se perguntam: Qual será o legado da presidência Trump?

Vale-se afirmar uma verdadeira indicação: Ele foi considerado um Messias popular para os seus adeptos. Sim, embora seja absurdamente ultrajante, Trump criou, por meio de sua autoproclamada ideologia política, ligada também com seu estilo de governo politicamente incorreto, um novo sistema ideológico chamado de Trumpismo. O léxico estrangeiro Definitions.net define a palavra tal e qual uma conservativa-neonacionalista de direita ou nacional-populista corrente com retóricas em democracias ocidentais. (DEFINITIONS.NET, 2022). Além disso, o professor emérito de sociologia da Universidade da Califórnia (UCLA) Ivan Light estabelece o ex-presidente na imagem de um messias secular, que emerge de qualquer pensamento no qual imagina uma figura “mitológica” capaz de salvar pessoas de um desastre eminente, fazendo os seus seguidores acreditarem nele ser um enviado de Deus capaz de inventar novas regras para reconstruir uma Nova Jerusalém. (LIGHT, 2021).

Trump será lembrado pelo seu desrespeito dos preceitos constitucionais legais norte-americanos, construídos a partir do conflitante passado desta nação, ao ensejar divisões sociais, bem como, agressividade da coletividade alienada trumpista em diversas direções, colocando em risco a vida de milhares de pessoas e a segurança democrática, em prol de colocar em prática uma utopia autoritária branca em meio de um Estado Democrático de Direito mundialmente reconhecido. (LOUGHNAN, 2020).

Seus destrutivos atos ainda estão repercutindo até hoje, com consequências que não afetam somente entidades ou corpos democráticos, mas também com pessoas que adotam essa forma populista radical, como seu modelo de poder governamental. (MOUNK, KYLE. 2018). Existem muitos líderes antigos e atuais dessa natureza: Desde Narendra Modi a Silvio Berlusconi; de Nicolás Maduro a Rodrigo Duterte, à Alberto Fujimori para Vladimir Putin. Entretanto, há um líder pertencente ao maior país da América do Sul cujo adota o Trumpismo muito antes de sua chegada à presidência, e bem à exemplo de sua contraparte ianque possui inúmeros atos e represamentos não ortodoxos ligados ao passado, presente e futuro. Logo abaixo, será transposto a não somente existência de tornar a América grande novamente, mas ao contrário, tornar o Brasil um mito finalmente.

#### **4 IDEOLOGIA POLÍTICA BRASILEIRA**

De acordo com o glossário estrangeiro Merrian Webster, o vocábulo mito significa, dentre as suas inúmeras definições: a) uma história usualmente tradicional de esplêndidos históricos eventos que serve para expandir a visão de mundo de um pessoa ou explicar práticas, crenças ou fenômenos naturais; b) um popular credo ou tradição no qual cresceu em volta de alguém ou alguma pessoa, especialmente, algo que incorpora os ideais, instituições ou segmentos da sociedade; c) uma distanciada ou falsa noção da realidade etc. (MERRIAM-WEBSTER, 2022). O termo mito é uma variação do lexema grego arcaico *muthos*, sendo que para os gregos ele foi usado sabiamente junto a poesia, história e filosofia, com fins de explicar o verídico princípio da criatura humana, bem como, do cosmos. Uma das mais famosas personalidades provindas da Grécia Antiga responsável por exercer essa forma de narrativa foi Platão, principalmente por romper as tradicionais lendas daquele período e inseri-las aos alegóricos moldes filosóficos. Livros como “A República” ou “Os Mitos de Platão” trazem não são somente histórias envoltas em acontecimentos que jamais ocorreram, mas neles prevalecem os argumentos morais personativos em tornar um corpo coletivo um lugar melhor ou então desenvolver, por meio da imagem metafórica, o senso de valor e moralidade tão escassos em nosso mundo. (PARTENIE, 2009).

Embora tenha sua origem enraizada em solos gregos, o mito existe em diversas partes do globo terrestre na significância de homens, animais ou seres de cunho sobrenatural. Esses personagens possuem sentidos históricos que tendem a explicar inúmeros valores morais neles presentes. Estes intrínsecos e complexos contos expandem

o conhecimento do bem e do mau através da expansão generacional das incontáveis culturas viventes nesse globo. (WILKINSON, PHILIP, 2007).

No Brasil, isso não é diferente. Figuras mitológicas como o Saci-pererê, Boitatá e Irara são representação da cultura brasileira, isto é, a celebração popular coletiva das crenças que definem a *sui generis* identidade tupiniquim, ao ponto de seus ímpares anais serem cerne da diversificação da deontologia valorativa, mesmo se elas são naturalmente intangíveis. (EELLS, 1917). Apesar disso, nos últimos anos uma lenda foi capaz de tornar o incorpóreo em palpável, mudar o coletivo para o singular, transformar o pátrio em nacionalismo radical. O nome de dessa fábula se chama Jair Messias Bolsonaro, talvez um dos mais polêmicos líderes da embaraçada estirpe brasileira, simplesmente por tentar reescrever a história do país através de atitudes não convencionais, apoiadas em dizeres de natureza radical, em prol de livrar o país da “consciência vermelha”, presente a vários períodos no território brasileiro. O cerne de tudo isso começou em 2014. (DE ALMEIDA, 2019).

Naquela época houve, excluindo a Copa do Mundo, o início da Operação Lava Jato: Intervenção feita pela Polícia Federal designada para desencavar um gigantesco escândalo de corrupção envolvendo desde pequenos negócios até a alta hierarquia da empresa comerciante de petróleo multibilionária Petrobrás. O resultado se concebeu ainda maior, já que descobriu-se o envolvimento de diversas companhias de construção, escavação ou refinarias, cujos serviços foram excessivamente pagos, através de contratos em que se poderia compartilhar de 1% a 5%, negociais, em fundos secretos, que acabaram sendo usados em campanhas políticas, luxuosos carros, garrafas de vinho caras etc.; pagando, além disso, foram pagos mais de 2 de bilhões de suborno em pagamentos viciais à Petrobras; 3,3 bilhões de gratificação para empresas, contabilizando mais de 1000 políticos, 16 companhias, 50 deputados e 4 “recém-formados” presidentes envolvidos. (THE GUARDIAN, 2017).

Mais tarde, foi descoberto que a organização partidária política Partido dos Trabalhadores (PT) teve uma figura-central no diagrama criminal, onde diversas pessoas em contato da agremiação tiveram seus nomes correlacionados ao ato ilícito, inclusive o posterior presidente da república – Luís Inácio Lula da Silva (apontado como figura chave do esquema criminoso ao usar dinheiro desviado de bens monetários reconfigurado como propina para relações ilícitas) e a regente daquele período Dilma Rousseff (uma das relações ilícitas apontadas pela Polícia Federal foi o marketing eleitoral da candidata). O caso causou repulsa aos olhos da nação, em virtude deste deixá-la em uma severa crise econômica, que levou a população Brasileira a culpar a chapa petista e os seus membros pelos desvios, bem como, pedir o impeachment da presidente Dilma Rousseff e a prisão

do passado governante Lula, sendo que os dois eventos requeridos se tornaram realidade. (DE ALMEIDA, 2019).

Nesse meio tempo, a imagem de Jair Bolsonaro começava a subir meteoricamente. O motivo se dá principalmente por um Brasil pós-Partido dos Trabalhadores, onde o sentimento de angustiante cólera, como também a visão de muitos da deterioração de um pilar democrático implantado desde 1930, depois de 13 anos de corrupção, implicou na divisão popular daqueles a favor da coligação laborista (extrema esquerda) e daqueles em prol da soberania popular constitutiva na Constituição Federal de 1988 (extrema direita). (CHAGAS- BASTOS, 2019).

Para o professor de ciência política da Universidade High Point em Carolina do Norte, Estados Unidos, Mark Setzler, o caótico e aversivo sistemático governamental de esquerda, vivenciado claramente, avolumou a busca populacional majoritária ideológica, bem como partidária, enfatizando uma necessária mudança para a forma de pensamento nacionalista de direita, sendo no qual este evento aconteceu muito antes das eleições presidências de 2018. (SETZLER, 2021).

Bolsonaro, com uma carreira que se espalha desde seu capitaneio nas forças armadas até a sua desconhecida estadia na política pública do Rio de Janeiro, desde os anos 90, o qual era um completo incógnito antes de 2018, tornou-se um autêntico milagre para a maioria da população brasileira, por causa de uma persona própria que diz obter uma visão pentecostal de direita apoiada na persona prescrita em ser inculpável e incorruptível (WEBBER, 2020). Além disso, o militarismo passado, que ele carrega em nome próprio juntamente ao apelo cultural popular, arrecadou o coração de conservadores, cidadãos de origem rural e correligionários, ancorados na prática autoritária da lei, especialmente, fez com que ele ganhasse influente apoio no Brasil posterior a Operação Lava Jato. (CRISIS GROUP, 2022). Entretanto, para renomados veículos de mídia, por exemplo, BBC e The Guardian, Bolsonaro possui uma retórica racista e misógina, intercalada contra minorias presentes em localidades brasileiras, aliados a declarações verborrágicas patrióticas, bem como, o frequente entusiasmo referente a Ditadura Militar, de preferência, aos militares acusados de utilizar torturas durante este período. (WEBBER, 2020).

Tais críticas geraram inúmeras comparações, há nada mais nada que o presidente norte-americano Donald Trump, chamando-o de "Tropical Trump" (SETZLER, 2021). Entretanto, os severos pareceres não foram suficientes para impedir a vitória de Bolsonaro nas eleições brasileiras de 2018, com 55% de votos em oposição a, escolhido pessoalmente por Lula, Fernando Haddad apresentando mais de 45% de votos no segundo turno. (CHAGAS- BASTOS, 2019).

Clóvis Saint-Clair em seu livro "*Bolsonaro: O homem que peitou o exército e desafia a democracia*" transcreve como o sentimento antipetista, as redes sociais e a singularidade contrariamente política foram cruciais para a ascensão de Bolsonaro:

Os temas em torno da figura de Bolsonaro eram todos, na essência, contrários ao establishment, com maior ênfase na rejeição total à classe política, seja alinhada à esquerda, seja alinhada aos núcleos tradicionais da direita no Brasil. Essa rejeição às instituições políticas do Executivo e do Legislativo, nas esferas sobretudo federal e estadual, demarcava a substituição do PSDB como dono das bandeiras da direita e da centro-direita no processo eleitoral. Depois da eleição de Dilma Rousseff em 2014, era Bolsonaro quem capitalizava o combate à corrupção, a defesa da Lava-Jato e do endurecimento nas ações policiais e militares contra a violência cotidiana. Ou seja: a retórica da "nova direita" encampada por Bolsonaro se sustentava, principalmente, a partir da segurança pública, da defesa da ética na política, na valorização de bandeiras conservadoras no comportamento social, e negação dos movimentos de promoção de minorias. Assim, em muitos aspectos, a ascensão de Bolsonaro nas redes sociais passou a responder à emergência de um núcleo político que, capitalizado pela militância, procurava se fazer antítese do petismo e, de quebra, contrariar os consensos que o PT compartilhava com as forças políticas do centro. Por exemplo, o apoio às operações de combate à corrupção, que atingiram todas as legendas que estiveram no poder desde a redemocratização, e à oposição a demandas de natureza comportamental: legitimidade do casamento gay, o aborto e a descriminalização das drogas. Com o aumento do apoio a Bolsonaro, que demonstrou saber ler melhor as dinâmicas das redes sociais que outros núcleos da direita e da centro-direita, estes precisaram inclusive endireitar-se, para se adaptar aos valores propagados e apoiados pelos fãs do deputado. (SAINT-CLAIR, 2018. p,153)

Contudo, os primeiros dias de governo de Bolsonaro não foram pacíficos por causa de conflitos internos na associação regimental política ao qual era associado (Partido Social Liberal - PSL) ou pelo próprio regente e os seus apoiadores. Dentre eles, se destacam áudios vazados via WhatsApp, demonstrando a insatisfação contra o transato Chefe de Gabinete Gustavo Bebbiano, acusando-o de estabelecer uma "crise" dentro do partido político; o compartilhamento de vídeos de conteúdo explícito durante a temporada de Carnaval; a publicação de divulgações escritas nas redes sociais compromissadas com



assuntos antidemocráticos por parte do regente e dos seus filhos etc. (CHAGAS- BASTOS, 2019).

Entretanto, nada chega aos pés do controle governamental durante a pandemia do Covid-19 (SARS-CoV-2), cujo proporcionou ao Brasil estar entre um dos países com maior índice de infecções ou mortes, por meses, durante o apavorante decurso pandêmico. O primeiro caso registrado da doença no território tupiniquim se confirmou em 26 de fevereiro de 2020, apesar disso, como a enfermidade já apresentava níveis alarmantes de preocupação em diversos países, inclusive na Organização Mundial da Saúde (OMS), foi instaurado então uma medida de proteção sanitária prévia, apenas em 3 de setembro do mesmo ano, pelo Ministério da Saúde. (BURNI, TAMAKI, 2021).

Bolsonaro, no entanto, veio a público inúmeras vezes pelos meios de comunicação, pondo em xeque o conhecimento da ciência sobre a pandemia, dizendo então que o vírus era um problema de escopo coletivo, mas transcreveu, o patogênico como, uma fantasia e culpou veículos midiáticos por espalhar histeria e fobia social, porque naquela ocasião o país ainda vivia em extrema ebulição entre simpatizantes de direita e de esquerda, bem também, as contínuas investigações de corrupção. Enquanto alguns setores já se preparavam para adotar políticas de confinamento (Lockdown) em face da crise, o presidente editou um decreto determinado a abertura de diversos setores econômicos, além de encorajar a adepta população a realizar protestos contra as medidas restritivas. Adeptos os quais durante o protesto pediram a extinção do sistema judiciário brasileiro, a fim do retorno autoritário militar. (BURNI, TAMAKI, 2021).

Ademais, Bolsonaro negou qualquer informação científica analisada pelo Ministério da Saúde para conter o Coronavírus, chamando-o de “um inofensivo resfriado”, ao ponto de, por causa desta atitude, instituir um conflito entre ele e a esfera administrativa sanitária de governo, com o objetivo de manter a economia funcionando (incluindo o famoso debate do uso de Cloroquina), causando então a saída de dois ministros desta instância. (BURNI, TAMAKI, 2021).

No decorrer dessa agonizante estação, ele se autoproclamou o defensor de classes mais despojadas, onde segundo ele, estavam sendo restringidas de liberdade por intermédio de uma elite austera, isto é, políticos, imprensa, cientistas e, até mesmo, a república popular chinesa. Isto, aliado à sua retórica inflamatória proferida virtualmente e publicamente, permitiu aos apoiadores acreditarem em qualquer asserção provinda diretamente do presidente, provocando assim constantes fissuras sociais enquanto a pátria se afundava em uma instabilidade sem igual. (STUENKEL, 2021).

Esta onipotente presença foi ainda mais beneficiada quando Bolsonaro e outros funcionários partidários sobre a guarda de gabinete foram contaminados com o Coronavírus, mas não demonstraram sérios sintomas. (BURNI, TAMAKI, 2021). De acordo



com a Organização Mundial da Saúde, o número de fatalidades presentes no Brasil, até a data do desenvolvimento deste artigo, totaliza em 685,121 mortes, causadas por falsas informações, falta de atitude governamental e divisão político-societária, fomentada a partir da falsa noção de normalidade, proferindo os seguintes dizeres durante a pandemia: *"A economia estava indo bem, mas esse vírus trouxe uma certa histeria"; "Para 90% da população, isso será um pequeno resfriado ou nada"; "É daí? Eu sinto muito. O que você quer que eu faça? Eu sou Messias (Nome do meio de Bolsonaro), mas não faço milagres"*. (FRANCE24, 2021)

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 transcreve a seguinte oração:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a **liberdade**, a **segurança**, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a **igualdade** e a **justiça** como **valores supremos** de uma **sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na **harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. (BRASIL, [2022], não paginado, grifo nosso)

O Estado liberal brasileiro como também a Carta Magna e as demais leis foram construídas ao redor daquelas palavras depois de diversas lutas, tragédias, sangue, suor e lágrimas. Agir em comando de um território contendo agregadamente esse preâmbulo como sua inicial é assumir a responsabilidade de preservar a identidade social para não ser encoberta pelo caos tal qual os valores fundamentais da liberdade, igualdade e fraternidade.

Bolsonaro não somente esqueceu de seguir os parâmetros governamentais constitutivos tão enraizados na sua campanha eleitoral contra uma corrupção atuada por 13 anos, mas também suas atitudes de guiar uma coletividade às cegas de acordo com a sua necessidade involuntária e sofisma não são diferentes às transcritas por John Locke em seu livro *"Dois Estudos de Governo"*. (Two Treatises of Government):

Se a usurpação é o exercício de poder que agarra mais de um direito, então a tirania é o exercício de poder além do direito, onde ninguém tem apanágio; e isso impulsiona, para qualquer pessoa cuja possua em suas mãos, o exercício excessivo de autoridade, não para o bem daqueles que estão abaixo dela, contudo para o seu próprio privilégio, como uma separada vantagem. Quando o governante,

embora empossado, não faz nas leis, mas na sua vontade, a diretriz, então os seus comandos e ações não serão direcionados para a preservação das garantias do povo, entretanto seguirão a satisfação da sua própria ambição, vingança, ganância ou qualquer irregular paixão. (LOCKE, 1823. pg., 192. Tradução nossa).

Assim, como demonstrado no primeiro parágrafo dessa seção, um dos significados do vocábulo mito se transcreve como uma popular crença com princípios, valores, morais em sua volta. Jair Messias Bolsonaro pode ser idolatrado pela sua persona definida aquém mitológica, contudo sua convicção governamental se baseia em ações não ficcionais que destituem os objetivos fundamentais da república federativa brasileira: A construção social livre, justa e igualitária, obter o desenvolvimento nacional, extinguir pobreza e marginalização como também estabelecer igualdades sociais e regionais e promover bem coletivo sem qualquer pré-julgamento por origem, raça, cor, age e qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 1988).

Princípios são reais, valores são intactos e o igualitarismo se conserva a partir do exercício dos deveres e direitos cidadãos, acompanhados pelo cuidado de assumir a nacionalidade pátria, isto é, o exercer da democracia. O messianismo político afeta estes princípios e valores, afetando, por conseguinte, a própria democracia em sua mais integral estabilidade, como será aquilatado a seguir.

## **5 IMPACTO DO MESSIANISMO POLÍTICO NA DEMOCRACIA**

A influência messiânica política impacta os estados democráticos de direito e igualmente a visão liberal dos cidadãos contidos nela, toldando o sentido democrático pelas ideias radicais pregadas por líderes populistas. Se primeiramente haverá a descrição sobre um sistema governamental com capacidade de governar para todos, então será considerada para isto a citação abaixo:

O povo é extremamente bem qualificado por escolher aqueles que confiam como parte de sua autoridade. Ele tem de ser apenas atento para que a alçada não seja estranha, e à fatos cujo são muitos óbvios em presenciar. A coletividade é capaz de dizer quando uma pessoa lutou várias batalhas, e foi coroada com sucesso. Ela tem, acima de tudo, a capacidade de escolher um general. Podendo aludir quando um juiz é prudente em seu ofício, dando uma satisfação geral, e nunca sendo cativo com aliciação: Isso é suficiente para antepor um magistrado. O povo se maravilha com a magnificência ou riquezas de um compatriota; Ausência é o requisito em eleger um consumível. Esses são eventos no qual a população pode ter uma excelente informação em um simpósio público ao invés de um monarca em seu

palácio. Contudo a sociedade se mostra apta em conduzir uma intrincada relação, de agarrar e melhorar a oportunidade e o crítico momento de ação? Não; isso supera sua habilidade. (MONTESQUIEU, 1748. p., 26)

A citação acima foi escrita por Charles Louis de Secondat, mundialmente conhecido com Barão de Montesquieu, em sua prepotente obra de 1748 "*O Espírito das Leis*" (The Spirit Of The Laws). Em companhia de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu foi figura chave em estabelecer os princípios sociais civilistas de igualdade durante o período iluminista dentre os séculos XVII e XVIII. O Iluminismo é renomado pela ambição filosófica do Estado *in natura* gregário conviver com a coletividade, por meio da transação geral, isto é, a necessidade da humanidade em mudar o ambiente opressivo em sua volta, com intuito de conviver em uma harmoniosa redoma aberta, acobertada por leis prescritivas naturais. As ideias iluministas tiveram gigantesco impacto na cultura ocidental e continuam sendo influentes na atualidade, por meio da busca lógica de estabelecer a iluminação as diretrizes em sistemas estatais liberais. (RESENDIZ, ESPINOZA, ESPINOZA. 2022).

Montesquieu, além de filósofo, foi um importante defensor, bem como também crítico, da organização estatal coordenada pela esquematização dialética em relação a um governo que abusa deste direito. Segundo ele, todas as leis ecumênicas possuem cerne individual, ao ponto de serem estabelecidas em todas as chefias governamentais existentes, porque cada uma deveria estabelecer o caráter humanitário em determinados casos legais dessa natureza. (RESENDIZ, ESPINOZA, ESPINOZA. 2022).

Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu adota o raciocínio e a lógica humana ao detalhar entidades cortesias através de costumes, padrões e regimentos, sendo no qual para Montesquieu alguns institutos adotados pela coletividade, por exemplo, família, educação, inclusive a política, foram formados a partir de um ambiente característico formado pelo corpo social. Isto significa que a sociedade, possuidora do "espírito das leis", detém o condão de transformar tal como escolher a forma de governo do qual ela realmente quer. Mas, para realizar tal efeito o indivíduo singular, contido neste corpo social, deve sacrificar as raízes naturais normativas em prol de solidificar o laço legítimo solidário através das leis positivadas. (RESENDIZ, ESPINOZA, ESPINOZA. 2022).

Além disso, Montesquieu descreve que uma república próspera é aquela onde a paridade e isonomia de todos os cidadãos são seu objetivo número um, ao ponto dessa república possuir uma singular qualidade: A virtude política. A virtude política pode ser definida, em pensamento maquiavélico, pelo apreço peculiar por uma nação, justiça e as leis contidas nesse Estado, resultado do sucesso governamental republicano de ensinar

seus cidadãos a desenvolver simpatia pela sua própria pátria, acima de seus naturais interesses, dentro dos preceitos magnos regimentais, isto é, exercendo a democracia. (RESENDIZ, ESPINOZA, ESPINOZA, 2022).

Segundo o léxicon americano Merriam-Webster um dos significados do lexema democracia convém de uma regência cujo supremo poder concerne nas mãos de uma determinada redoma social e será exercida, direta e indiretamente, por um sistema de representação onde eventualmente acontecerá uma eleição periódica, a fim de escolher um novo líder. As origens democráticas possuem suas raízes em uma longa terra grega onde pensadores importantes como Platão e Aristóteles, ajudaram a estabelecer o papel do indivíduo em relação ao mundo e coisas ao seu redor. Além disso, as lendas clássicas transcritas por Homero contando a influente fortaleza administrativa de Atenas em oposição a brutalidade militar governamental de Esparta moldaram a mitológica política grega como se conhece hoje. (HOWARD, 2018)

Contudo, à exemplo do Império Romano, um dia reinos ruem. Neste caso, investir em “ideais democráticos” como pagar monetariamente mais de 6000 (seis mil) cidadãos por ano em funções públicas, a fim de não monopolizar ministérios já existentes, ao invés de empregar pecúnias na reconstrução de um exército à beira da decadência, na aproximação das invasões alexandrinas; como também, o surgimento de novas correntes intelectuais, expressando convicções antigovernamentais, por exemplo, Cinismos e Estoicos, com desígnio de abandonar um domínio regimentado e abraçar o cerne natal natural; colaboram a fim de finalizar a era dourada política fundada pela Grécia. (HOWARD, 2018).

A era governamental grega não se mostra tão diferente comparada as autoridades administrativas atuais. Sim, comparar ambos é um pouco insultuoso em virtude da influência grega, especialmente ateniense, no corpo regimental global, do que as inúmeras formas de governo presentes. Nada obstante, sempre existirá uma parte coletiva descontente referente a sua estadia contra uma forma de governo ou um grupo rotulado aristocrata, notavelmente se um destes ou ambos foram causadores de uma determina espécie de crise ou anterior ou posterior ao seu comando ou a excluíram de qualquer atividade pública cujo supostamente deveria inclui-la. Isso espalha, nesse meio coletivo social, o clamor por uma “entidade” individual capaz de não somente defender os interesses prerrogativos sustentados por essa coletividade “marginalizada”, como, da mesma forma, proteger a intangibilidade estatal ameaçada por pressões dentro e fora de um determinado sistema.

Esse clássico enfrentamento entre povo *versus* governo assumi a característica socioideológica de agir em nome de um programa estatutário puro, objetivando, por meio do impulso de incalculáveis seguidores e a onipotente presença de um mártir, mudar visões estruturais das regências uma vez estabelecidas por meio de ações individualista. Dentre

os protagonistas hodiernos clássicos que exemplificam esta temática se apresentam Cleon e Péricles. (ADAMIDIS, 2019).

Assim, igualmente a aqueles tipos já mencionados, existem as personas heroicas mitificadas em Donald Trump e Jair Bolsonaro, dois modelos famosos pela carismática liderança, o contato transversal populacional e a referência a comunidade adepta pela notável antonomásia “escolhida”. Os dois se autoproclamam como salvadores de ambos os territórios cujo possuem descomunal predomínio popular, sendo notável tal fenômeno, devido a um período que foi visto por uma redoma caucasiana como benéfico apenas para classes marginalizadas (Estados Unidos) ou mediante uma governança corruptiva a qual causou um dos maiores escândalos governamentais já vistos (Brasil). Ambos os eventos causaram a fúria cidadã patriótica, revoltada pela ausência dos privilégios retirados de suas mãos, uma vez arguidos na forma de afirmar uma igualdade forjada na desigualdade social, agora retirada devido a uma elite aristocrática capaz de utilizar esses direitos democráticos de modo egoísta, levando a coletividade a escolher um agente oposto a este sistema.

A presença desta linha de pensamento, ramificado com o radical crescimento de grupos de esquerda e direita, com seus definidos códigos de conduta, singularmente em uma atualidade que preza a ausência de conflitos internos e externos por resoluções constitucionais, desafia os valores democráticos estabelecidos.

O professor de ciências políticas Anthony Todorov, em seu artigo *Nacionalismo Populista versus Democracia* (National Populism versus Democracy), transcreve uma urgente mensagem em conta do populismo:

O populismo atual caracteriza uma crise sintomática maior do que qualquer incerteza de renome presente nas democracias representativas contemporâneas. Isso porque em governos democratas o populismo é manifestado com diversas e contraditórias estratégias frequentes que questionam as fundações da soberania popular moderna, e em administrações não democráticas como substituto para o democratismo. Primeiramente, o populismo se encaixa na ordem legítima do pluralismo político – isso é um dos possíveis programas regimentais, uma das muitas soluções cuja legitimidade é baseada no pluralismo. Se a soberania popular moderna é concebida como um regime político no qual não há uma e única verdade, associação, filosofia ou religião, então todas as estratégias serão admissíveis em princípio, incluindo meios que questionam a democracia. Nesse contexto, o populismo se apresenta



como uma plataforma política que expressa verdadeira determinação da *collectif* enquanto está se opõe contra a elite a qual, apesar de diversificada, é unida por um motivo: Ignorar os originais interesses populares. (TODOROV, 2007, p., 86. Tradução nossa)

O messianismo político, aliado ao populismo, representa o eneguer da visibilidade cidadã por incrementar atos demandados protestativos contra um “inimigo comum”, incrementando o compartilhamento de falsos testemunhos de fatos, uma vez comprovados cientificamente, a governança ególatra, promovendo mais benefícios singulares do que coletivos, o enfraquecimento das infraestruturas socioeconômicos por meio de medidas assistenciais etc. Aliado a isto, o incremento do Messias político engolfa o corpo estatal em um distúrbio instável que atinge todas as esferas públicas existentes na estrutura corpórea societária. (HRISTOVA, 2011).

A filósofa Hannah Arendt em seu famoso livro *As Origens do Totalitarismo* (*The Origins Of Totalitarianism*) transcreve que não há nada mais característico em correntes autoritárias, bem como o talentoso carisma dos seus líderes, do que a impressionante velocidade de seu esquecimento e re colocação deste regime. Esse fenômeno foi a certificação da sociedade em poder acreditar em dias melhores sem qualquer espécie de parecer bem o qual a forte convicção dos líderes oferecerem discursos convincentes mesmo se estes são completamente errôneos. (ARENDR, 1973).

Para ela, a impertinência da transmutação de ideias das massas em adotar a sempre presente sombra dos líderes totalitaristas é um dos sintomas do vírus totalitário, ocorre porque a inconsciente mentalidade alienada e o esquecimento dos horrores de viver em um governo comandado por um indivíduo fazem as coletividades olvidarem suas próprias decisões bem qual serem impossibilitadas de se curar da desilusão cultista, cujo resulta na ampliação presidencial dos líderes carismáticos. (ARENDR, 1973).

A escolha de Trumpismo e Bolsonarismo como formas governamentais representa um ludibrio problema: A democracia se encontra em apavoramento. Isto é, o indivíduo singular, membro da coletividade, escolheu o líder popular não pensando nos interesses sociais que serão benéficiais para o próximo, ele colocou os seus interesses pessoais, com a esperança de dias melhores em primeiro plano, acompanhado das altas expectativas prometidas pelo “Messias”. Isto se deve ao fato de que, as governanças anteriores danificaram o seu *Status quo* público. Nesse caso, o Governo Obama, destinando sua governança às minorias raciais, entretanto os benefícios não atingiam a casta alva estadunidense, e o Governo Lula, cuja regência foi objetivada às classes pobres, contudo seus atos corruptivos deixaram a maioria populacional brasileira à mercê de uma crise econômica.



Essa ausência de garantias engatilhou, juntamente com a descrença governamental, a procura de uma personagem político, o qual transcreve com coletividade agravada todos os favorecimentos desengajados a ela, por conta daqueles governos, gerando então uma alta expectativa de que esse “Messias” irá trazer uma nova era ao fazer milagres em prol da sociedade adepta aos seus mandamentos para exterminar todos os seus problemas. Resultado, os indivíduos adeptos a este personagem o escolhem por razões pessoais, pensando exclusivamente nos benefícios cujo serão adquiridos para eles mesmos, não reflexionando na maioria democrática, que também será governada por aquele. Ademais, o messias político, em geral, não possui a experiência regente suficiente para governar, colaborando para inflamar uma decadência presidencial que irá afetar não somente a população, mas também todas as esferas presentes no corpo estatal. (HRISTOVA, 2011).

Após passada tal fase inicial de expectativas, muitos cidadãos apoiantes do regente sagrado mostram apatia, desilusão e abatimento, por causa das inúmeras promessas feitas por ele serem apenas um pretexto para ascender ao poder, isto causa a declinação da popularidade do líder virtuoso aos poucos, fazendo-o perder todos os atributos um dia considerados salvadores e, assim, findando sua estadia presidencial. Porém, esta situação cria razões para a gênese de novos “Nazarenos” que acusam o passado regente de gerar comprometimentos flácidos e piorar um Estado já comprometido com deteriorações internas e externas, mas eles fazem ainda mais novos prometimentos falsos e ganham apoiares ainda maiores do que o regente virtuoso possuía, fazendo isso então uma espécie de círculo vicioso. (HRISTOVA, 2011).

A continuação deste ciclo colabora com a ideia social de Montesquieu, de que a sociedade tem o poder de manifestar e escolher o líder que ela considera como ideal de acordo com a sua satisfação. Entretanto, é muito fácil se maravilhar com os capitais possuintes de um indivíduo através da superfície, não na interna distinção. Infelizmente, a coletividade, ainda, não possui a habilidade de exercer em conjunto a reflexão de que bem-estar social deve vir em primeiro lugar comparado a ideologia, assim dizendo, escolher alguém cujo “pretende” restaurar a soberania manchada por anteriores, no papel, abrange um certo coletivo pelas infinitas expectativas inferidas. No entanto, se parte do discurso deste indivíduo consiste no espiritual discurso esplêndido de retornar a “Terra Prometida”, por meio de injetar a doutrina ideológica caótica no meio social, então isso significa que o sistema democrático deste solo será condenado em falhar no passado, presente ou futuro.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Embora este artigo científico não tenha cunho em apoio partidário nenhum ou não aponte se um partido político está certo e outro errado, não é difícil distinguir as

mensagens de ódio e preconceito para ascensão pátria pregadas por ditadores em lideranças totalitárias do século XX, com os comunicados de purificação e reintegração social, proclamados por chefes presidenciais em cargos democráticos em pleno século XXI. Apesar de que comparar ditadores totalitários com os chefes de governo populistas hodiernos seja uma insignificante confrontação em virtude de brutal, irreparável e sombrio regime ditatorial de, por exemplo, Hitler e Stalin, que possuem um ponto em comum: Ambos foram para suas respectivas legiões de seguidores os símbolos de esperança destinados a levar as distintas nações sobre sua governança além das precariedades e humilhações providas pela a aristocracia nacional e internacional, ou seja, ambos foram messias políticos de renome, mas por causa da explosiva retórica e atitude contra os seus adversários sucumbiram juntamente com os impérios construídos por eles perante os próprios egos.

Com isto em mente, se necessita fazer uma pergunta, o messianismo político é uma ameaça à democracia conhecida atualmente? Infelizmente sim.

Em primeiro lugar, o messianismo político é a pura representação de um círculo vicioso, melhor dizendo, não importar se um líder carismático perdeu influência por motivos de promessas falsas ou ausência de atitude governamental, porque sempre haverá outro redentor à espera de um coletivo cujo apoio com o dobro de fervor do anterior governante, coletivo o qual aglomera ainda mais desilusões e expectativas, que alimentam o ego e as doutrinas do próximo messias, na expectativa de ter novamente concedidos seus privilégios.

Em segundo lugar, o messianismo político tem o poder de desestruturar o sistema governamental de determinado território, já estruturado, assim como os princípios magnos da Carta Constitucional destinados para o Estado, um exemplo prático referente a isto se dá como a eleição de Donald Trump e Jair Bolsonaro. Em ambos os governos, os dois líderes não souberam manejar os direitos e deveres referentes a presidência pátria, apenas privilegiaram as suas próprias personas. Especialmente no manejar de situações de extrema cautela, como a pandemia do Covid-19 em 2020.

E por último, o messianismo político cego e a parcialidade no julgamento de uma pessoa, fazendo-a exercer o seu comprometimento destinado as concepções radicais recém adeptas a partir da sua individualidade e deixar de lado o macro corpo social, lesionando inúmeras pessoas que serão atingidas pela diminuição das suas garantias uma vez vivenciadas por um organismo democrático.

A democracia é o fator que permitiu e ainda está concedendo a evolução regimental legal da humanidade, especialmente por tecer leis, proliferar o pensamento comunitário público e estabelecer a ordem da maioria dos países possuidores dessa república. Porém, se este sistema falhar com certa nação e os seus habitantes, significa

então que o “Messias” superou sua habilidade de “mitar” em vez de estabelecer pacificamente sua situação ou “fez a soberania importante novamente” ao contrário de escolher a harmonia pública.

## REFERÊNCIAS

THE NEW YORK TIMES. **2016 Presidential Election Results – Election Results 2016.** EUA. Disponível em: <https://www.nytimes.com/elections/2016/results/president>. Acesso em: 07 set. 2022.

ALEXANDER, Dan. **The Definitive Net Worth Of Donald Trump.** EUA: Forbes. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/danalexander/2021/11/08/the-definitive-networth-of-donaldtrump/?sh=1ad838f172dc>. Acesso em: 07 set. 2022.

CIMINO, Antonio. **Agamben’s political messianism in ‘The Time That Remains,** 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/21692327.2016.1226934>. Acesso em: 25 abr. 2022.

ABRAMOWITZ, AI. **The Great Alignment.** New Haven, CT: Yale University Press; 2018.

ABRAMOWITZ, AI. MCCOY, Jennifer L. **United States: Racial Resentment, Negative Partisanship, and Polarization in Trump’s America.** The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0002716218811309>. Acesso em: 07 set. 2022.

LACATUS, Corina. **Populism and President Trump’s approach to foreign policy: An analysis of tweets and rally speeches.** Sage Journals, 2020. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0263395720935380>. Acesso em: 8 set. 2022.

BBC. **US election 2020: Has Trump delivered on his promises?.** 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-37982000>. Acesso em: 8 set. 2022.

CAY JOHNSTON, David. **It’s Even Worse Than You Think: What the Trump Administration Is Doing to America.** New York, NY. Simon and Schuster, Inc; 2018.

HUNTER DAVIS, Dorian. SINNREICH, Aram. **Beyond Fact-Checking: Lexical Patterns as Lie Detectors in Donald Trump’s Tweets.** International Journal of Communication. Disponível em: <https://ijoc.org> > ijoc > article > download. Acesso em: 8 set. 2022.

FANDOS, Nicholas. **Trump Impeached for Inciting Insurrection.** The New York Times, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/01/13/us/politics/trump-impeached.html>. Acesso em: 8 set. 2022.

REUTERS. **Abuse of power, obstruction: the charges against Trump explained.** Reuters, 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/usa-trump-impeachment-charges/abuse-of-power-obstruction-the-charges-against-trump-explained-idINKBN1Z01OY>. Acesso em: 9 set. 2022.

KATZ, Andrew. **Unrest in Virginia.** TIME, 2017. Disponível em: <https://time.com/charlottesville-white-nationalist-rally-clashes/>. Acesso em: 10 set. 2022.

FOUNDING DOCUMENTS, America's. **The Constitution of the United States: A Transcription.** National Archives. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>. Acesso em: 10 set. 2022.

MASON, Jeff. **Trump's church visit, response to George Floyd's death frustrate some advisers.** Reuters, 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-minneapolis-police-trump/trumps-church-visit-response-to-george-floyds-death-frustrate-some-advisers-idUSKBN23A3C6>. Acesso em: 10 set. 2022.

MASCARO, Lisa; CLARE JALONICK, Mary. **Capitol attack's full story: Jan. 6 panel probes US risks.** AP News, 2022. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-minneapolis-police-trump/trumps-church-visit-response-to-george-floyds-death-frustrate-some-advisers-idUSKBN23A3C6>. Acesso em: 10 de setembro de 2022.

DOGGET, Lloyd. **Timeline of Trump's Coronavirus Responses.** 2022. Disponível em: <https://doggett.house.gov/media/blog-post/timeline-trumps-coronavirus-responses>. Acesso em: 10 set. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard (United States Of America Situation).** 2022. Disponível em: <https://covid19.who.int/region/amro/country/us>. Acesso em: 10 set. 2022.

F. PARKER, Charles. K. Stern. **The Trump Administration and the COVID-19 crisis: Exploring the warning-response problems and missed opportunities of a public health emergency.** Public Administration Willey. Disponível em: <https://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1648464/FULLTEXT01.pdf>. 10 set. 2022

DEFINITION.NET. **"Trumpism."** STANDS4 LLC, 2022. Web. 10 Sep. 2022. <https://www.definitions.net/definition/Trumpism>. Acesso em: 10 set. 2022

WILLIMSOM, Vanessa. SKOCPOL, Theda. COGGIN, John. **The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism**. Harvard, 2011. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/williamson/files/tea\\_party\\_pop.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/williamson/files/tea_party_pop.pdf). Acesso em: 11 set. 2022.

KARNI, Annie. **President Obama endorses Hillary Clinton**. Politico, 2016. Disponível em: <https://www.politico.com/story/2016/06/president-obama-endorses-hillary-clinton-224130>. Acesso em: 11 set. 2022.

LIGHT, Ivan. **Trump as Messiah**. Economic Sociology & Political Economy, 2021. Disponível em: <https://economicsociology.org/2021/01/14/trump-as-messiah/>. Acesso em: 11 set. 2022.

CNN. **Presidential results**. Disponível em: <https://edition.cnn.com/election/2020/results/president>. 11 set. 2022.

LOUGHNAN, Dr Claire. **The legacy of Trump**. Pursuit, 2020. Disponível em: <https://pursuit.unimelb.edu.au/articles/the-legacy-of-trump>. Acesso em: 11 set. 2022.

ASHBROOK, Cathryn Clüver. **The Trump Legacy and Its Consequences**. Internationale Politik, 2020. Disponível em: <https://www.belfercenter.org/publication/trump-legacy-and-its-consequences>. Acesso em: 11 set. 2022.

MILLER CENTER. **Donald Trump – Key Events**. Disponível em: <https://millercenter.org/president/trump/key-events>. Acesso em: 11 set. 2022.

MERRIAM-WEBSTER.COM, Dictionary. **“Myth.”** Merriam-Webster, 2022. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/myth>. Acesso em: 11 set. 2022.

LEMON, Suzanne. **Operation Car Wash: Is this the biggest corruption scandal in history?**. The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>. Acesso em: 13 set. 2022.

DE ALMEIDA, Frederico. **Os juristas e a crise: a Operação Lava Jato e a conjuntura política brasileira (2014-2016)**. Plural – Revista de Ciências Sociais – USP, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/165675>. Acesso em: 13 set. 2022.

SAINT-CLAIR, Clóvis. **Bolsonaro: o homem que peitou o exército e desafia a democracia**. Rio de Janeiro (RJ): Máquina de Livros, 2018.



FERREIRA DIAS, João. **O Messias já chegou e livrará “as pessoas de bem” dos corruptos: messianismo político e legitimação popular, os casos Bolsonaro e André Ventura.** Portal de Revistas da Universidade Lusíada, 2020. Disponível em: <http://revistas-prod.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/2822/3121>. Acesso em: 15 set. 2022.

SETZLER, Mark. **Did Brazilians Vote for Jair Bolsonaro Because They Share his Most Controversial Views?** Journal of The Brazilian Political Science Association, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bpsr/a/YWW55BRxPQTZKqfcyhw3f6L/?lang=en>. Acesso em: 15 set. 2022.

CHAGAS-BASTOS, Fabrício H. **Political Realignment in Brazil: Jair Bolsonaro and the Right Turn.** Revista de Estudios Sociales, no. 69 (2019): 92-100. Acesso em: <https://doi.org/10.7440/res69.2019.08>. Acesso em: 15 set. 2022.

WEBBER, Jeffery R. **A Great Little Man: The Shadow of Jair Bolsonaro.** Historical Materialism, 2020. Disponível em: [https://brill.com/view/journals/hima/28/1/article-p3\\_1.xml?language=en](https://brill.com/view/journals/hima/28/1/article-p3_1.xml?language=en). Acesso em: 15 set. 2022.

STUENKEL, Oliver. **Brazil’s Polarization and Democratic Risks.** Carnegie, 2021. <https://www.crisisgroup.org/latin-america-caribbean/brazil/brazils-true-believers-bolsonaro-and-risks-election-year>. Acesso em: 15 set. 2022.

BURNI, Aline. TAMAKI, Eduardo. **Populist Communication During the Covid-19 Pandemic: the Case of Brazil’s President Bolsonaro.** Partecipazione e Conflitto, 2021. Disponível em: <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/paco/article/view/24018/20008>. Acesso em: 16 set. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard (Brazil Situation).** 2022. Disponível em: <https://covid19.who.int/region/amro/country/br>. Acesso em: 16 set. 2022.

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 16 set. 2022.

FRANCE24. **Bolsonaro's most controversial coronavirus quotes.** Disponível em: <https://www.france24.com/en/live-news/20210619-bolsonaro-s-most-controversial-coronavirus-quotes>. Acesso em: 16 set. 2022.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government.** London, 1823. Disponível em: <https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Acesso em: 16 de setembro de 2022.



ADAMIDIS, Vasileios. **Manifestations of Populism in late 5th Century Athens**. D.A. FRENKEL and N. VARGA, eds., *New studies in law and history*. Athens: Athens Institute for Education and Research, pg. 11-28, 2019. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/336141624\\_Manifestations\\_of\\_Populism\\_in\\_late\\_5\\_th\\_Century\\_Athens](https://www.researchgate.net/publication/336141624_Manifestations_of_Populism_in_late_5_th_Century_Athens). Acesso em: 21 set. 2022.

VON DAACKE, Kirt. **UVA and the History of Race: When the KKK Flourished in Charlottesville**. University of Virginia, 2019. Disponível em: <https://news.virginia.edu/content/uva-and-history-race-when-kkk-flourished-charlottesville>. Acesso em: 26 set. 2022.

MERRIAM-WEBSTER.COM, Dictionary. **"Religion"**. Merriam-Webster, 2022. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/religion>. Acesso em: 27 set. 2022

MERRIAM-WEBSTER.COM, *Dictionary*, **"Politics"**. Merriam-Webster, 2022. Disponível em: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/religion> Acesso em: 27 set. 2022.

RESENDIZ, Rosalva. ESPINOZA, Lucas E. ESPINOZA, Luís E. **Classic Liberal Philosophers and their Contributions to Democracy & Justice: Discourses on Freedom, Equality, Reason, and Law**, *Journal of Ideology*. Vol. 41: No. 1, Article 1. Disponível em: <https://scholarcommons.sc.edu/ji/vol41/iss1/1>. Acesso em: 27 set. 2022.

TODOROV, Anthony. **NATIONAL POPULISM VERSUS DEMOCRACY**. Researchgate, 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/279674837\\_National\\_Populism\\_versus\\_Democracy](https://www.researchgate.net/publication/279674837_National_Populism_versus_Democracy). Acesso em: 27 set. 2022.

HRISTOVA, Velina. **Political messianism in Europe: The case study of Bulgaria**. University of Twente, 2011. Disponível em: <https://essay.utwente.nl/61128/>. Acesso em: 27 set. 2022.

PARTENIE, Catalin. **Plato's Myths**. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2009. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/plato-myths/>. Acesso em: 27 set. 2022.

MOUNK, Yascha. KYLE, Jordan. **What Populists Do to Democracies**. The Atlantic, 2018. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/12/hard-data-populism-bolsonaro-trump/578878/>. Acesso em: 27 set. 2022.

EELLS, Elsie Spicer. **Fairy Tales from Brazil: How and Why Tales from Brazilian Folk-Lore**. DODD, MEAD AND COMPANY / GUTENBERG, Inc, 1917. Disponível em <https://www.gutenberg.org/ebooks/24714>. Acesso em: 27 set. 2022.

WILKINSON, Philip. PHILIP, Neil. **Eyewitness Companions: Mythology: World Myths, Gods, Heroes, Creatures, Mythical Places.** DK Eyewitness Companion Guide, Penguin, 2007.

ARENDR, Hannah. **The Origins of Totalitarianism (1973 New ed.)**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973.

## **A FUNDAMENTAÇÃO COMO RESPOSTA A NEGATIVA DE COMPROVAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO**

**ALDEMAR LOPES DE SOUSA:** Graduando em Bacharelado em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão. – UNISULMA. Possui graduação em Engenharia Agrônômica pela Universidade Estadual do Maranhão (2001). Pós graduação em Saúde e Segurança do Trabalho pela Universidade do CEUMA – uniCEUMA (2013). Pós graduação em Engenharia de Segurança Contra Incêndio e Pânico pela Universidade Cândido Mendes (2021). Analista do Ministério Público da União / Perícia / Engenharia de Segurança do Trabalho (2017)

ADIBSON ALMEIDA DA SILVA JUNIOR<sup>68</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Trata-se de estudo de caso feito a partir da negativa de procurador de uma empresa em apresentar documentação complementar para provar regularização de infrações em Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança do Trabalho devido o pedido não estar fundamentado, bem como, não haver expressamente essa obrigação no corpo das normas que ensejaram o pedido. O trabalho apresentado tem como objetivo colocar a importância da fundamentação dos pedidos, bem como, o direito ao contraditório e ampla defesa e o direito de recusa, que foram usados no caso em questão para que sejam feitos pelo agente público somente o que a lei determinar, ensejando que todo ato administrativo, judicial ou qualquer outro que venha a ceifar ou diminuir o direito de outro, seja individual, coletivo ou difuso, devam ser fundamentados.

**Palavras Chaves:** Fundamentação. Normas Regulamentadoras.

**ABSTRACT:** This is a case study based on the refusal of the attorney-in-fact of a company to submit additional documentation to prove regularization of infractions in Regulatory Norms for Health and Safety at Work due to the request not being justified, as well as there

---

<sup>68</sup> Professor orientador. Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Imperatriz – FACIMP. Especialista em Direito de Família e Direito das Sucessões pela Faculdade Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais de São Paulo – IBMEC. E-mail: [adibsonjunioradvocacia@outlook.com.br](mailto:adibsonjunioradvocacia@outlook.com.br)

is no expressly this obligation in the body of standards that gave rise to the reasoned. The work presented aims to place the importance of the reasoning of the requests, as well as the right to adversarial proceedings, the right to full defense and the right of refusal, which were used in the case in question so that only what the law determines can be done by the public agent, implying that all administrative, judicial or any other act that comes to take or reduce the right of another, whether individual, collective or diffuse, must be reasoned.

**Keywords:** Reasoning. Regulatory Norms.

## 1. INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem como relevância a fundamentação em todo ato em que se requer uma obrigação ou a resposta dela (da obrigação), ou seja, para não se caracterizar arbitrariedade na ordem exigida a outra parte, todo ato tem que ser fundamentado.

Trazemos a baila um estudo de caso onde o procurador da empresa se recusou a apresentar documentação requerida para comprovação de obrigação de fazer referente a Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Previdência Social, alegando que os pedidos feitos não possuíam base legal, logo, somente o que fora inserido na petição por ele apresentada, ou seja, a inserção de documentos fotográficos, programas de saúde e segurança e declarações feitas por profissionais (mesmo que competentes para confeccionar esses documentos) seria o bastante para comprovação de cumprimento das obrigações, bem como, arquivamento do procedimento.

Para nos situarmos no presente trabalho apresentado, é prudente conceituarmos o que são as Normas Regulamentadoras, e para essa missão, nada melhor do que o conceito de quem é responsável por suas elaborações e revisões – o próprio Ministério do Trabalho e Previdência Social (2022): “Consistem em obrigações, direitos e deveres a serem cumpridos por empregadores e trabalhadores com o objetivo de garantir trabalho seguro e sadio, prevenindo a ocorrência de doenças e acidentes de trabalho”.

## 2.A FUNDAMENTAÇÃO COMO RESPOSTA A NEGATIVA DE COMPROVAÇÃO

Embora a CLT seja de 1943, nessa época ainda não havia uma legislação especial que ditasse as regras as quais o trabalhador era submetido, o que normatizava as questões eram os costumes, o quais os trabalhadores teriam que se adaptar as necessidades do trabalho, e nunca o contrário. A mudança somente veio no ano de 1957, quando um comitê misto da OIT/OMS estabeleceu a definição de objetivos ocupacionais (JUNIOR, 2021):

A Saúde Ocupacional tem como finalidade incentivar e manter o mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões; prevenir todo prejuízo causado à saúde destes pelas condições de seu trabalho; protegê-los em seu serviço

contra os riscos resultantes da presença de agentes nocivos à saúde; colocar e manter um trabalhador em um emprego que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas e, resumo, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 63 apud JUNIOR, 2021).

Ainda o mesmo autor (JUNIOR, 2021):

(...) Com a promulgação da CRFB/88, foi recepcionada a proteção aos trabalhadores com a confirmação das normas referentes ao direito do ambiente de trabalho seguro. O art. 7º, da CRFB /88, enumera como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, os incisos: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

O dispositivo do inciso XXII do artigo 7º, da CRFB/88, foi a confirmação para a existência de normas que regulamentassem a relação de trabalho, bem como a fiscalização pelo Estado.

Talvez por essa condição de trazer normas gerais, é bem verdade que nas Normas Regulamentadoras (NRs) não é por menor fundamentado os pedidos feitos para comprovação das obrigações, porém, no corpo de muitas das Normas Regulamentadoras é citado a também autenticidade de outras normas (normas técnicas oficiais, ABNT, normas internacionais, etc) como alternativa para regularização de infrações em caso de lacuna / omissão das Normas Regulamentadoras. Cita-se como exemplo um item 12.1.9.1.1 da Norma Regulamentadora 12:

12.1.9.1.1 Entende-se por alternativas técnicas existentes as previstas nesta NR e em seus Anexos, bem como nas normas técnicas oficiais ou nas normas internacionais aplicáveis e, na ausência ou omissão destas, nas normas Europeias tipo "C" harmonizadas.

Ora, é sabido que todo ato deve ser fundamentado para ser considerado válido, e essa "pouca" fundamentação das Normas Regulamentadoras traz questionamentos sobre

a validade do que é pedido quando feito para comprovação de obrigação de fazer ou não fazer impostas pelas Normas Regulamentadoras.

Continuando, a fundamentação garante um forte alicerce de segurança jurídica, sendo que a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88 traz como norma a obrigatoriedade das motivações das decisões judiciais (artigo 93, caput e inciso IX, CRFB /88).

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

No caso em estudo, o gatilho foi o pedido de comprovação das obrigações de fazer e não fazer somente fundamentado pelas Normas Regulamentadoras, o que resultou em uma recusa do procurador da empresa em atender os pedidos feitos alegando não haver fundamentação nas normas para o pedido.

Ora, como dito anteriormente, além das Normas Regulamentadoras que possuem sua fundamentação legal na própria Consolidação das Leis Trabalhistas, precisamente no Capítulo V – Da Segurança e da Medicina do Trabalho, temos outras normas temáticas, até mesmo internacionais, que as próprias Normas Regulamentadoras nos respaldam a utilizar em caso de silêncio dessas (as Normas Regulamentadoras).

Vejamos o que foi pedido, e como foi pedido, a comprovação da obrigação de fazer e não fazer pela Procuradora do Trabalho da 16ª Região (Imperatriz – MA), para ser apresentado pelo procurador da empresa:

Para que sejam válidas as informações do PPRA inserido pela inquirida, gentileza inserir a ART do engenheiro responsável pelas medições, bem como, certificado de calibração dos equipamentos utilizados na medição.

Vejamos qual a resposta do procurador da empresa sobre o pedido, sendo alegado que o pedido de comprovação de obrigação de fazer e não fazer não possuía base explícita no texto da Norma Regulamentadora que originou o procedimento:



A Investigada deixa de anexar ART e certificação de calibração dos aparelhos utilizados na confecção do PPRA por inexistir exigência legal para sua criação. Com base na NR 09, itens 9.3.1 e seguintes, estabelecem as etapas e a quem a empresa poderá se socorrer para elaboração e desenvolvimento do referido Programa de Prevenção de Riscos Ambientais.

Salienta-se, ainda, que o técnico responsável pela elaboração do referido documento faz parte do SESMT existente na empresa Investigada.

Ora, verdadeiramente, o pedido somente se baseava no corpo da Norma Regulamentadora que regulava as obrigações pedidas. Deixaram de ser expostas as fundamentações dos pedidos feitos, que eram muito mais específicas e talvez até fora do conhecimento da Procuradora do Trabalho da 16ª Região (Imperatriz - MA) que requisitou a comprovação da obrigação.

Porém, assim como o pedido foi baseado em uma sugestão do perito de requisitar comprovação das obrigações mediante apresentação da documentação já relacionada anteriormente, também houve o envio da negativa do procurador da empresa para o perito se pronunciar sobre a fundamentação do pedido feito.

Vejamos a resposta do perito sobre a recusa de apresentação de documentos para comprovação da obrigação de fazer, bem como, a fundamentação para o pedido:

Informo que segundo NBR 10151 da ABNT, item 4.3:

#### **4.3 Calibração e ajuste dos instrumentos**

O medidor de nível de pressão sonora e o calibrador acústico devem ter certificado de calibração da Rede Brasileira de Calibração (RBC) ou do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), renovado no mínimo a cada dois anos.

Também segundo a NHO 01 da Fundacentro em seu item 6.2.3:

Os medidores e os calibradores deverão ser periodicamente aferidos e certificados pelo fabricante, assistência técnica autorizada, ou laboratórios credenciados para esta finalidade.

E caso o procurador não aceite essas normas, informo que segundo o CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, TEMA 174, há tese firmada que:

(a) "A partir de 19 de novembro de 2003, para a aferição de ruído contínuo ou intermitente, é obrigatória a utilização das metodologias contidas na NHO-01 da FUNDACENTRO ou na NR-15, que reflitam a medição de exposição durante toda a jornada de trabalho, vedada a medição pontual, devendo constar do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) a técnica utilizada e a respectiva norma"; (b) "Em caso de omissão ou dúvida quanto à indicação da metodologia empregada para aferição da exposição nociva ao agente ruído, o PPP não deve ser admitido como prova da especialidade, devendo ser apresentado o respectivo laudo técnico (LTCAT), para fins de demonstrar a técnica utilizada na medição, bem como a respectiva norma".

Continuando, esse perito, novamente informa que há no PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais) da empresa medições periciais para efeito de comprovar a ausência de ambiente insalubre na empresa e a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) é taxativa quando diz no artigo 195:

Art.195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de **Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho**, registrados no Ministério do Trabalho (grifo nosso).

Então reforço que caso as medições venham assinadas por Médico do Trabalho, não será preciso inserção da ART (Anotação de Responsabilidade Técnica), porém, se as medições forem assinadas por engenheiro (que obrigatoriamente deverá ser engenheiro do Trabalho), é obrigatório a inserção da ART, pois, segundo Lei 6.496/1977 em seu artigo 1º:

Art 1º - Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou **prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia**, à Arquitetura e à Agronomia **fica sujeito à "Anotação de Responsabilidade Técnica"** (ART) (grifo nosso).

Pois bem, mediante tudo o que foi explanado, podemos dizer que agora com o pedido devidamente fundamentado em normas que regem a Saúde e Segurança do Trabalho, não há mais motivo para a negativa da apresentação dos documentos solicitados, bem como, para conhecimento dos que se interessam pelo assunto, a partir de agora, alguns caminhos deverão ser seguidos, são eles:

- A) em caso de negação de comprovação dos pedidos feitos, será, provavelmente, ajuizada ação civil pública com pedido de obrigação de fazer ou não fazer;
- B) em caso de comprovado cumprimento de todas as obrigações ou pedido um prazo para fazê-las, será a empresa convidada a assinar um Termo de Ajuste de Conduta, comprometendo-se assim a não mais infringir normas ali listadas, sob pena de multa em caso de não cumprimento da obrigação.

### **3.METODOLOGIA**

Trata-se de estudo de caso de um pedido de documentação feita por Procuradora do Trabalho da 16ª Região / Procuradoria do Trabalho no Município de Imperatriz - MA a empresa que havia cometido infrações no ramo de Saúde e Segurança do Trabalho.

A princípio foi respondido pela empresa, em parte, o que foi pedido, porém, sem demonstrar a metodologia utilizada, e sem comprovação de que a medição teria sido feita por profissional competente.

Feito o pedido para que o procurador da empresa inserisse os documentos faltosos, porém, ele se pronunciou com a recusa para inserção dos documentos alegando que não haveria base legal para os pedidos feitos.

Foi pedido ao perito em Saúde e Segurança do Trabalho que se pronunciasse sobre a recusa do procurador da empresa e ele (o perito) se pronunciou reafirmando todos os pedidos feitos, bem como, fundamentando os pedidos em Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Previdência Social, Associação Brasileira de Normas Técnicas, Normas de Higiene Ocupacionais, Consolidação das Leis do Trabalho, Leis específicas de Conselhos de Classe e julgados de Tribunais sobre o assunto.

Com a fundamentação devidamente feita, foi reencaminhado a requisição de documentos para a empresa, onde após resposta da atualmente inquirida, mediante o que for apresentado, será proposta a inquirida um Termo de Ajuste de Conduta ou Ajuizamento do inquérito, transmutando-se o mesmo em Ação Civil Pública junto a Justiça do Trabalho da 16ª Região.

Em resumo, trata-se de estudo de caso mediante negativa de procurador de empresa sobre a inserção de documentos devido à falta de fundamentação no pedido.

### **4.CONCLUSÃO**

O trabalho em questão traz o assunto da necessidade de fundamentação em pedido feito por Procuradora do Trabalho da 16ª Região (Imperatriz – MA).

Embora tenha sido trazido como estudo de caso uma situação ocorrida na Procuradoria do Trabalho no município de Imperatriz Maranhão na 16ª Região, a causa de toda problemática está na não fundamentação de um pedido de documentação para comprovação de regularização da empresa em infrações na área de Saúde e Segurança do Trabalho.

Pedido esse que foi prontamente negado pelo procurador da empresa em questão devido não haver base / fundamentação no pedido, visto que nos documentos primários analisados não havia no texto das normas qualquer referência sobre metodologia a ser utilizada, bem como, qual o profissional competente para realização do trabalho.

Ora, trata-se de Notícia de Fato, que dependendo do desenrolar da questão deverá ser transformado em Inquérito Civil e em última tentativa de regularização da infração, em Ação Civil Pública, logo, de pronto que os pedidos devem estar fundamentados desde a sua origem, o que não ocorreu em um primeiro momento, porém, foi prontamente regularizado quando da negativa de cumprimento da obrigação por procurador da empresa a qual se solicitou a documentação.

No que diz respeito a fundamentação, vejamos o que nos diz o artigo 50 da Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

Bem como, vejamos o que diz a CRFB/88 em seu artigo 5º, incisos LV e LVI:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Pois bem, como resultado do estudo de caso em questão, temos que, mediante a falta de fundamentação nos pedidos feitos pelo agente público, o pedido pode ser contestado pelo princípio da ampla defesa e contraditório, bem como, pelo princípio da motivação do ato administrativo.

Ambos os princípios foram utilizados pelo procurador da empresa quando da negativa de inserção da documentação requisitada, porém, logo após a fundamentação feita para basilar o pedido, ‘vestiu-se’ a Procuradora do Trabalho da 16ª Região (Imperatriz – MA) do também princípio da motivação dos atos, obrigando assim a empresa inquirida a obrigação de fazer (regularização das infrações em Saúde e Segurança do Trabalho).

Para finalizar, trago um trecho da publicação de (França, 2017), que retrata bem a questão da fundamentação dos atos jurídicos, e se encaixa perfeitamente no caso em questão, e que aqui utilizarei como resumo de tudo que foi dito até aqui:

Todo o ato administrativo que produza efeitos jurídicos desfavoráveis a direitos ou interesses individuais de seu destinatário deve ser obrigatoriamente fundamentado. Trata-se de desdobramento natural do devido processo legal e da garantia fundamental da ampla defesa. Logo, os atos administrativos que estabelecem deveres jurídicos ou aplicam sanções – os atos administrativos restritivos – devem ser fundamentados.

Os atos administrativos que outorgam direitos ou concretizam interesses dos administrados – os atos administrativos ampliativos – também devem ser fundamentados quando envolverem diretamente direitos difusos e coletivos.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **Acústica: avaliação do ruído em áreas habitadas, visando o conforto da comunidade: procedimento: NBR 10151.** ABNT, 2000. Disponível em: <https://www.sema.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/NBR-10151-de-2000.pdf> Acesso em: 10 out 2022.

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 19/09/2022.

BRASIL, **LEI 6496/1977 CREA.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6496.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6496.htm) Acesso em: 10 out 2022.

BRASIL, Ministério do Trabalho e Previdência. **NORMAS REGULAMENTADORAS** – Disponível em <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/normas-regulamentadoras-nrs> Acesso em 10/10/2022

BRASIL, Previdência Social, **PERFIL PROFISSIONAL** - Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br> Acesso em: 10 out 2022.

BRASIL. Casa Civil. **LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm) Acesso em: 10 out 2022.

BRASIL Consolidação das leis do trabalho. DECRETO-LEI-5452-1-maio-1943 (CLT). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) Acesso em: 10 out 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL **TEMA 174.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-174>. Acesso em 15/10/2022.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no direito administrativo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/124/edicao-1/principio-da-motivacao-no-direito-administrativo> Acesso em: 10 out 2022.

FUNDACENTRO. Norma de higiene ocupacional: NHO 06: procedimento técnico : avaliação da exposição ocupacional ao calor / **Fundacentro**; 2. ed. – São Paulo: Fundacentro, 2017. Disponível em: [http://arquivosbiblioteca.fundacentro.gov.br/exlibris/aleph/a23\\_1/apache\\_media/L7376R\\_Q71PM8LI14HKNLE1BQIHAA12.pdf](http://arquivosbiblioteca.fundacentro.gov.br/exlibris/aleph/a23_1/apache_media/L7376R_Q71PM8LI14HKNLE1BQIHAA12.pdf) Acesso em 15/10/2022.

JUNIOR, Manuel Gomes Andrade. **As normas regulamentadoras no direito do trabalho:** nr-10, aplicação e suas alterações Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jun 2021, 04:21. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56837/as-normas-regulamentadoras-no-direito-do-trabalho-nr-10-aplicao-e-suas-alteraes>. Acesso em: 10 out 2022.

REGULAMENTADORA, Norma. **NR-01** disposições gerais e gerenciamento de riscos ocupacionais. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-01-atualizada-2020.pdf> Acesso em 15/10/2022.

REGULAMENTADORA, Norma. **NR-09:** - Riscos Ambientais. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas->



[regulamentadoras/nr-09-atualizada-2021-com-anexos-vibra-e-calor.pdf](#) Acesso em 15/10/2022.

REGULAMENTADORA, Norma. **NR-15**: Atividades e operações insalubres. Brasília: MTE, 2007. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-15-nr-15#:~:text=Os%20anexos%20da%20NR%2D15,%2C%20al%C3%A9m%20dos%20agentes%20biol%C3%B3gicos>. Acesso em 15/10/2022.

## **TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA: MECANISMOS EFICAZES PARA OBTENÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SATISFATÓRIA DURANTE O PROCESSO**

**WILARA CRISTINA CARDOSO DE SOUSA:**

Graduanda do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

MARIA DOS REIS RIBEIRO GUIDA<sup>69</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Este trabalho tem por finalidade trazer a lume o instituto das tutelas provisórias de urgências, a saber, tutela antecipada e tutela cautelar, suas peculiaridades, bem suscitar a discussão sobre suas eficácias no ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se fazer um apanhado sobre as medidas cautelares em caráter de urgência, cuidando-se de passar não só o foco central do material, mas também seus elementos adjacentes que, como foi visto, é extremamente importante para qualquer definição que se tenha acerca do tema. Daí, destaca-se como problema: Qual a eficácia da tutela provisória de urgência como mecanismo para obtenção de prestação jurisdicional satisfatória durante o processo? A análise processual contida no CPC é de igual maneira observada ao longo do trabalho, sempre procurando basear na doutrina e na jurisprudência pátria, toda e qualquer fundamentação utilizada. Observou-se ainda as inovações feitas com as mudanças que ocorreu acerca do tema, por fim foi trazido o entendimento extraído a partir de pesquisa realizada nas doutrinas aqui usadas como referencial.

**Palavras-chaves:** Tutelas de Urgência. Cautelares. Fungibilidade. Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** The purpose of this work is to bring to light the institute of provisional injunctions for emergencies, namely, anticipated injunction and injunctive relief, their peculiarities, as well as to raise the discussion about their effectiveness in the Brazilian legal system. We sought to make an overview of precautionary measures as a matter of urgency, taking care to pass not only the central focus of the material, but also its adjacent elements which, as we have seen, are extremely important for any definition that is made about the theme. Hence, it stands out as a problem: What is the effectiveness of the urgent provisional injunction as a mechanism for obtaining satisfactory judicial assistance during the process? The procedural analysis contained in the CPC is also observed throughout the

<sup>69</sup> Docente da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

work, always seeking to base any and all reasoning used on national doctrine and jurisprudence. It was also observed the innovations made with the changes that occurred on the subject, finally, the understanding extracted from research carried out in the doctrines used here as a reference was brought.

Keywords: Emergency Guardianships. Remedies. Fungibility. Code of Civil Procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

No Ordenamento jurídico brasileiro os jurisdicionados sofrem com a morosidade do sistema judiciário, no qual o cidadão precisar aguardar anos para obter a real efetivação dos seus direitos. Perante tal situação, o instituto das tutelas provisórias se mostra útil e extremamente relevante para a sociedade brasileira, salvaguardando direitos e os acautelando de forma imediata, protegendo e garantindo aos cidadãos o devido acesso à Justiça.

Convém asseverar que as tutelas de urgências são muito importantes dado que distribuem o ônus da demora do processo. A tutela antecipada tem como característica conceder ao requerente efeitos práticos de uma tutela que somente poderia obter, antes da inovação legislativa, em sede de decisão definitiva. Essa entrega à parte, geralmente o autor, o bem material ou algum efeito da própria pretensão de mérito que deseja obter quando ingressa com o processo judicial (NEVES, 2016). E a tutela de urgência cautelar já assegura que o provimento seja efetivo, quando da análise de mérito.

Por meio dessas tutelas de urgência pode o cidadão jurisdicionado ter o seu direito reconhecido e, de forma eficaz, deferido pelo juiz, quando realmente demonstrados os requisitos legais do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito, probabilidade do direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora).

O presente trabalho é fruto de estudo realizado bibliograficamente com o intuito de trazer a lume uma discussão um pouco mais apurada sobre as medidas de urgência, na processualística brasileira, bem como trazer as inovações que tem surgido ao longo dos anos, de forma especial a temática Tutelas Provisórias desenhadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Na presente pesquisa, em razão do tema escolhido ser essencialmente teórico e documental, o método utilizado foi a pesquisa bibliográfica qualitativa, voltada apenas aos registros escritos e direcionados para o universo em questão, que certamente possui uma

gama significativa de trabalhos sistematizados e publicados. Portanto, é lógico que foi percorrido caminhos de pesquisa, já trilhado por outros pesquisadores. Destarte, a pesquisa bibliográfica foi fundamental no desenvolvimento desse trabalho, uma vez que se partiu do já sistematizado no campo do conhecimento na seara processual, e com essa técnica avançou-se, aprimorando o entendimento até então difundido.

Discorre-se sobre Tutela Cautelar e Tutela antecipada, Tutela antecipatória e Fungibilidade, seus conceitos, o entendimento jurisprudencial em relação ao tema proposto, bem como os princípios que o norteia. Aborda-se, também, sobre a Fungibilidade com suas ocorrências pelo sistema processual, buscando demonstrar de que forma o magistrado pode estar antecipando em caráter urgente tal pretensão arguida pelas partes processuais.

Segue-se buscando enfatizar a importância da fungibilidade em via de mão dupla, através das inovações trazidas com este novo procedimento, sempre buscando principalmente na Lei o melhor entendimento da matéria.

O trabalho divide-se em quatro capítulos. Inicia-se com essa introdução. O primeiro capítulo apresenta noções introdutório da tutela de urgência. O segundo capítulo tem como foco a tutela de urgência no novo código de processo civil. O terceiro capítulo refere-se à tutela de urgência nos tribunais. O quarto capítulo destaca a tutela de urgência no agravo de instrumento. Por fim, a conclusão.

## **2 TUTELA DE URGÊNCIA**

Preliminarmente, a essência da tutela de urgência está no conflito entre o sistema processual e o tempo, o que se busca solucionar com provimentos provisórios fundamentada em técnicas de cognição sumária para a concessão de tutela mais rápida, com a antecipação do resultado da atividade jurisdicional (ALVIM, 2017). Neste capítulo, é possível ter uma noção geral deste provimento e sua importância no contexto jurídico na esfera processual.

### **2.1 Noções Introdutórias**

O Código de Processo Civil aponta a concessão de medidas de urgência quando houver uma situação de risco ao provimento final decorrente da demora. No caso de uma pessoa portadora de doença grave que precisa internar-se com urgência e não obtém autorização do seu plano de saúde. Neste suposto caso, se fosse aguardar o resultado da ação, talvez seria tarde demais. Suponha-se como segundo exemplo, que um credor ajuíze

contra um devedor uma ação de cobrança. Enquanto não sai a sentença, o credor não pode promover a execução. É possível que o devedor, sabendo da existência do processo, dilapide o seu patrimônio, transferindo seus bens a terceiros (DELFINO, 2008).

Nos dois casos ilustrativos acima, temos dois exemplos de “urgência”. O Código de Processo Civil, apresenta, como forma de afastar a situação de perigo, mecanismos que permitem ao juiz antecipar o provimento final, concedendo antes aquilo que ele só poderia conceder por ocasião do julgamento.

O juiz concede o provimento condenatório – ainda que em caráter provisório. Tal medida já satisfaz a pretensão do autor, ao passo que concede, total ou parcialmente, aquilo que foi pedido. Haverá antecipação de tutela, que se caracteriza pela natureza satisfativa, de mérito com a concessão, no todo ou em parte, daquilo que foi pedido (TARDIN, 2006).

Ambas as tutelas de emergências visam afastar uma situação de risco. Mas de forma distinta. Nesta, pela satisfação antecipada do direito do autor, em caráter provisório; naquela, pela tomada de providências acautelatórias que, por meios indiretos, afastam o perigo. Há tutelas antecipadas que não são de urgência, quando houver cumulação de pedidos, e um ou mais deles ficar incontroverso, a média será concedida ainda que não haja risco ao direito do autor. Também nos casos de abuso do direito de defesa, a tutela antecipada terá natureza mais repressiva que preventiva.

Diante dos efeitos jurídicos das tutelas de urgência, as cautelares são espécies de tutela de emergência, como, ao menos em boa parte, as tutelas antecipadas. Pressupõem uma situação de risco, de perigo, que deve ser afastada de imediato, ou em pouco tempo. A urgência constituirá o próprio mérito da cautelar. É o *periculum in mora* (perigo na demora), que, com o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) a plausibilidade, a verossimilhança do direito alegado, deverá ser examinado pelo juiz, para a concessão da medida de urgência.

Até algum tempo atrás era grande a relevância da distinção entre os dois tipos de tutela de urgência, por que não havia entre eles a fungibilidade. Isso se perdeu, em parte, pois agora o juiz pode conceder uma medida pela outra. Dentro deste contexto, o Código de Processo Civil, dispõe em seu art. 297 que:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber (redação da Lei n.º 13.105, de 16.03.15)

Com esse dispositivo, o Código de Processo Civil adotou o princípio da fungibilidade das tutelas provisórias. Theodoro Júnior (2015, p. 604), comenta sobre a fungibilidade das medidas cautelares:

Com o exercício da ação cautelar, a parte provoca a atividade jurisdicional preventiva do Estado, mas por não corresponder ela à realização de um direito material de cautela (como ocorreria nas hipóteses de garantias reais), o interessado, em regra, não tem especificamente o direito subjetivo a uma determinada prestação. Fica resguardado ao órgão judicial o poder de determinar concretamente qual a medida provisional que mais fielmente desempenhará a função de assegurar a eficiência e utilidade do processo principal.

Com isso, o interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo genérico à tutela cautelar. Ao poder judiciário fica reservada a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida, e de autorizar a substituição dela por caução, sempre que esta for meio adequado para, de modo concreto, cumprir a missão que toca a tutela urgência e emergência.

Todas aquelas situações-limite, nas quais o magistrado hesitava no momento da concessão da medida, por não saber ao certo se exigia a prova inequívoca ou a “simples fumaça do bom direito”, estão resolvidas. Aquelas lacônicas decisões que negavam a antecipação da tutela satisfativa, por não tratar-se de provimento cautelar, não mais se justificam (THEODORO JÚNIOR, 2015).

## **2.2 Reconhecimento da fungibilidade entre as medidas cautelares e medidas antecipatórias**

Nesse cenário, é importante destacar que antecipar os efeitos da tutela significa adiantar no tempo, acelerar, os efeitos da futura sentença favorável. A finalidade maior da antecipação de tutela é conferir efetividade à função jurisdicional. E só quando a medida antecipatória for apta a alcançar esse fim, ela deve ser concedida.

A antecipação de tutela só contribuirá para o alcance dessa finalidade, quando adiantar no tempo os efeitos que provoquem ou impeçam mudanças no plano fático: os



chamados efeitos fáticos ou sociais da tutela, que são aqueles que, para efetivar-se, dependem da prática de atos materiais – espontâneos por parte do obrigado ou forçados através de atividade executiva.

Por meio das tutelas de urgência, a saber, tutela antecipada e a tutela cautelar, preenchidos os requisitos legais do *fumus boni iuris* (*fumaça do bom direito, diante da probabilidade do direito*) e do *periculum in mora* (perigo da demora e da ineficácia do provimento jurisdicional), deve o juiz deferir a medida requerida. Desse modo, distribui-se um pouco o ônus da demora processual, do sofrimento causado pelo processo, tornando o provimento desejado eficaz, já que garante ou assegura, logo, como regra, no início do processo, tutela desejado pelo autor, que demonstra a urgência e o preenchimento dos requisitos da medida requerida.

É possível buscar sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de provimentos urgentes no bojo das demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com o objetivo exclusivo de obtenção de um provimento de medida urgente: a medida pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente, como menciona o texto legal.

Nesse sentido, a redação do art. 305, parágrafo único, do Código de Processo Civil é bastante clara: Art. 305. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303 (redação da Lei n.º 13.105, de 16.03.15).

É salutar dizer que, no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, não se admitia a fungibilidade com essa amplitude admitida pelo CPC de 2015, tendo em vista que, atualmente, é permitida a fungibilidade entre qualquer das tutelas provisórias de urgência. No entanto, no Código anterior, só seria possível quando a parte requeria tutela antecipada e o juiz entendia que preenchia os requisitos da tutela cautelar, pelo que a deferia. Em caso contrário, não poderia o juiz usar dessa fungibilidade. Isso certamente representava uma demora significativa para o jurisdicionado que buscava um provimento de urgência.

## **2.2 As tutelas de urgência e o sistema processual brasileiro**

De fato, o CPC de 2015 trouxe essa importante temática da Tutela Provisória, classificando as tutelas de urgências em antecipada e cautelar. Em geral a distinção entre os referidos institutos concerne em que a tutela cautelar tem por finalidade assegurar a

utilidade do resultado final do processo, enquanto que a tutela antecipada, em linhas gerais, satisfaz o próprio direito.

Cassio Scarpinella Bueno (2016, p.214) assegura, nesse sentido, quanto à histórica distinção entre eles:

A tônica distintiva, destarte, parece (ainda e pertinentemente) recair na aptidão de a tutela provisória poder satisfazer ou apenas assegurar o direito (material) do seu requerente. Satisfazendo-o, é antecipada; assegurando-o, é cautelar.

A tutela cautelar vem basicamente preservar direitos, sem conferir satisfação. Por outro lado, a tutela antecipada há mais que preservação porque ocorre a antecipação de efeitos da sentença final com satisfação, isto é, o julgador confere antes o que vai deferir no momento da sentença, conforme, se pode exemplificar, a hipótese de fornecimento de medicamentos (LUNARDI, 2017).

Como é cediço, é proibida a justiça pelas próprias mãos do titular do direito lesado ou ameaçado de lesão e, se força o uso do processo para respectiva tutela, deve a jurisdição proporcionar-lhe, quando tenha razão, meios substitutivos da autotutela adequados para que possa solucionar seu problema.

A insatisfação do direito material da parte é um dano imediato que o adversário já lhe impôs. Ao processo correspondente a tarefa de repará-lo, no entanto, não pode, de ordinário, fazê-lo se não após a tramitação mais ou menos longa dos atos que compõem o procedimento judicial.

O simples fato de o direito subjetivo permanecer insatisfeito durante o tempo reclamado pelo desenvolvimento do processo já configura um novo dano, quase sempre dos juros moratórios, a correção monetária e outras combinações acessórias. Além desse prejuízo natural, outros eventos indesejáveis podem ocorrer, agravando a situação do litigante e pondo em risco a efetividade da tutela jurisdicional (NERY JÚNIOR, 2006).

São muitos os expedientes de que o direito processual se vale na luta em prol da efetividade do processo e na coibição dos efeitos do tempo sobre o resultado do processo, como criação de títulos executivos extrajudiciais e a redução dos procedimentos.

Essas medidas conduzem àquilo que se configura como as “tutelas de urgência”, por que representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que

decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes o provimento de mérito, de cumprir o contraditório e proporcionar a ampla defesa (FRIED, 2012).

Outrossim, as medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente. Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja realização constitui objeto de tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.

## **2.2 Reconhecimento da fungibilidade entre as medidas cautelares e medidas antecipatórias**

O Código de Ritos, em que pese faça uma distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, estabelece que tais tutelas integram a um só gênero, o das tutelas de urgência. Por isso, o magistrado pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupação tão discutida para o direito processual contemporâneo.

Tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das consequências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E nesse caso o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito.

Mesmo que veiculado o pedido, por via procedimental imprópria, o exame da admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito, mas a mesma natureza da medida.

## **3 TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

A tutela de urgência pode ser cautelar ou antecipada (satisfativa), nos termos do art. 294, parágrafo único, do CPC: "*A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental*". A cautelar não é uma tutela de urgência satisfativa, capaz de possibilitar a imediata realização prática do direito, mas

destina-se a proteger a capacidade do processo de produzir resultados úteis. Já a tutela antecipada de urgência tem por finalidade permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante.

A tutela provisória de urgência pode ser requerida e concedida em caráter incidental ou antecedente. Ambas as modalidades de tutela de urgência reclamam os mesmos pressupostos.

O *periculum in mora*, embora, essencial, não é requisito suficiente para a concessão da tutela de urgência. Esta, por se fundar em cognição sumária, exige também o *fumus boni iuris*, como se pode verificar pela redação do art. 300, segundo o qual “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. O que distingue os casos de cabimento da tutela de urgência cautelar daqueles em que é cabível a tutela de urgência satisfativa é o tipo de situação de perigo existente: havendo risco de que a demora do processo produza dano ao direito material, será cabível a tutela de urgência satisfativa: existindo risco de que a demora do processo resulte dano para sua efetividade, caberá tutela de urgência cautelar (DIDIER JÚNIOR, et al, 2016, p.683).

Além dos pressupostos já mencionados, a tutela de urgência satisfativa exige um requisito a mais para ser concedida. Trata-se de um pressuposto negativo, no qual não se admite tutela de urgência satisfativa capaz de produzir efeitos irreversíveis (art. 300, § 3º, NCPC), que quer inibir a antecipação da tutela no caso comumente chamado “*periculum in mora inverso*” (perigo de dano reverso).

Cabe ressaltar também, que a vedação de concessão da tutela antecipada fundamentada em urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nas situações em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerimento do que para o requerido.

A concessão da tutela de urgência, em qualquer das modalidades, exigirá a prestação de caução dos danos a serem suportados pela parte contrária, ressalvada, expressamente, a situação do hipossuficiente economicamente (art. 300, §1º, CPC). A ressalva é pertinente porque eventuais ônus financeiros não podem se transformar em obstáculo ao acesso à Justiça.

A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, no início do processo e sem a oitiva prévia da parte contrária, ou após justificação prévia (art.300 §2º). Trata-se de uma exceção ao princípio do contraditório, que exige debate prévio acerca do conteúdo das decisões capazes de afetar a esfera jurídica das pessoas. A concessão liminar é absolutamente harmônica com o modelo constitucional, como se dá no caso em exame, em que a regra autoriza a concessão liminar da tutela de urgência encontra guardada no princípio constitucional do acesso à justiça (DIDIER JÚNIOR, et al., 2016, p.685).

Se o magistrado entender que o caso concreto, a despeito da alegação de urgência do requerente, aceita prévio estabelecimento do contraditório, a determinação de citação equivale ao indeferimento da tutela provisória de urgência, sendo importante entender que se trata de decisão agravável de instrumento nos moldes do art. 1015, I, do CPC: "*Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias*".

As medidas cautelares são deferidas com base no poder cautelar geral do juiz, não havendo no Código de Processo Civil a previsão de medidas cautelares específicas, mas, tão somente, do poder genericamente atribuído ao magistrado de deferir medidas cautelares. É o que se verifica pela interpretação do art. 301 do CPC, segundo o qual "tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante idônea para assecuração do direito".

O art. 302 do CPC é regra genérica que trata da responsabilidade do requerente da tutela de urgência, estabelecendo, seu caput, àquele que a requereu, o dever de reparar os prejuízos que a efetivação da tutela de urgência causar à parte contrária, sem prejuízo de sua responsabilização por dano processual (arts. 79 a 81 do CPC), nas hipóteses de seus quatro incisos: (i) a sentença lhe for desfavorável; (ii) obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; (iii) ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

O parágrafo único do art. 302 do CPC, dispõe que a indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível. Se não for, a postulação respectiva será exercida em outros autos, o que não significa que haverá novo processo nem outra ação para aquela finalidade. Uma vez apurado o valor dos prejuízos, o

procedimento a ser observado é do cumprimento de sentença, definitivo ou provisório, consoante o respectivo título executivo tenha, ou não, transitado em julgado.

Concedida a tutela provisória satisfativa, o juiz deverá adotar duas outras providências: a primeira delas é a intimação do autor para que promova o aditamento da petição inicial, a segunda a citação e intimação do réu.

Trata em seguida o art. 304 do CPC da estabilização da tutela de urgência satisfativa antecedente. Afirmo o aludido dispositivo que "*tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 do CPC, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*". Significa isto dizer que, concedida a tutela de urgência satisfativa em caráter antecedente, caso não seja impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples com a interposição do recurso cabível, ocorrerá a estabilização da decisão antecipatória e o processo será extinto.

Quanto a tutela de urgência cautelar antecedente, cabe destacar que é aquela requerida dentro do processo em que se pretende, posteriormente, formular o pedido de tutela definitiva, cautelar e satisfativa.

Seu objetivo é: i) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e ii) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.

O artigo 305 do CPC/2015, trata da petição inicial em que aquela tutela – provisória de urgência cautelar e antecedente – é pleiteada. Nela, o autor precisará indicar "a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar". Também o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo deve ser demonstrado.

#### **4 TUTELA DE URGÊNCIA NOS TRIBUNAIS**

Todas as competências exercidas pelos tribunais (TJ's, TRF's, STJ, STF) têm sede constitucional, seja na CF/1988, seja nas Constituições Estaduais. Todas as normas de competência que atribuem aos tribunais determinadas funções jurisdicionais podem ser consideradas indisponíveis, de regime absoluto, visto que instituídas por meio da adoção dos critérios material, pessoal ou funcional.

Ao exercer cada umas das espécies de competência deferidas pelo legislador, pode o tribunal ser convocado, por meio de pedido da parte interessada, a prover uma medida urgente, necessária a salvaguardar a utilidade prática do processo e a higidez do direito material. Sendo assim, é possível que a tutela de urgência seja requerida e analisada no curso de demandas de competência originária do tribunal, de recursos e até mesmo de



incidentes, variando, em cada um desses casos, a competência e até mesmo os requisitos para a sua concessão.

#### 4.1 Requisitos para o deferimento da tutela de urgência nos Tribunais

A tutela de urgência, como já explanado, deve ser deferida quando presentes seus requisitos positivos e ausentes os requisitos negativos. São requisitos positivos para a concessão da medida urgente:

- a) **O requerimento da pessoa interessada** – a tutela de urgência se subsume ao princípio dispositivo ou princípio da demanda, o que significa que depende da iniciativa da parte em requerer a providência emergencial. Além do simples fato de que o sistema processual civil brasileiro adota como regra a disposição inicial do processo pela parte, deve-se lembrar que a responsabilização objetiva pelos danos ocorridos por conta indevida concessão da medida urgente, imputada à parte, faz com que seja necessário que esta assumo expressamente o risco da atitude, sob pena de que se responsabilize por fato processual de terceiro (do Juiz) sem que tenha dado ensejo a tanto;
- b) **Plausibilidade do direito** – significa a probabilidade de razão daquele que requerer uma providência jurisdicional, seja recursal ou originária, ao tribunal;
- c) **O *periculum in mora* (perigo da demora)** – trata-se do perigo que a demora em se prestar a tutela jurisdicional pode trazer para a utilidade do processo e para a própria subsistência do direito material cuja proteção se requer. Pode-se dizer que é o elemento em torno do qual convergem todos os demais em sede de tutela de urgência, sendo móvel principal para as diferenças conceituais e práticas que a tutela de urgência apresenta em face de outras técnicas jurídico-processuais de tutela.

Por outro lado, são requisitos negativos para o deferimento da tutela de urgência nos tribunais: A irreversibilidade fática da medida de urgência – a medida de urgência deferida não pode ser, em regra, irreversível no mundo do ser, visto que proferida com base na cognição sumária do órgão julgador competente. O *periculum in mora* inverso (perigo de dano reverso) – o perigo inverso corresponde à análise desse requisito

importantíssimo da tutela de urgência sob o ponto de vista daquele que deve suportar os efeitos da decisão emergencial.

Basicamente, a ideia que quer expressar poderia ser sintetizada na seguinte pergunta, que o magistrado precisa fazer na hora de decidir: qual atitude é mais lesiva, manter o *status quo* (estado das coisas) ante e não deferir a proteção urgente pleiteada ou a de deferir a tutela de urgência? Há casos, entretanto, em que nem há necessidade de se raciocinar sob essa ótica, dada a pura e simples inexistência do *periculum in mora* inverso (perigo na demora reverso).

Sendo assim, se a medida urgente requerida tiver condão de permitir que a parte beneficiada já usufrua o direito material tutelado, ex. a posse de um carro, de uma casa, etc., deve ser concedida somente mediante a existência de elementos de persuasão mais robustos, dado o maior potencial lesivo do comando decisório.

#### **4.2 A tutela de urgência recursal**

Ao se pensar na tutela de urgência em sede recursal é possível identificar dois tipos de atitude que se pode requerer no curso desse procedimento: a) Pode-se requerer o deferimento de uma providência que, no juízo de piso, foi negada, ou seja, pode-se pleitear a tutela jurisdicional que foi indeferida em primeiro grau; b) Pode-se requerer a sustação da eficácia da decisão proferida no juízo de piso, o que corresponde ao deferimento do efeito suspensivo ao recurso.

Ao observar-se os dois modelos acima descritos, vê-se que, comparados ao esquema teórico exposto, acerca da tutela antecipada da tutela cautelar, os mesmos se caracterizam como espécies de antecipação dos efeitos práticos da tutela jurisdicional.

Contudo, essa afirmação pode até soar um pouco estranha com referência ao caso “b”, visto que é comum relacionar a concessão do efeito suspensivo ao recurso à ideia de cautelaridade, de proteção cautelar. Tanto é assim que é jurisprudência corrente nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais de Justiça, no STJ e no STF que o meio atípico apto para obtenção do efeito suspensivo a recurso é a ação cautelar inominada (DIDIER JÚNIOR et al., 2016).

A antecipação dos efeitos da tutela se caracteriza naquelas hipóteses em que antecipa o momento de fruição da providência jurisdicional requerida, dada a impossibilidade de se esperar por aquele que seria o seu momento adequado, sob pena de perecimento do direito.

Quando alguém recorre, o fim útil que pretende com o seu recurso é reformar ou anular a decisão, a fim de que a mesma não produza efeitos. Ora, se desde o início do procedimento recursal já se obtém um provimento jurisdicional que susta os efeitos da atacada, é óbvio que o mesmo antecipou parte dos efeitos práticos da tutela recursal pretendida.

Toda a tutela de urgência requerida em sede recursal se caracteriza como antecipação de tutela recursal, visto que um dos efeitos práticos do recurso, que a concessão do efeito suspensivo permite, é a sustação da eficácia do ato decisório impugnado. Embora todo o raciocínio acima desenvolvido esteja correto e se sustente na premissa adotada pela doutrina e jurisprudência majoritárias, que define do modo apresentado o que é a antecipação de tutela. A concessão do efeito suspensivo garante a utilidade da tutela recursal, que sem tal efeito talvez se esvaísse. E tal circunstância é uma característica eminentemente cautelar, definida pela doutrina por meio de termo instrumentalidade ao quadrado (GOUVÊA; THEOTONIO NEGRÃO, 2017).

Não se pode negar que, ao antecipar a fruição de um dos efeitos do provimento do recurso, que é retirar a eficácia da decisão impugnada, o efeito suspensivo protege a utilidade da tutela de urgência. Mas tal fenômeno é ínsito à própria disciplina da tutela de urgência, visto que, como já demonstrado, existe uma série de semelhança entre as duas espécies, tutela antecipada e tutela cautelar, que faz delas parte de um mesmo gênero. Essa circunstância, inclusive, faz com autorizada doutrina defenda a indistinção entre tais gêneros.

No plano recursal, o parágrafo único do art. 299 é expresso em assegurar que "(...) nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito". Assim, dúvidas não há quanto ao cabimento da tutela provisória em grau recursal. As inquietações emergem, de outra banda, no tocante ao tratamento posto no código em disciplinar a tutela provisória para diversas espécies recursais (LUNARDI, 2017).

Diante desse cenário, quanto a apelação, o art. 1.012, § 4º, do CPC, aponta como requisitos para a tutela provisória recursal destinada à suspensão da eficácia da sentença a demonstração da "(...) probabilidade de provimento do recurso ou relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação", redação esta idêntica quanto aos seus requisitos no que toca a tutela provisória concedida nos embargos de declaração, disciplinada no art. 1.026, § 1º, do CPC.

Decidiu a 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Tutela de evidência em segundo grau Embargos à adjudicação julgados improcedentes. Reconhecimento de litigância de má fé Extração da carta condicionada ao trânsito em julgado. Possibilidade de se reconhecer os requisitos específicos da tutela, conforme art. 311 e incisos do NCPC. Aplicação do artigo 932, caput e inciso II (localizado no Capítulo II da Ordem dos Processos no Tribunal) que permite ao relator analisar o pedido de tutela provisória enquanto gênero, sem fazer qualquer distinção sobre se o pedido é baseado em urgência ou evidência. Autorizada a expedição da carta - Pedido acolhido.

O Novo Código de Processo Civil inovou no âmbito recursal, dentre elas a de o relator conceder a tutela que não se limita as hipóteses do art. 995, parágrafo único, quanto à capacidade de o relator antecipar os efeitos da pretensão do recorrente, pois o artigo 932, caput e inciso II (localizado no Capítulo II da Ordem dos Processos no Tribunal) permite ao relator analisar o pedido de tutela provisória enquanto gênero, sem fazer qualquer distinção sobre se o pedido é baseado em urgência ou evidência (LUNARDI, 2017).

De um modo geral, a mensagem que se quer transmitir ao juiz, ao se identificar e diferenciar tais requisitos é a de que tenha mais cuidado e certeza ao proferir uma antecipação de tutela, visto que a mesma é potencialmente mais gravosa para o réu.

## **5 A TUTELA DE URGÊNCIA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Depois de seguidas mudanças legislativas, o recurso de agravo de instrumento apresenta um perfil totalmente distinto daquele recurso que originariamente foi previsto no Código de Processo Civil de 1973.

A princípio, o agravo de instrumento era uma opção do recorrente, ao lado do agravo retido. Após as alterações, cada uma dessas espécies recursais, os agravos de instrumento e retido, passou a ter hipótese de cabimento específicas.

Essa peculiaridade é interessante, num estudo como o presente, voltado à análise de tutela de urgência, pelo fato de que, modernamente, o agravo de instrumento é recurso dirigido à correção de erros no julgamento e no procedimento referentes às decisões

interlocutórias, quando haja urgência ou quando o agravo retido for, em outras hipóteses que não a primeira inútil.

Em suma, a regra é a de que o agravo de instrumento é um recurso cujo cabimento se preenche ante a presença do elemento urgência. Daí sua importância no contexto de tutela de urgência: a maioria das vezes que houve urgência na apreciação do recurso, fazendo com que o agravo de instrumento seja cabível, será nos casos em que a parte prejudicada tenta rever o pronunciamento do juízo *a quo* acerca do pedido de liminar.

Há solução legislativa distinta, contida no art. 527, II, do CPC. Transcreve-se o aludido artigo da Lei:

Art. 527 – Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

II – Converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa.

A regra em tela, embora pareça simples, num primeiro momento, apresenta algumas peculiaridades que precisam ser analisadas. Explica-se:

O agravo retido tem por escopo principal evitar a preclusão de questões que foram julgadas em primeiro grau. Sendo assim, só há interesse nesse recurso se o objeto de impugnação for questão abarcada pelo instituto da preclusão, o que afasta, pois de alcance deste as chamadas questões de ordem pública, que podem ser atacadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, até mesmo de ofício. Basta pensar: para que converter um recurso de agravo de instrumento que impugna uma decisão que considerou legítima uma parte ilegítima em agravo retido, se em sede de apelação pode-se impugnar a questão nas razões de recurso?

Em primeiro lugar, deve-se asseverar que duas são as possíveis medidas urgentes que podem ser requeridas ao relator, ambas voltadas a antecipar a fruição de um efeito prático da tutela recursal que se pleiteia: a suspensão da eficácia da decisão recorrida, o que se terá quando o recorrente tiver o intuito de restabelecer o *status quo* (o estado das coisas) anterior ao *decisum* (decisão) de primeiro grau; a antecipação da fruição de uma

medida que foi indeferida na instância prévia, como, por exemplo, uma antecipação de tutela. A primeira é reconhecida efeito suspensivo *ope judicis* (por obra do juiz); a segunda, o chamado efeito ativo (BUENO, 2018).

Uma vez presente a relevância da fundamentação (*fumus boni iuris ou verossimilhança*), deve o relator realizar um juízo de proporcionalidade entre o *periculum in mora inverso* (perigo de dano reverso), a fim de concluir se a evidência do direito bem como a urgência justificam o deferimento da medida liminar. Em vários momentos do procedimento recursal pode ser deferida a tutela de urgência, a saber: *Inaudita altera parte* (sem ouvir a outra parte), antes mesmo de se intimar o agravado; Após o contraditório do recorrido; Após o contraditório e a juntada das informações do juiz *a quo* etc. (DIDIER JÚNIOR et al., 2016).

Para Elpídio Donizetti (2018, p.497), trata-se de uma espécie de prova documental pré-constituída, cuja relevância é capaz de atingir o convencimento do julgador sem que haja necessidade de prévia instrução. Em se tratando de tutela de urgência em sede de agravo de instrumento, é do respeito que o juiz de piso deve à decisão, contraria à sua, proferida pelo tribunal.

É importante ter em mente essa regra, pois o juízo de piso estará impedido de inovar, violando o que tiver determinado o tribunal, se estiver a julgar as mesmas premissas fáticas que tiverem sido apreciadas pelo órgão jurisdicional *ad quem*, pois ter-se-ia, nessa hipótese, autêntica violação da autoridade do julgado emanado pelo órgão que exercer a função de reanálise, o que poderia dar ensejo, inclusive, à Reclamação ao STJ e ao STF, caso burla seja a decisões deles emanadas (BUENO, 2016).

Por outro lado, se tiver ocorrido mutação na situação fática, que demonstre consubstanciar-se novo quadro fático ainda não julgado, o julgador de primeiro grau teria a possibilidade e estaria livre para decidir pedido urgente, visto que o mesmo nunca antes passou pelo crivo do judiciário, em qualquer de suas instancias.

## 6 CONCLUSÃO

A tutela de provisória de urgência é o instrumento jurídico regulamentado pelo Código de Processo Civil que permite ao autor da ação fazer com que o juiz aprecie questões urgentes, as quais devem ser resolvidas antes do final do processo, quando verificado o risco de danos irreversíveis ou de eventual extinção dos direitos pretendidos.

Desta forma, ao analisar o instituto supramencionado, surge como seu objetivo maior a garantia de condições equitativas para a busca das prestações jurisdicionais, levando em



conta a razoável duração do processo. Não obstante, ainda se trata de tutela temporária, não definitiva, forjada após uma cognição sumária, razão pela qual pode ser revogada e modificada a qualquer momento.

Com o aumento dos processos contenciosos, os tribunais lotados e os serviços jurídicos morosos e ineficientes, fez-se necessário adequar o Direito Processual Civil, com o escopo de corrigir interpretações divergentes, a burocracia excessiva e a lentidão dos procedimentos. Nesse sentido, a tutela de urgência firma-se como fundamenta indispensável ao sistema jurídico.

O Código de Processo Civil uniformiza os pressupostos necessários para concessão das tutelas de urgência e prevê um regime comum para sua concessão em caráter incidental. Instituiu, contudo, regimes diferenciados para a concessão das tutelas de urgência antecedentes: antecipada (satisfativa) e cautelar.

Assim, prevê o art. 305, parágrafo único, CPC, que, uma vez requerida tutela cautelar em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é satisfativa, pode recebê-la, seguindo os procedimentos. Trata-se de fungibilidade progressiva, de conversão da medida cautelar em satisfativa, isto é, daquela menos agressiva para mais agressiva.

Se o legislador admite essa fungibilidade progressiva, deve-se admitir, por analogia, a fungibilidade regressiva da satisfativa para a cautelar. Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá ser recompensada. É preciso que a decisão tenha motivação clara nesse sentido, até mesmo para que o réu saiba das consequências de sua inércia, bem gravosas caso o pedido seja tutela provisória satisfativa.

Sendo assim, constata-se que a tutela de urgência estabelecida no Novo Código de Processo Civil é menos formal e burocrática, visto que, uma vez demonstrada o perigo de dano na situação, o deferimento da prestação jurisdicional de maneira antecipada ou cautelar, será mais rápido para atender o interesse da parte que necessita da tutela.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-DF, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em: 10 out. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estrutura à luz do Novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio *Scarpinella*. **Cursos sistematizado de direito processual civil**. 9 ed. São Paulo Saraiva, 2018.

DELFINO, Lúcio. **Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência**. In Revista de Processo n.º 122. São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria da Prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela: 4. ed. Local: Editora Jus Podivm, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Raphael. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da Prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FRIED, Roy Reis. **A tutela de urgência no processo civil brasileiro**. Reis Friede, Rodrigo Klippel, Thiago Albani. Niterói - RJ: Impetus, 2012.

GOUVÊA F; THEOTONIO NEGRÃO, José Roberto. **Comentários ao código de processo civil: da sentença e da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUNARDI, Fabricio Castagna. **Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9 ed. rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

**A REPRESENTATIVIDADE DAS MULHERES NA CÂMARA MUNICIPAL DE DOM ELISEU/PA: REFLEXÕES E APLICABILIDADE DE ACORDO COM O ARTIGO 10, §3º DA LEI 9504/97**

**ISLAYNE CRISTINA DOS REIS PARAISO:**

Graduanda do curso de Bacharelado em DIREITO do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA/Unisulma.

HENRY GUILHERME FERREIRA ANDRADE <sup>70</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo tem a finalidade de identificar a aplicabilidade do artigo 10, §3º da Lei 9504/97, e os seus reflexos na representatividade feminina da Câmara Municipal de Dom Eliseu-PA. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e uma análise documental de informações sobre a quantidade de candidatas do sexo feminino que participam das eleições municipais, em observação ao percentual da ocupação das cadeiras legislativas. Nesse sentido, realizou-se uma análise relacionada as cotas das candidaturas dos partidos políticos que atuam no município, e se configurou por meio de pesquisa descritiva e exploratória, em que o método utilizado foi o dedutivo, tendo como análise um estudo qualitativo e quantitativo, com a metodologia aplicada ao estudo histórico, e estatístico utilizando doutrinas, artigos, teses e entrevistas para que o objeto de estudo fosse alcançado de forma mais aprofundada. Portanto o estudo realizada possibilitou se perceber que desigualdade entre homens e mulheres é uma realidade, mas que modificá-la não será uma tarefa fácil, pois, ainda está enraizada em muitas mentes que a mulher não tem capacidade, contudo, existe e é possível muitos passos a serem dados para a efetivação da igualdade entre homens e mulheres.

**Palavras-Chave:** Mulheres. Inclusão. Política. Representatividade.

**ABSTRACT:** The present study aims to identify the applicability of article 10, §3 of Law 9504/97, and its effects on the female representation of the Dom Eliseu-PA City Council. This is a bibliographic research and a documentary analysis of information about the number of female candidates who participate in municipal elections, in observation of the percentage of occupation of legislative seats. In this sense, an analysis was carried out related to the quotas of the candidacies of the political parties that act in the municipality, and it was configured through descriptive and exploratory research, in which the method

---

<sup>70</sup> Professor Orientador. Henry Guilherme Ferreira Andrade. Esp. em Direito Civil e Empresarial. E-mail: [henryguilherme.f@gmail.com](mailto:henryguilherme.f@gmail.com)

used was the deductive, having as analysis a qualitative and quantitative study, with the methodology applied to the historical study, and statistical using doctrines, articles, theses and interviews so that the object of study could be reached in a deeper way. Therefore, the study carried out made it possible to perceive that inequality between men and women is a reality, but that changing it will not be an easy task, because it is still rooted in many minds that women do not have the capacity, however, there is and is possible many steps to be taken to achieve equality between men and women.

**Keywords:** Women. Inclusion. Politics. Representativeness.

## 1 INTRODUÇÃO

A representatividade feminina está sendo explorada em vários aspectos, não só no Brasil, mas também pelo Mundo. Como é sabido, através de pesquisas realizadas pelo IBGE (2019), a população feminina no Brasil é de 51,8%, ou seja, mais da metade da população brasileira, fazendo com que estas poderiam ser a maioria em vários cargos e funções no Brasil. Entretanto, a realidade é diferente, principalmente quando se é analisado o cenário político brasileiro, e os cargos públicos.

Nesse sentido, no primeiro momento analisou-se a influência do movimento feminista para a evolução dos direitos políticos feminino no Brasil, sendo importante pontuar que feminismo não é o oposto de machismo, pois o machismo é uma construção social que promove e justifica atos de agressão e opressão contra as mulheres, já o feminismo, é o movimento social que luta contra as manifestações do machismo na sociedade e tem como objetivo final construir uma sociedade que ofereça igualdade de condições entre os dois gêneros, inclusive na política.

Desse modo, destaca-se que as mulheres representam sete milhões a mais de votos, mas se tratando das cadeiras legislativas, ainda não têm representatividade proporcional a essa mesma quantidade nos Parlamentos ou nas Câmaras Municipais. E para amenizar essa diferença, foi instituída em 1995 a Lei nº 9.100, que estabeleceu normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, determinando em seu artigo 11, § 3º, vinte por cento (20%), no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidatas do sexo feminino.

Um ano após essa lei ser instituída, foi promulgada a lei 9.504/97, que consta no artigo 10, §3º que cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo, que está vigente até os dias atuais. O que claramente não resultou em um grande resultado, haja vista que o número de candidatas ainda é baixo.

Atualmente, na Bancada Feminina da ALEPA (Assembleia Legislativa do Estado do Pará), 10 (dez) deputadas representam a voz feminina entre os 41 assentos dos parlamentares. Através dessas 10 (dez) deputadas foi criado em 2019 a Frente Parlamentar Feminina e Procuradoria Especial da Mulher, fazendo assim com que a voz da mulher paraense fosse ouvida. E nas eleições municipais para o cargo de prefeito, no ano de 2020, na cidade de Dom Eliseu no Estado do Pará, obteve resultado de que dentre seis (06) candidatos para o cargo de prefeito apenas uma (01) mulher se candidatou e recebeu apenas 0,70% dos votos, sendo um homem eleito para o cargo. Para as cadeiras legislativas da câmara municipal apenas 65 eram do sexo feminino dentre 187 candidatos, sendo eleitas apenas duas (02) mulheres para ocuparem o cargo na cadeira legislativa e para dar voz as mulheres de Dom Eliseu-PA.

Portanto, a presente pesquisa buscou analisar a representatividade feminina na câmara municipal de Dom Eliseu no Pará, trazendo mais relevância para um assunto que é extremamente importante para o debate e para sociedade. E trouxe como questionamento Qual a Influência do parágrafo 3º do artigo 10, da Lei 9.504/97 em relação a candidatura das Mulheres as cadeiras Legislativas da Câmara Municipal de Dom Eliseu-PA?, e como instrumentos metodológicos para responder aos objetivos traz uma pesquisa descritiva e exploratória, com procedimentos técnicos bibliográficos e documental, método de abordagem dedutivo, e método de procedimento histórico. E por fim, apresenta uma entrevista realizada com a Vereadora Claudia Mageveski, com a professora Antônia Josélia dos Reis Silva, e Maria José Vieira Moraes, e Maria José de Sousa Amorim, com análise de dados qualitativo e quantitativo de acordo com a doutrina, legislação e posicionamentos do TSE sobre o tema em debate.

## **2 A INFLUENCIA DO MOVIMENTO FEMINISTA PARA A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS POLITICOS FEMININOS NO BRASIL**

### **2.1 A mulher e o Patriarcado**

Durante muitos anos, a mulher foi vista como a dona de casa e submissa as vontades do homem, a mãe dedicada que cuida e educa os filhos, para que seu esposo pudesse trabalhar e sustentar as despesas da casa e da família. E a mulher que pensava diferente e não cedia a essa submissão, era julgada e ridicularizada, e muitas vezes isso acontecia por influência dos líderes religiosos.

A mulher, na condição de esposa e mãe, era por vezes desafiada pela ordem instituída: vigiada, controlada e submetida pelo panoptismo do Estado e da Igreja. Gerar filhos, ter um casamento glorioso e ser a "rainha do lar", tornava a figura feminina perfeita. Essa plenitude feminina esperada pela ordem social era instituída, principalmente, às mulheres da elite com boas condições financeiras na família (CAVALCANTI, 2020 p. 18).

Isso acontecia devido ao sistema patriarcal, no qual julgava que a capacidade da mulher sempre é caráter duvidoso, e que até mesmo nos dias atuais, esse sistema ainda tenta derrubar e desconstruir a luta pelo lugar de fala, e de representatividade, que vem sendo vencida há anos graças aos movimentos sufragistas, e graças a todas as mulheres que insistiam em ir às ruas pedir por todos os direitos que foram conquistados até os dias atuais.

Juntamente com o sufrágio universal e a quebra do paradigma do sistema patriarcal, veio as ondas e os movimentos feministas, nas quais muitas mulheres buscavam a dignidade, o respeito, a igualdade, a fraternidade, e todos os direitos e deveres que lhes eram restritos a época. Com todas essas notícias de que mulheres estavam começando a lutar pelo seu direito de voz e de lugar na sociedade, desencadeou nos surgimentos das ondas feministas, na qual várias mulheres se reuniam e organizavam planos de e manifestações políticas, a fim de mostrar força e coragem.

A luta por essa igualdade na sociedade, principalmente nas relações de poder, como na Política, é fruto do resultado da coragem e da astúcia de muitas mulheres, passando por cima do patriarcado, e como consequência, influenciando outras mulheres a buscar a igualdade em todas as esferas possíveis, haja vista que na política, e nas cadeiras legislativas, existe uma grande diferença de igualdade, e principalmente nas relações de poder, cenário este que necessita de mudanças.

Foi necessário muitas agitações e manifestações para que as vozes femininas fossem ouvidas, visto que já estavam fartas de serem excluídas, humilhadas, inferiorizadas e subordinadas por um sistema que não aceita a igualdade entre homens e mulheres, e sim tendem a inferiorizar violenta e silenciosamente o gênero feminino.

Antes, como dito, as mulheres eram excluídas de todas as decisões tomadas pelos homens. A mulher não tinha direito ao voto, a educação, ao trabalho, e somente era submissa, e obedecia ao que sistema patriarcal determinava que ela fizesse, como por exemplo:

(...) entendemos que o sistema patriarcal perdurado por tanto tempo, possibilita que os homens oprimam as mulheres quando não agem de acordo com suas vontades, diante de qualquer atitude em discordância, o homem se vê no direito de usar de diversos tipos de abuso, seja ele físico, psicológico ou sexual, para impor a soberania que se acha possuidor. Algo que já deveria ter sido mudado e apagado da nossa história, porém, mesmo com tantos esforços, esse tipo de conduta ainda faz parte da nossa realidade atual, e assombra a vida de muitas mulheres (SANTOS, 2020 p. 8).



O sistema patriarcal, é uma realidade que até os dias atuais tem poder, não com a mesma força que tinham antes, mas ainda sim influencia bastante nas relações de igualdade de gênero.

## **2.2 As Primeiras Mulheres em Cargos Políticos no Brasil**

Inicialmente, cabe destacar que Santos (2020, p. 11) no Brasil, uma das primeiras protagonistas a dar início a esses movimentos feministas, foi Josefina Álveres de Azevedo que através de seu Jornal realizava ali as suas primeiras manifestações públicas do feminismo, atingindo o público feminino com pensamentos de autonomia.

Com grande influência do Partido Republicano Feminino (PRF), que fazia manifestações públicas e pressionavam o governo para lhe fosse conferido o direito de voto, somente em 1927, que o movimento sufragista no Brasil teve sua primeira conquista, com o devido reconhecimento de alistamento eleitoral de mulheres, esse marco ocorreu no Estado do Rio Grande do Norte e contribuiu de forma excepcional para as conquistas adiantes, estendendo a todo território nacional no ano de 1932 e incorporado a Constituição Federal de 1934, mesmo que de forma facultativa, o voto feminino, tendo sido equiparado ao voto masculino apenas em 1965 pelo Código Eleitoral (SANTOS, 2020, p. 11).

De acordo com Sua Pesquisa (2022), no ano de 1929, Alzira Soriano tomou posse como prefeita na cidade de Lages no Estado do Rio Grande do Norte, decorrente das eleições de 1928. Em 1934, a primeira mulher a ocupar o cargo de deputada federal é Carlota Pereira de Queiros. No de 1929, na cidade de Lages no Estado do Rio Grande do Norte, a primeira mulher prefeita a tomar posse do cargo, é Alzira Soriano.

Conforme a Memória Política de Santa Catarina (2022), a primeira Parlamentar Negra, foi a Professora Antonieta de Barros, no ano de 1934, filha de uma escrava liberta, foi eleita para a Assembleia de Santa Catarina, em 1945, outra vez disputou cargo de Deputada Estadual à Casa Legislativa Catarinense, agora pelo Partido Social Democrático (PSD), no qual foi eleita com 2.092 votos, sendo a segunda suplência do partido, assumindo a vaga em junho de 1948, e integrou a 1ª Legislatura (1947-1951), novamente a única mulher no Parlamento Estadual. Em 1979, Eunice Michiles tornou-se a primeira senadora do Brasil. Entre 24 de agosto de 1982 e 15 de março de 1985, o Brasil teve a primeira mulher ministra. Foi Esther de Figueiredo Ferraz, ocupando a pasta da Educação e Cultura, de acordo com o site Sua Pesquisa (2022).

A primeira candidatura de uma mulher para a presidência da República, aconteceu em 1989, a candidata era Maria Pio de Abreu, do PN (Partido Nacional) ao disputar as

eleições de 1989, recebendo cerca de 180 mil votos e terminou o primeiro turno em 16º lugar, segundo o site Diário de Metrôpoles (2022).

Assim, o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) em 2022, Laélia Alcântara foi a primeira senadora negra no Brasil e a segunda mulher a ocupar cadeira no Senado na história republicana. Iolanda Fleming foi a primeira mulher a governar um estado brasileiro. Eleita vice-governadora do Acre em 1982, na chapa encabeçada por Nabor Júnior, assumiu o governo por cerca de 300 dias após a saída do titular, em 1986, para disputar vaga no Senado Federal.

Em 1995, Roseana Sarney se tornou a primeira governadora do Brasil, e segundo a Fundação Getúlio Vargas CPDOC, em outubro de 1990 Roseana Sarney elegeu-se deputada federal pelo seu estado natal do Partido da Frente Liberal (PFL), foi a deputada mais votada do Maranhão, com 44.785 votos. Assumiu uma cadeira na Câmara dos Deputados em fevereiro de 1991 e tornou-se membro titular da Comissão de Economia, Indústria e Comércio e suplente da Comissão de Relações Exteriores. Juntamente com outros deputados do Maranhão, compôs o grupo de cerca de 30 (trinta) parlamentares.

A primeira Mulher a Governar o Brasil foi Dilma Rousseff, eleita Presidente da República em 2010 pelo PT (Partido dos Trabalhadores), vencendo as eleições presidenciais no segundo turno. Em 2014, ela ganhou sua segunda eleição presidencial, alcançando 55,7 milhões de votos, de acordo com a Agência Senado 2014. Entretanto, foi afastada do poder, em 2016, através de um processo de impeachment.

### **2.3 A Mulher na Política da Atualidade**

Como é sabido, a trajetória feminina na política foi uma luta árdua e dura até conseguir o direito de ter um espaço em um meio em que o patriarcado ainda possui forças. Graças a uma luta ferrenha contra o sistema no qual oprimia a voz da mulher, muitas mulheres conseguiram ter essa voz na política, apesar de ainda existir atualmente um governo contraditório e opressor as mulheres.

Na atualidade, há diversas mulheres ingressando na política como candidatas, devido as eleições desse ano de 2022, na qual irão eleger ou reeleger representantes parlamentares em todos os Estados do Brasil, assim como para Presidência do Brasil.

De acordo com a Agência Senado (2022), as candidaturas femininas bateram recorde este ano, com 33,3% dos registros nas esferas federal, estadual e distrital. As mulheres representam 53% do eleitorado do país, o que corresponde a 82 milhões de votantes.

Além disso, o levantamento da ONU divulgado em setembro de 2021, existem 27 países em que as mulheres representam menos de 10% dos parlamentares, incluindo

quatro que não possuem sequer uma representante feminina. Em média, a participação das mulheres nos parlamentos é de 25%, ficando o Brasil abaixo da média atual, com apenas 14,8% de representantes mulheres, segundo a Agencia Senado (2022).

Nesse ritmo, ainda segundo a ONU, a paridade de gênero nos órgãos legislativos nacionais não será alcançada antes de 2063. O estudo mostra ainda que existem apenas 26 (vinte e seis) mulheres atuando como chefes de Estado ou de governo em 24 dos 193 países analisados. A igualdade de gênero nas posições mais altas do poder não será alcançada nos próximos 130 anos, Agencia Senado (2022).

De acordo com a Agencia Câmara de Notícias (2022), na base de dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) neste ano estão 3.596 candidatas mulheres (35%), para ocupar os cargos de deputada federal, quando em 2018 foram inscritas 2.767 mulheres equivalente a 32%.

Diante do exposto, a CNN Brasil (2022), as mulheres representam 17% das 223 candidaturas aos governos estaduais, segundo levantamento da CNN com base nos dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ao todo, são 38 (trinta e oito) candidatas, sendo que 3 (três) delas lideram as pesquisas de intenção de voto a pouco mais de um mês para o primeiro turno, e se comparado as eleições de 2018, número de mulheres que concorrem aos governos estaduais é maior. Em 2018, das 202 (duzentas e duas) candidaturas de governadores, 30 (trinta) eram de mulheres.

Na base de dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) neste ano estão registradas 53 candidatas do sexo feminino, o que corresponde a 22,5% dos concorrentes. Em 2018, A Justiça Eleitoral registrou 17,6% mulheres na disputa para o Senado. Quatro anos antes eram 18,9%. Mesmo com o crescimento deste ano, o percentual ainda está distante dos objetivos de ao menos 33% de candidaturas femininas registradas para todos os cargos, segundo a Agência Senado (2022).

Toda sociedade possui uma forma de escolha de seus representantes, o voto é uma das formas de escolher e eleger esses representantes, garantindo assim a democracia. O "Voto significa o ato de escolher os representantes de uma sociedade, é manifestar a vontade ou a opinião individual através do ato ou processo eleitoral [...]" (JAEGER, 2004, p. 12).

A forma de escolher representantes no Brasil já passou por várias etapas, nas quais ocorriam muitas fraudes eleitorais, pois os cidadãos não eram livres democraticamente para escolher seus candidatos, e o voto não era secreto. Mesmo após a proclamação da República em 1889, o voto ainda continuou restrito para alguns cidadãos, como as

mulheres, os analfabetos, os soldados de baixa patente, os padres, os indígenas e os pobres.

É importante destacar que a Revista Encontro (2020), em 1532 o voto era somente na esfera municipal, no qual os moradores da cidade de São Vicente, no estado de São Paulo, elegeram de forma indireta um conselho municipal, até que em 1822, o Brasil conseguiu sua própria legislação eleitoral, servindo esta como base para a assembleia geral constituinte de 1824, na qual somente alguns cidadãos que eram considerados homens de bem naquela época poderiam votar.

Em 1891, o voto passou a ser na esfera Federal, com as indicações de Presidente e Vice-Presidente. “Em 1932, durante a Era Vargas, foram criados o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais, e logo após o Código Eleitoral Brasileiro, no qual as mulheres poderiam votar, como também o voto seria secreto”, conforme Mika Resende, em seu artigo sobre o Sufrágio Universal. Entretanto, mesmo após a proclamação da República foi instaurado a ditadura, no qual os brasileiros ficaram por oito anos sem exercer seu Sufrágio.

Contudo, somente após o Movimento conhecido como Direitas Já, foi que o Sufrágio voltou a ser exercido pelos cidadãos brasileiros, por volta de 1985. E com a eleição do Presidente Tancredo Neves, houve o fim da ditadura militar, e ficou instituída em 1993 o presidencialismo como forma de governo.

A Constituição Federal de 1988, estabelece a igualdade entre todos os cidadãos, fazendo com que vários cidadãos pudessem exercer seu direito ao voto direto, secreto e obrigatório, sendo este voto facultativo para os analfabetos, para os idosos acima de 70 anos de idade, maiores de 16 e menores de 18 anos. Uma luta travada por muitas pessoas afim de exercer todos os seus direitos de escolher seus representantes, por exemplo.

Na República Federativa do Brasil o voto é obrigatório e devemos encarar essa obrigatoriedade como um privilégio, pois nós, cidadãos e eleitores, ao exercer o direito de votar, somos responsáveis por depositar a confiança em representantes que consideramos capazes, de em nosso nome, escolher o melhor para a comunidade (JAEGGER, 2004, p. 13).

Com isso, a igualdade entre todos prevista no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988 trouxe a libertação do povo brasileiro, fazendo com que todos possam exercer os direitos e os deveres sem distinção de classe social, cor, raça, etnia etc.

O Brasil somente adotou a cota de gênero no ano de 1995 através da Lei nº 9.100/95 que estabeleceu o mínimo 20% das cotas para a candidatura de mulheres, e isso só se deu devido as alterações de propostas pelo Projeto de Lei nº 783, de 1995, de autoria da então Deputada Marta Suplicy do PT. Entretanto, o total de vagas não foram preenchidas.

Assim, por meio da Lei nº 12.034, no ano de 2009, aconteceu uma alteração no texto que em que a redação do art. 10, § 3º da Lei nº 9.504/1997, foi substituído o termo “deverá reservar” por “preencherá”, restando a seguinte redação final:

Nesse contexto, como isso, a redação do artigo 10, §3º da Lei 9504/97, ficou a seguinte:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

§ 3º. Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Recentemente, a Emenda Constitucional (EC) nº 97/2017, com o fim das coligações, ficou determinado que cada partido deverá, individualmente, indicar o mínimo de 30% de mulheres filiadas para concorrer na demanda, o que deve estimular as mulheres a se candidatarem para concorrer às eleições.

Nas Eleições 2018, o TSE decidiu que deveriam reservar pelo menos 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, para financiar as campanhas das candidatas do sexo feminino no período eleitoral, assim como o tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão.

Com isso, percebe-se que a mulher tem conquistado aos poucos seu espaço na política, apesar de ainda faltar muito para que consigam ocupar 50% das cadeiras legislativas ou mais, cargos políticos.

#### **4 AS MULHERES NA POLITICA NA CIDADE DE DOM ELISEU ESTADO DO PARÁ**

O presente estudo teve como finalidade de identificar a aplicabilidade do art. 10, §3º, da Lei 9.504/97, e os reflexos na representatividade feminina na Câmara Municipal de Dom Eliseu-PA, que se apresenta como universo da pesquisa. O município possui 5 268,8 km² e contava com 59 719 habitantes no último censo em 2021, se situa a 73 km ao Norte-Oeste de Açailândia (CIDADE BRASIL, 2022). Neste município a participação feminina na qual o percentual é sempre no limite da cota de 30%, não é diferente dos outros estados Brasil, e apesar disso, ainda sim a luta pela igualdade continua.

Como plano de coleta de dados realizou-se uma entrevista semiestruturada (APÊNDICE A, B, C, D, p.19-22) com o objetivo de saber a opinião de algumas figuras femininas importantes na cidade de Dom Eliseu-PA, composta de 7 (sete) perguntas, direcionadas a Vereadora Cláudia Mageveski, a ex vereadora Cinélia, a ex vereadora Maria José, e a ex candidata a vereadora Professora Josélia .

Nesse sentido, como plano de análise dos dados coletados nas entrevistas, utilizou-se a análise qualitativa e quantitativa relacionada as cotas das candidaturas dos partidos políticos que atuam no município, pautado a discussão dos resultados na pesquisa bibliográfica e documental fundamentando em doutrina, artigos científicos, e a análise da legislação pertinente ao tema.

Nesse estudo parte de uma análise documental de informações sobre a quantidade de candidatas do sexo feminino se candidatam as eleições municipais, e quantas conseguem ocupar as cadeiras legislativas. Sendo assim foram realizadas entrevistas com 4 (quatro) mulheres distintas, com o intuito de analisar o quadro representativo das mulheres na política em Dom Eliseu-PA.

#### **4.2 As mulheres na política atualmente na Cidade de Dom Eliseu: análise e discussão dos resultados**

É sabido que a participação feminina na política tem crescido de uma certa forma que encoraja outras mulheres a ingressarem nesse mundo político, em que mulheres dão voz as outras mulheres.

Atualmente, 2 (duas) mulheres ocupam as cadeiras da câmara municipal da cidade de Dom Eliseu/PA, uma é a vereadora reeleita Claudia Mageveski, que já está a bastante tempo na carreira política, incentivando outras mulheres e dando voz a elas, a outra é Adriana do Pague Menos, que também cumpre o papel de dar voz a outras mulheres na política e em todas as áreas que se achar necessário.

Ambas, tem uma história com a cidade, assim como outras mulheres que ajudam e incentivam outras mulheres. Apesar de ser uma cidade com a população de pouco mais de 60 mil pessoas, ainda é uma área que possui pouca participação da mulher na política, e como essas duas vereadoras dando voz a outras mulheres, se espera que essa participação aumente, e que essa cota de 30% fique somente para o sexo masculino.

Como outrora mencionado, a vereadora Cláudia Mageveski de Souza ingressou na política no ano de 2004, com a finalidade de representar a Vila Bela Vista, haja vista que já era conhecida na área da saúde em sua região. Atualmente, está em 4º mandato, e possui incontáveis projetos em benefício da população.



Na entrevista realizada foi questionado a Cláudia Mageveski quando e porque decidiu entrar na política? E se obteve como resposta:

“Decidir entrar na política, primeiro porque as pessoas da minha comunidade de Itinga do Pará, sempre pediu para mim as representar. Por que achava que eu seria uma boa representante pelo fato de eu sempre estava defendendo elas e principalmente as mulheres, mas voltada pelo lado da Saúde entendeu, como eu sou técnica em enfermagem eu trabalhava muito na saúde, marcava muitos exames e eu achei que estando vereadora representando o meu povo eu poderia fazer muito mais, poderia defender não só buscando melhorias, mas também com projetos de lei voltado a política pública da mulher, e aí eu via eu me sentia muito indignada com como sempre teve na saúde, pois a dificuldade em marcar exames, e tantas outras coisas exames específicos voltados para mulher como preventivo e eu achei que eu como vereadora, do meu município da minha vila, eu poderia fazer muito mais poderia fazer a diferença e aí sim eu fui candidata a primeira vez em 2004 não fui eleita. Quanto aos projetos de lei já estou no meu quarto mandato, projetos de lei foram muitos, um por exemplo é o posto de saúde da minha vila, Itinga do Pará funcionar 24 horas com pedido que eu fiz durante todo o meu mandato e só nesse mandato eu conseguir”. Para a entrevistada “na hora de se candidatar as mulheres não vem a grande maioria ser candidatas, até na hora de se candidatar é difícil a gente conseguir colocar 30% no máximo de mulher e só coloca 30% porque já é uma lei que tem que e tem que ter esse percentual. As próprias mulheres que não querem ser candidatas, temos que incentivar cada vez para elas terem mais coragem com mais força, porque lugar de mulher é onde ela quiser, inclusive na política, mas se você não é candidata como você vai saber se você vai conseguir. Porque o que está faltando não é assim articulação política para nós sermos, o que está faltando são mais mulheres com olhares com mais coragem com mais engajamento, a mulher tem que ser usado tem que tem que ter mais coragem entendeu audaciosa enfrentar mesmo não pode ficar só para trás e correndo para trás se escorando com medo não mas temos que dá a cara tapa ir para cima mesmo. “Eu fui candidata a vereadora a 1º em 2004, cheguei em Dom Eliseu em 1989, em 2004 primeira vez não foi eleita mas já terminou a votação eu fiquei primeiro suplente, eleita em 2008 e agora última eleição com 628 votos, sou casada, mãe de 2 filhos, me orgulho muito de

estar vereadora de representar Itinga do Pará, município de Dom Eliseu pelo quarto mandato, já sou mulher meio intrépida, meio confuseira, gosto muito da área em que eu trabalho hoje, antes eu era técnica de enfermagem, hoje trabalho com paisagismo, jardinagem, viveiro de produção de mudas a quase 12 anos é uma área que eu gosto muito também e também gostava muito da área da saúde mas às vezes a gente tem que optar né não teria condições de ter tripla jornada”.

Em 2008, uma mulher chamada Vera Lucia Santos da Silva se candidatou a vice, entretanto antes das eleições daquele ano ela renunciou ao cargo, e novamente não houve voz feminina para o cargo. Para o cargo de vereadora, dentre 19 (dezenove) candidatas, Claudia Mageveski foi eleita pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), assim como a Vereadora Cinélia eleita pelo PMDB, ficando somente essas duas vozes femininas na câmara municipal de Dom Eliseu-PA (TSE, 2022).

Em entrevista com Maria José Vieira Morais, foi perguntado quando e porque decidiu entrar na política, que também já ocupou cargo na câmara legislativa em Dom Eliseu? E ela respondeu que:

“Antes Dom Eliseu/PA era conhecido como KM 0 (zero), logo depois passou a se chamar Vila Felinto Miller, tempo depois recebeu emancipação e passou a se chamar Dom Eliseu/PA. Então eu passei a sentir a necessidade de ter uma mulher representando a cidade, e eu sair candidata a vereadora. Fiquei uns anos sem me candidatar, somente apoiando outras pessoas. Logo depois eu senti a necessidade de me candidatar novamente, e sai candidata, eleita a mais votada em 1º lugar, com 1.124 votos, com mais de 10% dos votos. Depois fui secretária de saúde, depois secretária da assistência social e depois secretária de cultura. Fui também a única mulher em Dom Eliseu/PA, a fazer um concurso para Motorista de Ambulância, e exerci esse trabalho por quase 02 anos. Depois voltei para o mandato de vereadora. Então, decidi me candidatar a prefeita, mas fui eleita. Depois fui candidata novamente a vereadora e eleita no ano de 2016 não cheguei ocupar o cargo. Sempre incentivo outras mulheres a se filiarem aos partidos, entrar na política, pois o Brasil precisa de mais mulheres na política, pois temos que nos empoderar, e somos iguais a qualquer outro homem. O preconceito na Política em relação as mulheres ainda são muito fortes, ainda é uma área que homens predominam. Eles apenas procuram as mulheres na intenção de preencher as cotas, chegando a ir atrás de candidatas mulheres

somente com essa finalidade. Como eu falei anteriormente, eu sempre busco incentivar outras mulheres a entrar nesse meio. Então é necessário que as mulheres se unam e façam a diferença naquela Câmara de vereadores”.

Ademais, a primeira mulher a se candidatar a um cargo político na cidade foi Maria José Vieira Moraes, mais conhecida como “Maria José”. Ela se candidatou pelo PPS (Partido Popular Socialista), que atualmente é CIDADANIA, no ano de 2000, para o cargo de prefeita, entretanto, a candidata não foi eleita, mas abriu espaço e incentivou outras mulheres a ingressarem na carreira política local (TSE, 2022).

A também entrevistada Antônia Josélia dos Reis Silva, foram direcionadas as seguintes perguntas: Quando e porque decidiu entrar na política? Um pouco dos seus projetos para População? Quanto as mulheres, o que você acha de sempre serem minorias nas casas legislativas? Você acha que os partidos incentivam as mulheres a entrarem na política? O que você acha sobre do artigo 10, §3º da Lei 9504/97, no qual fala que 30% é para um sexo e 70% para o outro? E se obteve como resposta:

“Sou filiada a 15 anos, mas só decidi me candidatar em 2020 e fiz isto por acreditar que é na política que se resolve as coisas. Lutar por políticas públicas voltadas para a juventude sobretudo relacionadas ao acesso ao Ensino Superior. Políticas públicas de apoio às mulheres. Lutar por uma cultura reavivada. Creio que a verdadeira revolução no capô político e social somente ocorrerá quando tivermos uma participação mais expressiva da ala feminina. Para isso mulheres precisam acreditar e apoiar mulheres. Creio ser um movimento de conscientização sobretudo “de nós para nós mesmas”. Há incentivo apenas devido as cotas partidárias, mas de fato ainda temos que lutar muito para sermos ouvidas e respeitadas. Expressa bem a sociedade em que vivemos. As leis também condicionam a cultura que versa”.

No entanto, apesar do grande avanço que é a previsão de cota de gênero de acordo com o artigo 10, §3º da Lei 9504/97” a existência da lacuna acerca de penalidades aplicável aos Partidos Políticos que não cumprem a determinação legal, bem como não incentiva a participação efetiva das mulheres na condição de candidata, prejudica a efetividade da disposição legal, impossibilitando a mulher de assumir uma posição relevante frente a política brasileira e não atuar somente como eleitora. Infelizmente, boa parte das mulheres não sentem o desejo de estar à frente em determinados cargos públicos, pois em seus subconscientes estão enraizadas a falta de capacidade, temor este que foram adquiridos aos longos anos de muita submissão. E de acordo com o site Agencia Senado (2022) “nós

temos poucas mulheres presidentes nacionais, temos poucas mulheres nos espaços importantes de decisão dos partidos políticos”.

Em entrevista Maria de Sousa Amorim, conhecida como “Cinélia”, mencionou que:

“No ano de 1992, trabalhava como professora voluntária, porém me senti no dever de ajudar a comunidade onde moro, na época, existiam muitas dificuldades, foi quando decidi colocar meu nome para concorrer a uma das vagas do cargo de vereadora na câmara Municipal de Dom Eliseu e fui eleita. Meus projetos enquanto exercia o mandato de vereadora com minha aprovação foram: Na Saúde, Indicação de Ambulâncias, A construção do hospital municipal, Reformas e construções para todos os postos de saúde e também várias benfeitorias relacionado a Infância e Juventude, Educação, Assistência Social, Segurança, Esporte, Lazer e turismo, Cultura, Agricultura, Meio Ambiente etc.. Representamos mais de 50% da população, mas viemos de uma cultura patriarcal que nos oprime. Sofremos com a violência física, a psicológica, a patrimonial, a sexual. Consideramos muito grave todas elas, mas também consideramos muito mais grave a violência política. A não permissão e o não entender a criação da Bancada Feminina também é uma violência contra as mulheres. É preciso, sim, mudar esse conceito machista e patriarcal que impede as mulheres de ocuparem cargos na política. A legislação já exige um mínimo de 30% de candidaturas femininas desde 1997, mas esse percentual só foi alcançado em 2014. O motivo é que os partidos interpretavam que precisavam apenas reservar os 30% e não preencher, o que foi corrigido depois. Acho desfavorável a predominância masculina nos partidos políticos. “Historicamente, eles tiveram ampla maioria masculina no controle dos recursos e na ocupação dos espaços, cargos eletivos e não eletivos inclusive”. Na América do Sul o Brasil é a maior potência, e é o país com menor representação feminina na política, para mim o entendimento a ser adotado, é que se não cumprir os trinta por cento de mulheres, um partido é obrigado a tirar um homem. A representatividade feminina é um meio de nos identificarmos e percebermos que não estamos sozinhas”.

Para ocupar as cadeiras da câmara dos vereadores da cidade, foram 18 (dezoito) mulheres candidatas, e apenas 2 (duas) eleitas, sendo elas, Maria de Sousa Amorim, conhecida como “Cinélia”, eleita pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), e a candidata Maria Auxiliadora Venturim, conhecida como “Auxiliadora”, eleita

também pelo PMDB. Totalizando assim, em 27% a participação feminina na política no ano de 2000 (TSE, 2022).

Nas eleições municipais de 2012, o cenário para o cargo de vereador cresceu um pouco mais, elegendo 4 (quatro) mulheres das 31 (trinta e um) candidatas. As mulheres eleitas foram Claudia Mageski, eleita pelo (PDT), a vereadora Cinélia, indo para mais um mandato como vereadora, eleita pelo PMDB, a Maria José, também com 2º mandato eleita pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), e a Ivanete Colaço Ribeiro Rodrigues, conhecida como “Professora Ivanete”, eleita pelo PTB, totalizando em 26% de participação feminina na política municipal, e com o maior número de mulheres a ocuparem as cadeiras legislativas.

No ano de 2020, ocorreu as eleições municipais com o maior número de candidatas, mas sempre na margem de 30%, no qual pela segunda vez, uma mulher se candidatou ao cargo de prefeita municipal, cujo nome é Dinalva Ferreira de Sousa, que ingressou na política em decorrência do falecimento de seu filho que ocorreu dias antes das eleições municipais no qual era candidato pelo partido SOLIDARIEDADE. A candidata não foi eleita. A vereadora Cinélia, se candidatou a vice do então prefeito Ayeso Gaston, entretanto, também não se elegeram (TSE, 2022).

Destaca-se no cenário das candidaturas para ocupar as cadeiras da Câmara Municipal, foram o total de 74 mulheres a se candidatarem para o cargo, e somente 2 (duas) foram eleitas, sendo elas Claudia Mageveski, eleita pelo PDT com o seu 4º mandato como vereadora, e a Adriana de Araujo Rodrigues Nunes, conhecida como “Adriana do Pague menos”, eleita pelo PSDB.

Com isso, há de se notar, que a participação da mulher nas eleições municipais tem crescido no decorrer dos anos, mas nunca ultrapassando o percentual de 30% estabelecido na lei 9.504/97.

Assim sendo, perceber a desigualdade entre homens e mulheres é fácil, mas modificá-la, não. Isso porque, por muitos anos, a mulher foi impedida de estudar, de trabalhar e mantida na esfera privada, como uma forma de aprisionamento e desrespeito aos seus direitos fundamentais. Atualmente, no Brasil, é permitida a presença da mulher na esfera política, todavia este exercício desse direito ainda não é totalmente preenchido, pois para sermos realmente iguais precisamos de incentivos, pois ainda está enraizada em muitas mentes de que a mulher não tem capacidade, conforme já argumentado acima. Existem muitos passos a serem dados para a efetivação da igualdade entre homens e mulheres, conforme preconizada na Constituição Federal (artigo 5º), mas para isso, precisamos romper com as desigualdades entre homens e mulheres existente hoje no Brasil.

No entanto, apesar do grande avanço que é a previsão de cota de gênero de acordo com o artigo 10, §3º da Lei 9504/97” a existência da lacuna acerca de penalidades aplicável aos Partidos Políticos que não cumprem a determinação legal, bem como não incentiva a participação efetiva das mulheres na condição de candidata, prejudica a efetividade da disposição legal, impossibilitando a mulher de assumir uma posição relevante frente a política brasileira e não atuar somente como eleitora. Infelizmente boa parte das mulheres não sentem o desejo de estar à frente em determinados cargos públicos, pois em seus subconscientes estão enraizadas a falta de capacidade, temor este que foram adquiridos aos longos anos de muita submissão.

De acordo com Agencia Senado (2022) “nós temos poucas mulheres presidentes nacionais, temos poucas mulheres nos espaços importantes de decisão dos partidos políticos”.

Nessa mesma linha de raciocínio, esse estudo teve como objetivo uma pesquisa descritiva e exploratória. Seus procedimentos técnicos foram bibliográficos e juntamente com o estudo de campo, a melhor análise desta pesquisa. O método utilizado foi o dedutivo, tendo como análise um estudo qualitativo e quantitativo, com a metodologia aplicada ao estudo histórico, e estatístico utilizando doutrinas, artigos, teses e entrevistas para que o objeto de estudo fosse alcançado de forma mais aprofundada.

É pertinente descrever a evolução histórica do voto da mulher no Brasil de forma minuciosa destacando os movimentos que influenciaram e como influenciam essa evolução.

Portanto, a finalidade desse estudo espera contribuir com mais pesquisas a cerca desse tema, para que assim gere mais interesse as mulheres para que ingressem e apoiem outras mulheres no âmbito eleitoral, promovendo assim aos discentes uma base aos futuros pesquisadores. Espera-se também, que esse tema gere mais debate e discussões relevantes não só na cidade de Dom Eliseu-PA, mas também nas Universidades, fazendo assim com que o interesse a cerca dessa área de pesquisa cresça na qualidade e na quantidade para que mais mulheres conheçam seus direitos, e a realidade da eficácia da aplicabilidade do artigo 10, §3º da Lei 9504/97 em relação ao sexo feminino nas cadeiras legislativas.

#### **4 CONCLUSÃO**

Portanto, a luta das mulheres em todos os setores políticos é longa, a pesar de serem mais de 50% da população, ocupam menos de 10% na Câmara de Deputados e menos de 20% no Senado Federal e apenas no ano de 2010, tivemos a primeira presidente mulher Dilma Rousseff que ainda assim não conseguiu terminar seu segundo mandato, por diversos motivos. Para confrontar tais dificuldades é necessário um dispositivo legal que



ampare a mulher na disputa eleitoral, tal mecanismo foi instituído na lei brasileira através do artigo 10 da Lei nº 9504/96. Desse modo, mesmo esse sistema de cotas brasileiro não se propõe a uma igualdade de gênero dentro do Congresso Nacional, mas sim diminuir a discrepância entre homens e mulheres eleitos.

Na cidade de Dom Eliseu, no Estado do Pará, a participação feminina na qual o percentual é sempre no limite da cota de 30%, não é diferente dos outros estados Brasil, e apesar disso, ainda sim a luta pela igualdade continua.

Nesse cenário, percebe-se que a mulher tem conquistado aos poucos seu espaço na política, apesar de ainda faltar muito para que consigam ocupar 50% das cadeiras legislativas ou mais, cargos políticos. Existem muitos passos a serem dados para a efetivação da igualdade entre homens e mulheres, conforme estabelece a Constituição Federal, mas para isso, precisamos romper com as desigualdades entre homens e mulheres existente hoje no Brasil.

É necessário afirmar que o presente trabalho, pautou-se em poder contribuir com mais pesquisadores a cerca desse tema, para que assim gere mais interesse as mulheres para que ingressem e apoiem outras mulheres no âmbito eleitoral, promovendo assim aos discentes uma base aos futuros pesquisadores.

## REFERÊNCIAS

**Apenas sete mulheres se candidataram à Presidência desde 1989.** Fonte Agencia do Rádio Mais. Publicação julho de 2018. Disponível em: [iariodepetropolis.com.br/integra/apenas-sete-mulheres-se-candidataram-a-presidencia-desde-1989-152522](http://iariodepetropolis.com.br/integra/apenas-sete-mulheres-se-candidataram-a-presidencia-desde-1989-152522) acesso em 10 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 20 set. 2022.

BRASIL ESCOLA. **Participação da Mulher na vida política.** Publicação 2022. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/participacao-mulher-na-vida-politica.htm> Acesso 10 de set. 2022

BIROLI, Flavia. **GÊNERO E DESIGUALDADES: Limites da democracia no Brasil.** Disponível em: [file:///D:/Downloads/2019\\_biroli\\_genero\\_desigualdades.pdf](file:///D:/Downloads/2019_biroli_genero_desigualdades.pdf) acesso em 10 set. 2022.

CAVALCANTI, Maria Thereza Dias. **A PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA: AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DAS MULHERES NOS CARGOS POLÍTICOS DA CIDADE DE MONTE HOREBE, PARAÍBA (1983-2016).** CAJAZEIRAS-PB 2021. Disponível em: [file:///D:/Downloads/MARIA%20THEREZA%20DIAS%20CAVALCANTI.%20TCC.%20LICENCIATURA%20PLENA%20EM%20HIST%C3%93RIA.%202021%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/MARIA%20THEREZA%20DIAS%20CAVALCANTI.%20TCC.%20LICENCIATURA%20PLENA%20EM%20HIST%C3%93RIA.%202021%20(1).pdf) acesso em 20 set. 2022.

**Cota eleitoral de gênero: a efetividade da sua aplicação análise da Lei Federal nº 9.504/97.**

Conteúdo Jurídico. Publicado em 2022. Disponível em: [file:///D:/Downloads/Conte%C3%BAdo%20Jur%C3%ADdico%20\\_%20Cota%20eleitoral%20de%20g%C3%AAnero\\_%20a%20efetividade%20da%20sua%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20an%C3%A1lise%20da%20Lei%20Federal%20n%C2%BA%209.504\\_97.pdf](file:///D:/Downloads/Conte%C3%BAdo%20Jur%C3%ADdico%20_%20Cota%20eleitoral%20de%20g%C3%AAnero_%20a%20efetividade%20da%20sua%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20an%C3%A1lise%20da%20Lei%20Federal%20n%C2%BA%209.504_97.pdf) acesso em 10 set. 2022.

CIDADE BRASIL. Disponível em <https://www.cidade-brasil.com.br/municipio-dom-eliseu.html#:~:text=Munic%C3%ADpio%20de%20Dom%20Eliseu,-%2B%E2%88%92&text=Os%20habitantes%20se%20chamam%20dom,a%20Norte%2DOeste%20de%20A%C3%A7ail%C3%A2ndia>. Acesso em 20 de outubro de 2002

D'ALKMIN, Sônia Maria. **A CONQUISTA DO VOTO FEMININO NO BRASIL.** Disponível em: <file:///D:/Downloads/A%20conquista%20do%20voto%20feminino%20no%20Brasil.pdf> acesso em 10 set. 2022.

KARAWEJCZYK, Mônica; MAIA, Tatiana Vargas. **A Igreja Católica e o voto feminino no Brasil – uma questão de poder e influência. Coisas do Gênero.** São Leopoldo: Jan. Publicação 2016. Disponível em: <file:///D:/Downloads/A%20Igreja%20Cat%C3%B3lica%20e%20o%20voto%20feminino%20no%20Brasil%20E2%80%93%20uma%20quest%C3%A3o%20de%20poder%20e.pdf> acesso em 10 set. 2022.

MEDEIROS, Thais Karolina Ferreira; CHAVES, Maria Carmem Chaves. **REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA BRASILEIRA: A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FEMININOS.** Publicação 2017. Disponível em: [file:///D:/Downloads/5143-Texto%20do%20artigo-14430-1-10-20171214%20\(3\).pdf](file:///D:/Downloads/5143-Texto%20do%20artigo-14430-1-10-20171214%20(3).pdf) acesso em 20 set. 2022.

MEIJINHOS, Lana Dos Santos. **CARACTERÍSTICAS DAS NOTIFICAÇÕES DE VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA MULHERES ADULTAS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.** Publicado Rio de Janeiro 2021. Disponível em: <file:///D:/Downloads/LSMeijinhos.pdf> acesso em 10 set. 2022.

MENUCCI, Julia Monfardini; NIELSSON Joice Graciele. **A EFETIVIDADE DA LEI DE COTAS DE GÊNERO E O ALARGAMENTO DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA COM VISTAS AS ELEIÇÕES DE 2018.** Revista de Direitos Humanos e Efetividade. Publicação 2019. Disponível em: <file:///D:/Downloads/288182170.pdf> acesso em 20 set. 2022.

**Mulheres na Política.** Publicação 2020. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/mulheres-na-politica/#:~:text=As%20mulheres%20encontram%20grandes%20dificuldades,al%C3%A9m%20de%20enfraquecer%20a%20democracia>. Acesso em 10 de set. 2022

SANTOS, Maxwel Gomes; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito. **A DESIGUALDADE DE GÊNERO NA POLÍTICA E A SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NOS PARLAMENTOS: UMA DISCUSSÃO AINDA NECESSÁRIA.** Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Publicação 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/7162/pdf> acesso em 20 set. 2022.

SENADO NOTÍCIAS. **Candidaturas femininas crescem, mas representação ainda é baixa.**

Fonte: Agência Senado. Publicação 2022. Disponível em:  
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/26/candidaturas-femininas-crescem-mas-representacao-ainda-e-baixa> Acesso 10 de set. 2022

SENADO NOTÍCIAS. **Dilma Rousseff: a primeira mulher a presidir o Brasil** Fonte: Agência Senado. PUBLICAÇÃO 2016. Disponível em:  
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/29/dilma-rousseff-a-primeira-mulher-a-presidir-o-brasil>. Acesso 10 de set. 2022

SILVA, Lorrane Stéfane; DE OLIVEIRA, Guilherme Saramago; SALGE Eliana Helena Corrêa Neves. **ENTREVISTA NA PESQUISA EM EDUCAÇÃO DE ABORDAGEM QUALITATIVA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS.** Publicado 2021. Disponível em:  
<file:///D:/Downloads/46-Texto%20do%20artigo-139-1-10-20211225.pdf> acesso em 10 set. 2022.

TOLEDO, Cláudia Mansani Queda; JARDIM, Neymilson Carlos Jardim. **A baixa representatividade feminina na política: obstáculo a ser vencido na democracia brasileira.** Revista Faculdade de Direito. Uberlândia, MG. Publicação jul./dez. 2019. Disponível em:  
<https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima19/anima19-15-A-Baixa-Representatividade-Feminina-na-Politica.pdf> acesso em 20 set. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Cota de 30% para mulheres nas eleições proporcionais deverá cumprida por cada partido em 2020.** Publicação em 2019. Disponível em:  
<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2019/Marco/cota-de-30-para-mulheres-nas-eleicoes-proporcionais-devera-ser-cumprida-por-cada-partido-em-2020> Acesso em 10 de set. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleições 2022: resolução reafirma cotas de gênero para registro de candidaturas.** Publicação 2022. Disponível em:  
<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Janeiro/eleicoes-2022-resolucao-reafirma-cotas-de-genero-para-registro-de-candidaturas> Acesso 10 de set. 2022.

## **CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: UMA ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE PROVA**

**VICTOR FREITAS SOUZA:**

Graduando do curso de bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

**RESUMO:** Este trabalho tem como objetivo compreender o crime de embriaguez ao volante, enfatizando a importância dos elementos de prova. Sabe-se que o Brasil está entre os países que mais vitimam pessoas no trânsito em todo o mundo. Esse traço negativo deve-se, em boa parte, ao consumo exagerado de bebidas alcoólicas, bem como outras substâncias psicoativas que causam dependência ao condutor. Tal problema social gerou mudanças no Código de Trânsito Brasileiro, mais especificamente no que se refere à Lei Federal conhecida como Lei Seca, cuja finalidade é combater, na perspectiva de erradicar ou, ao menos, amenizar referido problema. Dentre as alterações trazidas pela Lei n.º 12.760/2012 destaca-se o aumento de elementos probatórios hábeis a materializar o crime de embriaguez ao volante, tais como: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos. Como metodologia, destaca-se principalmente a pesquisa bibliográfica em torno da referida temática, bem como casos julgados pelos tribunais de justiça que evidenciam o uso dos novos elementos de prova trazidos pela lei.

**Palavras-chave:** Crime. Trânsito. Embriaguez. Prova.

**ABSTRACT:** This work aims to understand the crime of drunk driving, emphasizing the importance of evidence. It is known that Brazil is among the countries that most victimize people in traffic around the world. This negative trait is largely due to the exaggerated consumption of alcoholic beverages, as well as other psychoactive substances that cause dependence on the driver. This social problem generated changes in the Brazilian Traffic Code, more specifically with regard to the Federal Law known as Lei Seca, whose purpose is to combat, with a view to eradicating or, at least, alleviating said problem. Among the changes brought by Law n.º 12.760/2012, the increase in probative elements capable of materializing the crime of drunk driving, such as: alcohol test, clinical examination, video expertise, testimonial evidence or other means of proof stands out. in law admitted. As a methodology, we highlight mainly the bibliographic research around the aforementioned theme, as well as cases judged by the courts of justice that show the use of new evidence brought by the law.

**Keywords:** Crime. Traffic. Drunk. Test.

## 1 INTRODUÇÃO

O álcool está presente na cultura do homem desde as antigas civilizações. Com o surgimento da agricultura no período neolítica, surge também o álcool obtido por meio de um processo natural de fermentação. A partir desse momento o ser humano começa a ingerir e atribuir diversas finalidades no uso do álcool, como por exemplo, o de servir como remédio e em cerimônias religiosas. Esse costume de ingerir bebidas alcoólicas atravessam milhares de gerações, tendo um grande crescimento com a evolução da sociedade, assim com o uso excessivo de bebidas alcoólicas passa a ser considerada uma doença.

Nesse contexto, a ingestão dessa bebida nos tempos modernos, começa a surgir os acidentes de trânsito por condutores embriagados. Assim criam a primeira legislação de trânsito no Brasil, o decreto de lei n.º 3.671/41, mas de maneira esparsa, algumas leis já tratavam do trânsito desde 1910. Assim foi se evoluindo o Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Com o aumento de acidente por ingestão de bebidas alcoólicas surge a necessidade de modificar o CTB. Com isso fez com que grande parte da população brasileira também sofresse algumas modificações em seus maus hábitos, visto que muitos não estavam respeitando a lei e abusando no consumo de bebidas.

Deve-se destacar o surgimento da “lei seca” no Brasil, cuja lei já estava em vigor em vários países. Com a finalidade de diminuir os acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados, pois o país apresenta altos índices de acidentes por bebidas alcoólicas.

Vale mencionar que a principal meta da lei em questão é evitar os potenciais efeitos nocivos de uso do álcool por motorista. Desta forma, para evidenciar o crime de embriaguez ao volante, o condutor é quase que convidado a soprar no bafômetro e caso o teste de etilômetro apresente uma quantidade de álcool no sangue acima do permitido, caracteriza-se o delito. No entanto, muitos motoristas não facilitam o trabalho da polícia e se negam a participar do teste, utilizando como “desculpa” o princípio da não autoincriminação.

Após anos de discussões e divergência, foi criada a Nova Lei Seca, tendo como principal mudança o art. 306 do CTB, no qual foram acrescentados mais elementos de

prova do crime de embriaguez ao volante. A partir dessas novas provas foi possível que muitos casos fossem julgados de forma eficiente, uma vez que não só o teste de etilômetro faz parte das provas, mas principalmente, também as provas testemunhais, imagens, vídeos e outras provas lícitas.

Inicialmente, o trabalho estuda os crimes de trânsito, enfatizando o álcool e suas consequências, crime de embriaguez ao volante e consumação e tentativa. O terceiro capítulo explana acerca embriaguez ao volante: aspectos administrativo e penal face à lei 12.760/12, no qual destaca o aspecto administrativo, aspecto penal, custo do delito, qualificação típica dos delitos de trânsito e nova divisão da natureza jurídica dos delitos de trânsito.

O capítulo quatro é o mais relevante de todo o trabalho, pois apresenta o entendimento jurisprudencial dos Tribunais de Justiça do Brasil acerca dos novos elementos probatórios trazidos pela lei. Dividindo-se em: conceito de prova, proibição da não autoincriminação, da legalidade da licitude das provas e por fim, os novos elementos de prova trazidos pela Lei nº 12.760/2012 e o entendimento jurisprudencial dos tribunais de justiça relativo à sua aplicação, cujo tópico cita vários casos julgados de diferentes Tribunais de Justiça da Federação, que evidenciam o uso dos novos elementos de prova trazidos pela recente lei.

Cumprir destacar a importância deste estudo, posto que a condução de veículos automotores por condutores embriagados tem-se consequências no âmbito de toda a sociedade. O presente trabalho tem como problemática: Qual o entendimento dos tribunais de justiça a respeito dos novos elementos de prova do crime de embriaguez ao volante?

Com metodologia, utilizou-se principalmente a pesquisa bibliográfica como principal fonte de informação e coleta de dados, através de livros e artigos. Sendo assim, considera-se pertinente este trabalho que tem como objetivo compreender o crime de embriaguez ao volante, enfatizando a importância dos elementos de prova.

## **2 CRIMES DE TRÂNSITO**

Inicialmente relata-se conforme o art. 1º, § 1º, do CTB, trânsito é "a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga." (BRASIL 2013, p.345). Cabe ressaltar que as vias podem ser rurais ou urbanas, sendo classificadas em: ruas, avenidas, logradouros, caminhos, passagens, estradas, praias abertas à circulação



pública, vias internas pertencentes aos condomínios constituídos por unidades autônomas ou rodovias.

Sabe-se que o trânsito é uma questão social e política. Sendo assim, observa-se como o homem se comporta na disputa pelo espaço, que é agravado pelo aumento da frota de veículos e de motoristas, o que acaba gerando outros problemas como os congestionamentos nas cidades, a poluição, entre outros, ocasionado efeitos incapacitantes, tanto psicológicos como físicos no ser humano (VASCONCELOS, 1985 *apud* RAVAGNANI, 2010).

Em dias corridos, onde todos querem chegar rápido em casa ou no trabalho, é comum que ocorram acidentes, porém, quando o álcool está envolvido o perigo aumenta e os danos causados podem ser incalculáveis. Condutores de veículos, motociclistas, ciclistas e pedestres estão em constante risco, pois podem a qualquer momento tornarem-se vítimas de motoristas desorientados devido ao forte efeito do álcool. Conforme Ravagnani (2010, p.13):

O trânsito consiste no conjunto de deslocamentos de pessoas e veículos nas vias públicas, dentro de um sistema convencional de normas, que tem por fim assegurar a integridade de seus participantes. O trânsito é um sistema organizado para que tenha uma circulação de veículos e pedestres com segurança, fluidez, comodidade, preservação do meio ambiente e convivência pacífica dos usuários. Para manter essa harmonia é necessário uma legislação adequada com fiscalização e um maior conhecimento e respeito das leis e regras de trânsito por parte da população, condutores e pedestre.

Nesse sentido a responsabilidade na educação do trânsito é também do governo que faz campanhas e programas educacionais, no entanto, a maioria constitui ações isoladas e raramente têm monitoramento e avaliação quanto a sua eficácia (RAVAGNANI, 2010).

É como que países, assim como o Brasil, realizem campanhas publicitárias para atingir toda a população e informar acerca dos perigos de ingerir bebida alcoólica e logo depois conduzir veículo automotor, entretanto, é necessário que cada uma tenha

consciência dos riscos e passe a respeitar não somente a lei, mas sim que está junto dele no trânsito.

Para Ravagnani (2010, p.19), "O fator personalidade como causa de acidente de trânsito é identificado quanto às condições emocionais como: angústia, ansiedade, raiva, estresse, pressa, agressividade, emotividade e a afetividade".

É necessário mencionar que a condução de um veículo é uma tarefa complexa que exige funções cognitivas e motoras. Assim com os caos nas vias e a exigência de tempo e espaço levam a comportamentos de riscos para acidentes nas ruas.

## **2.1 Álcool e suas consequências**

Neste tópico, enfatiza-se os perigos de dirigir após ingerir álcool no organismo, uma vez que é notórios os perigos para quem bebe e, conseqüentemente, aqueles a sua volta. Na doutrina, Capez (2010, p.313), conceitua a embriaguez da seguinte forma:

Causa capaz de levar à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente, em virtude de uma intoxicação aguda e transitória causado por álcool ou qualquer substância de efeitos psicotrópicos, como entorpecentes (morfina, ópio etc.), estimulantes (cocaína) ou alucinógenos (ácido lisérgico).

Nesse sentido, a ingestão de bebidas alcoólica retira do condutor de veículos a sua capacidade de discernimento e coordenação motora. Além disso, os reflexos necessários para um trânsito seguro são anulados com a embriaguez.

De acordo com Damásio de Jesus (2006, p.5), a embriaguez alcoólica "É a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool, cujos efeitos podem progredir de uma ligeira excitação inicial até o estado de paralisia e coma [...]".

Toda pessoa que ingere uma quantidade de álcool acima do normal, isto é, uma pequena quantidade já poder caracterizar isso, pode vir a perder a noção exata do que se passa em sua volta. No caso da mistura álcool e direção, os danos causados podem ser trágicos e irreversíveis.

É necessário mencionar que o estado de embriaguez alcoólica é alcançado pela ingestão excessiva de bebidas que contem álcool na sua composição. Assim os efeitos da embriaguez não são constantes em todas as pessoas (FRANÇA, 2011).

Com isso, o organismo dos indivíduos não são iguais, assim a ingestão de álcool para alcançar seus efeitos danosos dependerá de cada pessoa, já que alguns condutores se embriagam com pequenas quantidades e outros ingerem grandes porções e apresentam uma enorme resistência ao álcool.

Dessa forma a legislação de trânsito engloba como possíveis causadores de embriaguez, as seguintes drogas: bebidas alcoólicas, entorpecentes e substâncias psicoativas que determinem dependência.

Estudos revelam que o fator humano é o maior responsável pelos acidentes, sendo que 57% das causas são de responsabilidade ao fator humano e que os 43% restante são devidos ao fator veículo e ao fator via. A causa direta dos acidentes é o comportamento que precede o acidente e que é o responsável pelo acidente. E as causas humanas indiretas são as condições e estados do homem, como fadiga, sono e embriaguez. Na direção veicular, se o motorista estiver em estado de embriaguez, a probabilidade de se comportar de maneira inadequada é maior e facilmente poderá provocar um acidente no trânsito (RAVAGNANI, 2010).

Conforme Ravagnani (2010, p.24) “[...] considera-se como acidente de trânsito um evento envolvendo um ou mais veículos, motorizado ou não, em movimento por uma via, que provoca ferimentos em pessoas e ou danos físicos em veículos e ou objetos de outra natureza como: poste, muro, edificação, sinal de trânsito, entre outros”.

Na convenção de Viena de 1968, foram padronizadas as regras de trânsito, em nível internacional e ficou atribuída que morte em acidente de trânsito ocorre quando a vítima morre no período de até 30 dias após o acidente, em decorrência das lesões sofridas. Podendo a morte das vítimas ocorrerem no próprio local, no trajeto até o hospital ou no hospital.

Dessa forma considera-se o risco, qualquer fator associado à ocorrência de acidentes de trânsito. Assim o risco de ocorrência dos acidentes de trânsito depende de um grande número de fatores associados aos componentes do sistema trânsito: o homem, o veículo, via (meio ambiente) e do binômio legislação/fiscalização (RAVAGNANI, 2010).

Não há dúvidas que circular nas ruas e estradas brasileiras é um risco que se corre, uma vez que além dos problemas estruturais da pista, deve-se preocupar com aqueles outros motoristas imprudentes que podem fazer do veículo uma arma mortal. Sem contar que muitas vezes a fiscalização é ineficiente e muitos saem impune de acidentes.

Segundo Masur (1988, apud NASCIMENTO E GARCIA, 2009, p.214) "O álcool é a droga mais disponível para o consumo entre as drogas disponíveis no mercado. É um produto de baixo custo de produção e que independe da região para sua produção".

É necessário mencionar que o consumo excessivo do álcool na vida dos jovens está cada vez mais crescente, pois muitos adolescentes começam a beber muito cedo em festinhas e até mesmo nas baladas e bares. Com isso inicia a dependência do álcool na vida dos adolescentes. Além disso, a mídia influencia de forma negativa a vida dessa juventude no que diz respeito ao álcool. Um exemplo disso são as propagandas de bebidas alcoólicas envolvendo grandes famosos, sem se preocupar em informar os riscos que o álcool traz a vida do ser humano.

Nesse sentido, o uso em excesso do álcool causa prejuízos nas funções motoras e psicológicas aumentando a probabilidade de acidentes quando em conjunto com a direção veicular. A Organização Mundial de Saúde revela que a ingestão excessiva de álcool é a terceira causa de morte no mundo, por acidente de trânsito, afogamento, homicídios e suicídios. De acordo com o Ministério da saúde, 11% da população bebem abusivamente e 35% dos acidentes são consequências de embriaguez ao volante. Conforme Ravagnani (2010, p. 30):

O condutor sob os efeitos do álcool tende a ser mais impulsivo e distraído, menos atento e há uma tendência a diminuir os processos perceptivos, a tolerância à frustração e elevando seu sentimento de raiva, podendo tornar-se mais agressivo. Hoje o uso descontrolado de bebidas alcoólicas tornou-se um dos principais problemas de saúde pública. O alcoolismo é uma doença que afeta a saúde física, o bem estar emocional e o comportamento do indivíduo. Segundo estatística, no Brasil estima-se que entre 10 % a 20 % da população sofra deste mal. Governos estaduais e nacionais têm se responsabilizado de forma crescente por elaborar políticas de saúde apropriadas para combater esses problemas, incluindo programas de prevenção e tratamento.

Infelizmente, embora a questão do delito de embriaguez ao volante seja um problema debatido há décadas, ainda hoje é possível ver situações no qual o condutor embriagado causa acidentes graves com vítimas fatais, daí a importância de discutir este tema até o momento em que o Brasil deixe de ser um dos trânsitos que mais vitimam em todo o mundo.

Sabe-se que o uso de drogas terapêuticas ou não terapêuticas, de bebidas alcoólicas, aumenta o risco de acidentes, em função de uma diminuição da habilidade para controlar o veículo (MENEZES PINTO, 2010).

Por sua vez, o art. 6º da “Lei Seca” enuncia que bebida alcoólica são todas as bebidas potáveis que contenham álcool em sua composição, com grau de concentração igual ou superior a meio grau Gay-Lussac (ºGL). Este indicador se refere à quantidade de um litro de álcool puro (etanol) presente em cada 100 partes da solução.

O álcool pode ser comparado a outras drogas ilícitas, pois tem um poder de destruir a vida das pessoas igual os das demais drogas ilegais e somente por razões políticas e econômicas não é incluída na lista das drogas proibidas. O Governo Federal relata que a dependência de álcool atinge 12% dos adultos brasileiros e responde por 90% das mortes associadas ao uso de outras drogas, concluindo que o álcool mata muito mais do que as drogas ilícitas (MATTOS, 2013).

Dessa forma, percebe-se que é necessário o esforço da família, da sociedade, e do poder público para minimizar o consumo do álcool na vida das pessoas. Com isso, a taxa de mortalidade causada pela associação álcool e direção veicular será minimizada.

## **2.2 Crime de embriaguez ao volante**

O crime de embriaguez ao volante foi introduzido no ordenamento jurídico com o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) instituído pela Lei nº 9.503/1997. Sendo modificado pela lei nº 11.705 de 2008, popularmente conhecida como “Lei Seca”. Além disso, no final de 2012, o art. 306 do CTB foi reformulado através da lei nº 12.760/12, apresentando mudanças significativas (GALVÃO, 2013).

A importância do CTB está no fato de que foi a primeira legislação voltada ao tráfego de veículos a prever tipos penais em seu texto. No código a conduta de dirigir embriagado veículo automotor passou a ser criminalizada, estando tipificada na conformidade do art. 306, transcrito abaixo:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Com essas modificações o motorista embriagado passou a responder na via administrativa, pelo artigo 165, e na penal pelo art. 306, todos do CTB.

É necessário mencionar que os motoristas que bebem e dirigem são responsáveis por grandes números de acidentes e esses vitimam não só o próprio condutor, mas também terceiros que fazem parte do trânsito.

Segundo Renato Moreira (2008, p. 52 e 53) a “utilização de bebidas alcoólicas pelos condutores ou pedestres, antes ou durante a direção de veículos e caminhadas, tem sido apontada como causa de 30% de todos os acidentes de trânsito e por aproximadamente 70% dos que resultam em feridos graves ou mortos.”

Mesmo com a criminalização trazida pelo art. 306 do CTB, ficou difícil para o Ministério Público fazer o enquadramento dos indivíduos que bebiam e dirigiam, uma vez que teria que ser provado a potencialidade do perigo e isso levou o Poder Público a não obter resultados satisfatórios devido à não comprovação do perigo concreto, o que levou o legislador no ano de 2008 a criar a lei n.º 11.705.

Vale ressaltar que o art. 306, parágrafo único do CTB trouxe a possibilidade do Poder Público Federal estipular a equivalência entre distintos testes de alcoolemia. Com isso se o motorista estiver dirigindo com 0,3 mg/l de álcool no ar alveolar pulmonar, que será aferido por meio do bafômetro, já estará configurado crime.

Destaca-se que a “lei seca” trouxe novas mudanças ao crime de embriaguez alcoólica. O Poder Público passou a fiscalizar de forma direta este tipo de crime por meio de blitz e operações em todo o País. Com isso foi feito também um trabalho de conscientização a respeito da combinação álcool e direção.

O legislador, na tentativa de diminuir os altos índices de morte em nossas estradas, editou em 2008 a “Lei Seca”, e, em 2012, editou a Lei nº 12.760/2012, que foi criada na tentativa de “consertar” os equívocos estabelecidos pela Lei nº 11.705/2008.

A Lei nº 12.760/2012 é considerada um verdadeiro “remendo” à Lei nº 11.705/2008, pois veio exclusivamente para consertar os erros cometidos na “Lei Seca”. Atualmente o art. 306, do CTB, tem a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a



permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo CONTRAN, alteração da capacidade psicomotora § 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. § 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (BRASIL, CTB, ANO 2013).

Nesse sentido, a nova lei possibilita a comprovação do crime de embriaguez ao volante, pois ampliou o meio probatório que antes se restringia ao teste de alcoolemia e ao etilômetro. Agora é admitido também como meio de prova o exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos.

Embora a Lei n.º 12.760/2012 tenha atribuído o delito de embriaguez ao volante como sendo de perigo abstrato, em contrário, entende Gomes (2017, p.64):

[...] está-se diante de um crime de perigo concreto, que somente se aperfeiçoaria quando comprovada a capacidade psicomotora alterada, não bastando a simples comprovação do grau de alcoolemia do indivíduo ou índice do bafômetro igual ou acima do mínimo legal. Entende ser necessário que exista ao menos um risco indeterminado à vida, à integridade física ao patrimônio alheio, rebaixando concretamente o nível da segurança viária, ainda que não seja imprescindível uma vítima concreta.

Desse modo, a Lei n.º 12.760/2012 foi construída pelo legislador com um fim específico: ressuscitar a "Lei Seca". Esta depois do entendimento consolidado dos tribunais no sentido de que somente o teste de alcoolemia ou etilômetro poderia comprovar a embriaguez ao volante, perdeu sua aplicabilidade pelo fato de ter, pelo seu próprio texto, limitado sua capacidade probatória, a qual ficou submetida à vontade do infrator de submeter aos testes.

A Lei nº 12.760/2012 remodelou os meios de prova para constatar o delito. A partir da edição desta lei, o ilícito penal poderia ser comprovado das seguintes maneiras: teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, sempre se observando o direito à contraprova. Observa-se que o novo texto “explicita” o direito à contraprova (MATTOS, 2013; GALVÃO, 2013). Para Marcão (2013, *apud* MATTOS, 2013, p. 20):

Lei nº 12.760/2012 continuou a definir o crime de embriaguez ao volante como sendo de perigo abstrato. Em sua lógica, conduzir veículo nas condições do artigo 306, caput, do CTB, é uma conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera o perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal. Ressalta que a verificação do índice alcoólico ou dos sinais de alteração da capacidade psicomotora, descritos nos incisos, não são variantes da modalidade típica descrita no caput, são, na verdade, somente meio de provas da infração criminal.

Pela Lei Federal n.º 12.760/2012, o agente é competente para averiguar os sinais de alteração da capacidade psicomotora que atestem a embriaguez do condutor. O CONTRAN em sua resolução n.º 432 trouxe os indícios que devem ser observados, como: Sonolência ou olhos vermelhos; Vômito; Soluços; Desordem nas vestes; Odor de álcool no hálito; Agressividade e arrogância; Exaltação e ironia; Falante; Dispersão; entre outros.

A ideia do legislador foi possibilitar a condenação pelo crime de embriaguez ao volante também nos casos em que não é possível a aferição do teor de álcool no organismo do indivíduo por meio do exame toxicológico (de sangue ou etilômetro), de modo a corrigir os erros introduzidos na reforma de 2008 (GALVÃO, 2013).

Como citado no artigo 306, também foi introduzida, no *caput*, a elementar do tipo “capacidade psicomotora alterada”. Trata-se de uma novidade em relação à redação anterior que não pode passar despercebida. Com efeito, após a reforma de 2008, para caracterizar o crime era necessário conduzir veículo com “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”.

Nesse caso, o parâmetro para haver o crime era a presença de álcool no organismo do motorista, em concentração acima do permitido. A Lei n.º 12.760/12 adotou sistemática completamente diferente, ao utilizar a elementar “capacidade psicomotora alterada”.

### **2.3 Consumação e tentativa**

Impera na doutrina que o delito analisado seria de perigo abstrato ou presumido (FONSECA, 2013). Há divergência quanto a se tratar de crime formal ou de mera conduta. O delito se consuma com a condução do veículo pelo agente com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, não se exigindo prova de efetivo perigo ao bem jurídico tutelado, consubstanciado na segurança viária, tampouco vinculando o tipo penal a um resultado naturalístico, qual seja, a uma concreta modificação no mundo exterior provocada pela conduta do agente (PORTOCARRERO, 2010, p.260).

Não existe unanimidade quanto ao delito ser unissubsistente ou plurissubsistente. Inicialmente, o crime se produz com um ato único e por isso não admite a forma tentada. Já aqueles que se filiam à segunda posição alimentam que a conduta pode ser em fases, ainda que sucintas, partindo do acionamento e ignição do motor do veículo com a assunção dos comandos de velocidade e direção para manobras e deslocamento e, desse modo, reputam admissível a tentativa.

Para aqueles que acompanham esse raciocínio, implica-se no tipo penal, em sua forma tentada, o agente que, estando com a capacidade psicomotora alterada pelo álcool ou outra substância psicoativa, inicia atos executórios de direção de um veículo automotor e é impedido, por motivos alheios à sua vontade, de efetivamente conduzi-lo (imprimir velocidade e realizar manobras), na forma do inciso II, do artigo 14, do Código Penal (BRUTTI, 2008).

## **3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ACERCA DOS NOVOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 12.760/2012**

Antes de se catalogar os novos elementos de prova trazidos pela lei nº 12.760/2012, bem como analisar o entendimento jurisprudencial em torno de sua aplicação, cumpre, antes, tecer considerações em torno do que se entende por prova, seu objeto, sua classificação e os seus meios.

### **3.1 Conceito de prova**

O conceito de prova é bastante distinto no direito processual, diante da sua múltipla utilização, pois prova segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, significa aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa; demonstrando evidente.

No campo jurídico, pode-se conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, isto é, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

A prova, assim, é a “verificação do *themaprobandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz, explica Rangel (2010, p.53). Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-os de sua veracidade. Portanto, a partir da inserção de mais provas na Lei 12.760/12 é possível que menos condutores alcoolizados saiam em punição dos crimes cometidos.

Desta forma, ressalta-se o uso de imagem, vídeo, testemunhas e outras provas lícitas para permitir que delitos como a embriaguez ao volante sejam solucionados e a lei seja aplicada de forma eficiente e rápida. Com isso aqueles condutores que tiverem embriagados e se recusarem a fazer o teste do bafômetro ou o exame de sangue, poderão ser autuados em flagrante.

### **3.2 Objeto da prova**

Trata-se do fato, do acontecimento que deve ser reconhecido pelo juiz, a fim de que possibilite a emissão de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Isto é, o *themaprobandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público (RANGEL, 2010).

No processo penal, os fatos, controvertidos ou não, necessitam ser provados, face os princípios da verdade processual (verdade real) e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos (Art. 197 do CPP).

Rangel (2010, p.454) explica “não confundir objeto da prova com objeto de prova. Este significa que fatos ou coisas devem ser provados, pois os fatos notórios não necessitam ser provados”.

Sendo assim, saber qual o objeto de prova é saber o que se precisa e o que se precisa provar: o fato ou direito. Entretanto, no caso do direito municipal, estadual,

estrangeiro ou consuetudinário, relevante se faz à parte demonstrar o teor e a vigência da norma, se assim determinar o juiz (art. 337, do CPC).

### **3.3 Meios de prova**

São todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam previsto em lei ou não. Na visão de Rangel (2010, p.454): “É o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”.

O depoimento, por exemplo, é o meio que utiliza o juiz para forma sua convicção sobre os fatos envolvidos. A inspeção e o indício é também um meio de prova.

### **3.4 Classificação da prova**

Vale ressaltar que a doutrina jurídica oscila em relação à classificação das provas, no entanto, Rangel (2010, p.455) utiliza três critérios que melhor estabelecem e classificam as provas, são eles: Quanto ao objeto (diretas e indiretas), quanto ao sujeito (pessoal e real) e quanto à forma (testemunhal, documental e material).

### **3.5 Da Licitude das provas**

Como disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Este presente princípio aborda que uma garantia individual com preocupação de ordem ética, dispostas também no Código de Processo Civil como exemplo o artigo 332, aludido aos meios de prova moralmente legítimos, e no Código de Processo Militar, em seu artigo 295 afirmando que “qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra hierarquia ou disciplina militar”.

De acordo com Amaral (2000) a prova lícita é “aquela derivada de um ato que esteja em consonância com o direito ou decorrente da forma legítima pela qual é produzida”.

É comum que condutores de veículo não queiram soprar (colocar a boca) em aparelhos, mas especificamente o bafômetro, por acharem que isso pode ser algo que traga danos à saúde, constrangimento ou por desrespeito e outros fatores.

### 3.6 Da proibição da não autoincriminação

Neste tópico, é possível discutir sobre um tema bastante polêmico no Direito, isto é, o princípio da não autoincriminação (*Nemo tenetur se ipsum accusare ou Nemo tenetur se ipsum prodere*) implica que ninguém é obrigado a se auto incriminar ou produzir prova contra si mesmo.

Dessa forma, nenhum cidadão pode fornecer involuntariamente qualquer elemento que prove direta ou indiretamente a prática de um crime. Daí, percebe-se que este princípio gera muitas reflexões. No que diz respeito à previsão legal do direito ao silêncio, é importante mencionar as seguintes disposições contidas no Código Processual Penal:

*Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).*

Parágrafo único. **O silêncio, que não importará em confissão**, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) (...)

Art. 478. **Durante os debates as partes não poderão**, sob pena de nulidade, fazer referências: *(Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).*

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado *(Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)*

II – **ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo** *(Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).*

Diante dos fatos relatados acima, compreende-se porque o teste de bafômetro é tão questionado, pois a partir do momento que o condutor sopra no aparelho e detecta-se a quantidade de álcool no sangue, o mesmo construiu prova contra si mesmo.



Antes de finalizar o tópico, apresenta-se a seguir um caso julgado de uma ementa de habeas corpus preventivo – Lei Seca – Recusa do condutor a assoprar o bafômetro, cujo direito é constitucionalmente assegurado (princípio da não-autoincriminação). O condutor de veículo automotor não pode ser obrigado a realizar o teste do bafômetro ou exame de sangue/urina para saber se ele se encontra ou não alcoolizado, isso se dá graças ao princípio da não autoincriminação.

Embora pareça uma repetição do que foi abordado anteriormente acerca do princípio da não autoincriminação, é um direito que decorre desde o início da humanidade, pois assemelha-se com o direito ao silêncio e neste caso, mais uma vez, deve-se compreender que ninguém pode auto incriminar-se, o que acaba ferindo o respectivo princípio aqui citado.

### **3.7 Os novos elementos de prova trazidos pela Lei nº 12.760/2012 e o entendimento dos tribunais relativo à sua aplicação**

É salutar ressaltar que desde a Lei n. 11.705/2008, que deu nova redação ao art. 306 do CTB, ampara-se na imprescindibilidade de prova da materialidade da infração, alcançável mediante exame de alcoolemia, conhecido como teste do bafômetro ou exame de sangue, não se prestando na ajuda e oferecimento de denúncia, a só existência de prova indireta, lastreada em exame(s) clínico(s), não serve de prova para condenação (JESUS, 2011).

A Lei n.º 11.705, de 19 de junho de 2008, conhecida popularmente como Lei Seca foi um marco no Código de Trânsito Brasileiro, assim pode-se citar o antigo art. 306 do CTB:

Art. 306: Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Parágrafo Único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo." (NR)

No entanto, com o passar do tempo o que parecia suficiente para solucionar eventuais delitos de embriaguez ao volante passou a ser um problema, visto que muitos condutores não contribuíam com o trabalho da polícia e se negavam a realizar o teste do bafômetro, e conseqüentemente, o exame de sangue/urina. Ficando praticamente

impossível comprovar a prática do crime de embriaguez ao volante, uma vez que estes eram os únicos meios para comprovar tal delito.

Nos dias atuais, o Contran disciplina margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição.

Por fim, a dicção do artigo 277, CTB: Antes: Todo condutor sob suspeita será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame. Atualmente: O condutor poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro exame para verificar a suspeita de álcool ou outra substância psicoativa, que ainda serão regulamentadas pelo Contran.

Não há dúvidas que essas mudanças foram necessárias e vitais para melhor aplicar da Lei Seca. Vale ressaltar também a lei agora descreve como criminosa a conduta de dirigir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada, em razão de influência de álcool ou outra substância psicomotora que determine dependência.

O teste de alcoolemia e o exame clínico, conforme citados na Lei Seca antiga, já eram provas utilizadas para configurar o delito de embriaguez ao volante, sendo que a dosagem suficiente para comprovar tal crime continua a mesma, ou seja, não sofreu alteração.

Outro fator importante para provar o delito é a perícia, pois é vital na investigação sempre que existir algum vestígio, daí a relevância da realização do exame no qual se constatará os vestígios do suposto consumo de álcool antes de dirigir. Nesse sentido, há referenciar-se o artigo 158 do CPP: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".

Como citado anteriormente, foram acrescentadas novas provas, dentre elas o vídeo, pois é comum nos dias de hoje a presença de câmeras em pontos comerciais, órgãos públicos, vias públicas e até mesmo cinegrafistas amadores que utilizam dos mais variados recursos eletrônicos para gravar imagens de acidentes e também condutores em completo estado de embriaguez. Tudo isso poderá ser usado no futuro como prova e certamente facilitará a atuação do Ministério Público no momento da denúncia.

No que se refere ao elemento prova testemunhal, pode-se falar que este certamente é um dos elementos probatórios mais importantes, pois muitas vezes não há câmeras no local ou mesmo alguém filmando, porém, relatos de testemunhas e principalmente, policiais militares que atuam diretamente neste tipo de crime poderão relatar em auto

próprio o real estado do condutor e como o mesmo encontrava-se no momento da abordagem, pois o delito de embriaguez não se caracteriza apenas quando há vítimas envolvidas, visto que o simples fato de dirigir alcoolizado já configura-se no crime de embriaguez ao volante. O próprio artigo 167 do Código de Processo Penal aponta que: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Para a configuração do crime de embriaguez, o agente deve possuir concentração de álcool superior ao determinado no inciso I ou apresentar sinais de alteração de sua capacidade psicomotora, conforme inciso II do dispositivo legal. Vale ressaltar que se confirma que se trata de crime de perigo abstrato, conforme jurisprudências aqui colacionadas.

Ainda que tenha a capacidade psicomotora não afetada, mas tendo ingerido álcool e comprovada a quantidade de álcool no sangue o crime se configura, visto que, de acordo com o julgado acima, há uma presunção de alteração de capacidade psicomotora, não havendo qualquer necessidade de demonstrar os sinais previstos no parágrafo 1º do inciso II do art. 306 do CTB.

Deve-se evidenciar que se o condutor suspeito não aceitasse fazer a coleta para exame de sangue ou submeter-se ao etilômetro, não seria possível a Prisão em Flagrante e nem a comprovação delitiva na época da Lei 11.705/08. Entretanto, com o advento da Lei N.º 12.760/12 e seu artigo 306, § 1º, II, CTB, ampliando os meios de prova admitidos e, principalmente, revitalizando o exame clínico, essa negativa do suspeito em nada impede a atuação estatal repressiva e investigatória.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil está entre as nações do mundo com mais acidentes de trânsito e grande parte das vítimas deve-se ao uso exagerado de bebidas alcoólicas antes ou durante a viagem. Assim, percebe-se o quanto a parceria álcool e direção é prejudicial a quem faz uso dessa mistura.

Cada vez mais brasileiros estão perdendo vidas ou ficando com traumas e sequelas que interferem em toda a vida, sem contar as centenas de famílias que perdem seus entes queridos. O Governo Brasileiro também gasta milhões de reais por ano através de campanhas educativas que possam de alguma forma educar os condutores e fazer com que o número de vítimas diminua a cada ano.

Em junho de 2008 foi aprovada a Lei Federal n.º 11.705, alterando o Código de Trânsito Brasileiro. Chamada popularmente de “Lei Seca”, coíbe o consumo do volume de bebida alcoólica superior a 0,1 mg de álcool por litro de ar expelido no bafômetro por condutor de veículo, sendo o condutor infrator sujeito a pena de multa, a suspensão da carteira de habilitação por 12 meses e até a pena de detenção, dependendo da concentração de álcool por litro de sangue.

No entanto, devido às eventuais lacunas presentes na lei primeira que, de algum modo, facilitaram a saída dos condutores ou evitaram que os mesmos fizessem o exame do bafômetro, fez com que se criasse uma “nova” lei seca. Tal mudança no Código Brasileiro de Trânsito foi sancionada pela ex-Presidente Dilma Rousseff onde permitiu que possibilitasse que vídeos, relatos, testemunhas e outras provas sejam considerados válidos contra os motoristas embriagados. Além disso, aumentou a punição administrativa.

Todas essas mudanças e alterações foram necessárias para que mais pessoas pudessem ser acusadas e respondessem pelo crime que cometeram, uma vez que a partir do momento em que o condutor bebe antes de dirigir, sabe dos riscos, mesmo que na hora do acidente esteja totalmente inconsciente ou fora de si.

A partir da Lei Federal N.º 12.760 de 20 de dezembro de 2012, também chamada de Nova Lei Seca coloca o país entre os mais rigorosos do mundo no combate aos crimes de embriaguez ao volante. Para vários estudiosos do ramo, esta lei vem aumentar o poder da autoridade policial de afirmar que o condutor estar embriagado e, para aqueles que defendem a tolerância zero ao volante, a norma transfere aos tribunais a missão de interpretar cada evento, dando margem para que motoristas alcoolizados escapem da punição na Justiça.

Constatou-se no decorrer do trabalho que o crime de embriaguez ao volante confirmou-se, na maioria das vezes, graças aos novos elementos de prova inseridos na Nova Lei Seca. Para isso, foram apresentados casos julgados dos Tribunais de Justiça de diferentes estados da Federação no intuito de demonstrar o quanto os Tribunais estão a favor da nova lei.

Lembra-se mais uma vez que a Lei Seca certamente foi relevante para amenizar os crimes de embriaguez ao volante, no entanto, por apresentar poucos elementos probatórios e dentre eles, o teste do bafômetro, no qual muitos motoristas utilizavam o princípio da não autoincriminação para não fazê-lo, porém, a partir da Nova Lei Seca e, claro, a inserção de novos elementos de prova fez com que tal delito se configurasse de forma mais expressiva e clara, uma vez que foi possível utilizar a prova testemunhal, perícia, imagens e outros elementos de prova em direito admitido.

Diante dos fatos, pode-se afirmar que toda lei deve ser respeitada, porém, foi necessária a mudança da Lei seca para torná-la mais efetiva, daí as mudanças ocorridas principalmente no art. 306. Dentre as mudanças existentes destaca-se o aumento de provas de materialidade. Cabe ressaltar aqui grande parte das normas da sociedade são conhecidas, porém, o mesmo ser humano que as cria é também aquele que as desobedece. Portanto, é fundamental que haja, acima de tudo, consciência.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm). Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília-DF, 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: 12 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Normas e Manuais Técnicos. **Transtornos Mentais e do Comportamento**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20072010/2007/Decreto/D6117.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2007/Decreto/D6117.htm). Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm). Acesso em 09 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm). Acesso em: 09 set. 2022.

BRUTTI, Roger Spode. *A eficácia da prova testemunhal nos delitos de embriaguez ao volante*. [S.I.]: Jus Vigilantibus, set. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36004>>. Acesso em: 12 dez. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26086/a-apuracao-do-crime-de-embriaguez-ao-volante-e-a-nova-lei-seca-lei-federal-n-12-760-2012#ixzz2yKnJfEc1>. Acesso em: 07 set. 2022.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, José Geraldo da. *A nova Lei Seca e o crime de perigo abstrato*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23762>>. Acesso em: 22 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26086/a-apuracao-do-crime-de-embriaguez-ao-volante-e-a-nova-lei-seca-lei-federal-n-12-760-2012#ixzz2yKoQysGE>. Acesso em: 08 set. 2022.

FRANÇA, G.V. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

GALVÃO, A.C.V. **O perigo no crime de embriaguez ao volante**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília. 2013.

GOMES, L.F. **Decigramas de álcool já significam crime? Ou não?** São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br). Acesso em: 11 set. 2022.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito**: anotações à parte criminal do código de trânsito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Crimes de trânsito**: anotações à parte criminal do código de trânsito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, R. **Nova Lei Seca não pode ser aplicada retroativamente**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/renato-marcao-lei-seca-nao-aplica-casos-antiores-edicao>. Acesso em: 20 set. 2022.

MATTOS, A.B.P. **A controversa questão probatória da “Lei Seca”, seus conflitos princípio lógicos e a edição da Lei nº 12.760/2012**. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Brasília. 2013.

MENEZES PINTO, M.O. **Apostila Psicologia do Trânsito**: Fatores. Unar, 2010.

MOREIRA, Fernando. **A mudança cultura que salva vidas**: Lei n. 11.705 (Lei Seca): a lei que salva vidas. Rio de Janeiro: Arquimedes edições, 2008.



NASCIMENTO, A.S.E.; GARCIA, M.L.T. Álcool e direção: uma questão na agenda política brasileira. **Psicologia e Sociedade**, n. 21, v.2, p: 213-222. 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 11. ed. 2009. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

PORTOCARRERO, Claudia Barros. *Leis penais especiais para concursos*. Niterói: Editora Impetus, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26086/a-apuracao-do-crime-de-embriaguez-ao-volante-e-a-nova-lei-seca-lei-federal-n-12-760-2012#ixzz2yKpzyNeL>. Acesso em: 08 set. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

RAVAGNANI, N.A.T. **O Uso de Álcool e a Direção Veicular**. Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Psicologia do Trânsito. Centro Universitário "Dr. Edmundo Ulson" – UNAR. Araras, 2010.

## RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE À PRÁTICA DO ESTELIONATO SENTIMENTAL

**WELITANIA DANTAS CARVALHO RIBEIRO:**

Graduanda do curso de Bacharelado em Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

MARIA DOS REIS RIBEIRO GUIDA

(orientadora)

**RESUMO:** Tendo em vista a importância do papel regulador do direito nas relações humanas em sociedade e o crescente número de estelionatos no Brasil pesquisa-se sobre a responsabilidade civil frente à prática do estelionato sentimental. Os objetivos específicos consistem em realizar uma análise sistemática do crime de estelionato, analisando sua natureza jurídica e previsão legal, bem como discorrer sobre o estelionato sentimental sob a ótica jurisprudencial brasileira. O segundo objetivo específico será discorrer sobre a responsabilidade civil, trazendo seu conceito, elementos ensejadores e ao final analisar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nos casos de estelionato sentimental. Para tanto, realiza-se uma pesquisa bibliográfica e exploratória e documental que visa produzir conhecimentos para investigações futuras e aplicação prática dos preceitos discutidos. Como resultado, conclui-se que se encontram presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil face à prática do estelionato sentimental, sendo possível a sua incidência, pois restou demonstrado a sua ampla aplicação na jurisprudência nacional.

**Palavras-Chave:** Estelionato Sentimental. Responsabilidade Civil. Incidência.

**ABSTRACT:** In view of the importance of the regulatory role of law in human relations in society and the growing number of fraudsters in Brazil, a research is carried out on civil liability in the face of the practice of sentimental fraud. The specific objectives are to carry out a systematic analysis of the crime of embezzlement, analyzing its legal nature and legal provision, as well as discussing sentimental embezzlement from the Brazilian jurisprudential point of view. The second specific objective will be to discuss civil liability, bringing its concept, enabling elements and, at the end, analyzing the possibility of applying civil liability in cases of sentimental fraud. Therefore, a bibliographical and exploratory and documentary research is carried out, aiming to produce knowledge for future investigations and practical application of the discussed precepts. As a result, it is concluded that the elements that give rise to civil liability in the face of the practice of sentimental embezzlement are present, and its incidence is possible, since its wide application in national jurisprudence has been demonstrated.

**Keywords:** Sentimental fraud. Civil responsibility. Incidence.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito detém um importante papel em sociedade, este é responsável por ditar e regular normas impondo regras e limites a serem observados por todos, e de igual modo, prevê a regulação e a sanção a quem o descumpre.

O estelionato sentimental surge como uma subespécie do atual crime tipificado no artigo 171 do Código Penal de 1940, que prevê como crime o ato de "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". (BRASIL,1940)

Diferentemente de sua forma originária, o estelionato sentimental é verificado no âmbito dos relacionamentos amorosos, e segundo a jurisprudência nacional pode ser definido como o ato de aproveitar-se alguém da confiança criada dentro de um relacionamento amoroso para locupletar-se ou obter vantagens patrimoniais, que de outra forma não teriam sido auferidas. Vantagens essas, adquiridas pela quebra da boa-fé das vítimas que acreditam na veracidade do relacionamento ao qual estão inseridas.

Infelizmente o crime de estelionato é um crime muito recorrente no Brasil, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre os anos de 2018 a 2021, foram registrados cerca de 3,1 milhões de casos de estelionato em suas diferentes formas. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA,2022).

Só no ano de 2021, o número chegou a 1,2 milhão de registros, correspondendo a um significativo aumento de 179,9% nas taxas, por 100 mil habitantes. Em relação a 2018, o aumento aferido é de 36,3%, o que demonstra que a pandemia contribuiu para o aumento dos crimes de estelionato no Brasil, sobretudo estelionatos cometidos no âmbito virtual (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA,2022).

Atina-se daí, a importância do tema escolhido, qual seja: a responsabilidade civil frente ao estelionato sentimental. O objetivo geral deste trabalho foi verificar a possibilidade e âmbito de aplicação da responsabilidade em casos envolvendo o estelionato afetivo. Os objetivos específicos consistiram em realizar uma análise sistemática do crime de estelionato, analisando sua natureza jurídica e previsão legal, bem como discorrer sobre o estelionato sentimental sob a ótica jurisprudencial brasileira. O segundo objetivo específico consistiu em discorrer sobre a responsabilidade civil, trazendo seu conceito, elementos ensejadores e ao final foi feita a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil nos casos de estelionato sentimental

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e exploratória e documental que visa produzir conhecimentos para investigações futuras e para a aplicação prática dos preceitos discutidos. O referencial teórico foi construído com base nas contribuições das obras de Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Junior e Flávio Tartuce e Couto e também com base em jurisprudências e leis que versam sobre o tema discutido neste artigo.

Para tanto, este trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro capítulo introduz o conceito de estelionato, bem como discorre sobre o estelionato sentimental sob a ótica jurisprudencial e analisa o projeto de lei nº 6444, que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados. Por fim, faz-se uma análise da responsabilidade civil, buscando demonstrar os seus elementos ensejadores, classificação quanto à origem e possibilidade de aplicação da responsabilidade face ao estelionato sentimental.

Como resultado, concluiu-se que se encontram presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil face ao estelionato sentimental, sendo possível a sua incidência, pois restou demonstrado a sua ampla aplicação pela jurisprudência nacional.

## **2. ESTELIONATO SENTIMENTAL**

### **2.1 Conceito de estelionato**

Para entender a ideia principal deste artigo, faz-se mister começar conceituando e analisando a natureza jurídica do estelionato. Crime elencado no rol dos crimes contra o patrimônio, introduzido no Capítulo VI, do Título II, do Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o crime de estelionato encontra-se previsto mais precisamente no artigo 171 do Código Penal, e prescreve como conduta típica o ato de "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". (BRASIL, 1940)

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 um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento. (BRASIL,1940).

Diante disso, observa-se que o estelionato possui natureza jurídica de crime, sendo penalizado em sua modalidade simples com a pena de reclusão, de um a cinco anos, e multa. Para além de sua modalidade simples, este crime também traz a previsão de algumas outras situações equiparadas, qualificadoras e majorantes.

Importante destacar que o crime de estelionato é um crime muito recorrente no Brasil, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre os anos de 2018 a 2021, foram registrados cerca de 3,1 milhões de casos de estelionato. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA,2022).

Só no ano de 2021, o número chegou a 1,2 milhão de registros, correspondendo a um significativo aumento de 179,9% nas taxas, por 100 mil habitantes. Em relação a 2018, o aumento auferido é de 36,3%, o que demonstra que a pandemia contribuiu para o aumento dos crimes de estelionato no Brasil, sobretudo estelionatos cometidos no âmbito virtual (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA,2022).

Em consequência disso, no ano de 2021 o crime de estelionato sofreu uma mudança em sua redação, na qual foi incluída a “Fraude Eletrônica”, tipificando também o estelionato praticado no âmbito virtual, conforme redação a seguir demonstrada:

Fraude eletrônica

Art. 171 (...)

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021)

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021) (...) (BRASIL,1940).

Observa-se que essa alteração legislativa introduzida pela Lei nº 14.155, de maio de 2021, tem o intuito de tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet, pois o momento pandêmico clamava por um resposta estatal pelo aumento excessivo dos golpes virtuais.

Assim, diante do exposto infere-se que o estelionato é um crime contra o patrimônio, que teve um grande crescimento nos últimos anos, principalmente durante o período de quarentena, onde diversos golpes foram aplicados de forma virtual, sendo então incluído a modalidade de fraude eletrônica no artigo 171 do Código Penal, objetivando aumentar as penas e desmotivar tais crimes.

## 2.2 Estelionato sentimental

Atingido o primeiro objetivo de trazer a baila o conceito e previsão legal do estelionato em sua forma original, indaga-se: o que seria o estelionato sentimental?



Cumprido destacar inicialmente que não existe conceito legal para o estelionato sentimental, sendo a sua definição realizada pela jurisprudência e artigos jurídicos acerca do tema.

Utilizado pela primeira vez em 2013, o termo estelionato sentimental foi usado no acórdão proferido pela 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ocasião em que se confirmou a sentença do 1º grau que havia condenado o ex-namorado da autora a restituí-la pelas dívidas contraídas durante seu relacionamento amoroso com réu, pois na ocasião restou-se demonstrado que ex-namorado (réu) utilizou-se da situação afetiva para ludibriar a autora no intuito de obter vantagem ilícitamente, o que gerou a seguinte jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. TÉRMINO DE RELACIONAMENTO AMOROSO. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. RESSARCIMENTO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ABUSO DO DIREITO. BOA FÉ OBJETIVA. PROIBIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Deve ser mantida a sentença a quo eis que, da documentação carreada para os autos, consubstanciados em sua maior parte por mensagens trocadas entre as partes, depreendendo-se que a autora/apelada efetuou continuadas transferências ao réu; fez pagamentos de dívidas em instituições financeiras em nome do apelado/réu; adquiriu bens móveis tais como roupas, calçados e aparelho de telefonia celular; efetuou o pagamento de contas telefônicas e assumiu o pagamento de diversas despesas por ele realizadas, assim agindo embalada na esperança de manter o relacionamento amoroso que existia entre os ora demandantes. Corrobora-se, ainda e no mesmo sentido, as promessas realizadas pelo varão-réu no sentido de que, assim que voltasse a ter estabilidade financeira, ressarciria os valores que obteve de sua vítima, no curso da relação. 2. Ao prometer devolução dos préstimos obtidos, criou-se para a vítima a justa expectativa de que receberia de volta referidos valores. A restituição imposta pela sentença tem o condão de afastar o enriquecimento sem causa, sendo tal fenômeno repudiado pelo direito e pela norma. 3. O julgador não está obrigado a pronunciar-se quanto a todos os dispositivos de lei invocados pelas partes, quando entender ser dispensável o detalhamento na solução da lide, ainda que deduzidos a título de prequestionamento. 4. Recurso conhecido e não provido. (5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Processo nº 2013.01.1.046795-0, julgado em 18.07.2018)

Verifica-se de acordo com o julgado supracitado que a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entendeu como estelionato sentimental o ato de aproveitar-se alguém, pela confiança criada dentro de um relacionamento amoroso para locupletar-se ou obter vantagens patrimoniais, que de outra forma não teriam sido auferidas. Vantagens essas, adquiridas pela quebra da boa-fé da vítima, que acreditava fielmente na realidade do relacionamento ao qual estava inserida.

De forma mais recente, tem-se a seguinte jurisprudência que define o estelionato sentimental como situações em que uma das partes da relação abusa da confiança e da afeição do parceiro amoroso com o propósito de obter vantagens patrimoniais, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTELIONATO SENTIMENTAL. DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Na presente hipótese afirma-se que o réu, aproveitando-se da confiança e da intimidade decorrentes do namoro com a autora, obteve vantagens financeiras indevidas. 2. O estelionato sentimental ocorre no caso em que uma das partes da relação abusa da confiança e da afeição do parceiro amoroso com o propósito de obter vantagens patrimoniais. 3. No presente caso estão presentes os requisitos autorizadores da responsabilidade civil, à vista da prática de atos voltados à obtenção de vantagem indevida decorrente da relação de afeto e intimidade, com contundente violação da boa-fé objetiva. 4. Demonstrado os danos materiais experimentados, a devolução dos valores é devida. 5. No que concerne ao dano moral é importante ressaltar que sua configuração, prevista na Constituição Federal (artigo 5º, inc. X), revela-se diante da vulneração da esfera jurídica extrapatrimonial da parte pela conduta empreendida pelo causador do respectivo ilícito indenizatório. 6. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1364563, 07015482520208070009, Relator: ALVARO CIARLINI, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 18/8/2021, publicado no PJe: 15/9/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

De relatoria do Desembargador Álvaro Ciarlini, julgado em 18 de agosto de 2021 pela 2ª Turma Cível do TJDF, este julgado trata-se de apelação interposta contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Samambaia-DF, na qual ficou demonstrado que o réu, aproveitando-se da confiança e da intimidade decorrentes do namoro com a autora, obteve vantagens financeiras indevidas, sendo este condenado ao pagamento dos danos materiais bem como ao pagamento do dano moral, pela violação

da esfera jurídica extrapatrimonial da parte autora tendo em vista a sua conduta ilícita causadora de ilícito indenizatório.

Já na Seara Criminal tem-se a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO SENTIMENTAL OU AFETIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. PALAVRA DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FRAÇÃO NORTEADORA. MANUTENÇÃO. AGRAVANTE. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). APLICAÇÃO. DANO MORAL E DANO MATERIAL. MANUTENÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ADEQUAÇÃO. I - Incabível a absolvição quando os elementos probatórios indicam com a certeza necessária a prática do crime de estelionato em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, notadamente quando a vítima apresenta relatos firmes e coerentes, corroborados pelos depoimentos dos informantes e das testemunhas, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os quais revelam que durante relacionamento afetivo mantido com a vítima, o réu obteve vantagem econômica ilícita, ao induzi-la em erro, por meio de artifício e ardil. II - Nos crimes praticados em situação de violência doméstica contra a mulher, a palavra da vítima tem especial valor probatório, especialmente quando narra os fatos de forma firme e coerente em todas as oportunidades em que é ouvida e não há contraprova capaz de desmerecer o relato. III - Considerando a ausência de critério legal, a jurisprudência tem mantido a pena fixada com a devida fundamentação, entendendo como norteadora a fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal, para aumento da pena-base em razão da análise desfavorável de cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. IV - A fração adequada para redução ou aumento da pena na segunda fase da dosimetria será de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base. V - O STJ, em julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que é possível o arbitramento de valor mínimo a título de indenização por danos morais nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 387, IV, do CPP. VI - Exige-se apenas pedido formal, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo prescindível a indicação do valor mínimo e instrução probatória, por se tratar de dano in re ipsa. VII - Para arbitrar o valor,

devem ser observadas as condições da vítima, a intensidade de seu sofrimento, a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito, a intensidade do dolo ou o grau de culpa, a gravidade e a repercussão da ofensa, bem como peculiaridades das circunstâncias que envolveram o caso. VIII - Havendo pedido expresso da acusação, prova do prejuízo e sua submissão ao contraditório, como no presente caso, mantém-se a condenação ao pagamento de valor fixado a título de reparação do dano material causado à vítima, nos termos do art. 387, inc. IV, do CPP. IX - Presentes os requisitos do art. 312 do CPP, notadamente a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, considerando a reincidência e os maus antecedentes do réu, inviável a concessão do direito à liberdade, tanto mais quando respondeu preso à ação penal e foi condenado ao cumprimento de pena no regime inicial semiaberto. X - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(Acórdão 1435207, 07070233720218070005, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 30/6/2022, publicado no PJe: 12/7/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Sob relatoria do Desembargador Nilsoni de Freitas Custódio, o referido acórdão foi proferido no âmbito da Apelação Criminal na 3ª Turma Criminal do TJDF. Segundo o teor do acórdão supracitado, o réu praticou o crime de estelionato em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, pois durante relacionamento afetivo mantido com a vítima, o réu obteve vantagem econômica ilícita, ao induzi-la em erro, por meio de artifício e ardil, cabendo então o ressarcimento dos danos suportados pela vítima.

Este julgamento também traz como fundamento o entendimento jurisprudencial do STJ, que em julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que é possível o arbitramento de valor mínimo a título de indenização por danos morais nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 387, IV, do CPP, exigindo-se apenas o pedido formal, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo prescindível a indicação do valor mínimo e instrução probatória, por se tratar de dano *in re ipsa*.

Na arbitração do valor, o juiz deve observar as condições da vítima, a intensidade de seu sofrimento, a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito, a intensidade do dolo ou o grau de culpa, a gravidade e a repercussão da ofensa, bem como peculiaridades das circunstâncias do caso concreto.

Um fato interessante é que como já demonstrado anteriormente, o crime de estelionato em sua redação atual não faz qualquer menção ao estelionato sentimental, sendo o estelionato sentimental aplicado como uma concepção doutrinária e jurisprudencial, mas no decorrer desta pesquisa foi verificada a existência da tramitação do projeto de Lei nº 6444 de 2019, que prevê a inserção desta temática no artigo 171 do Código Penal, tendo o seguinte teor:

Altera o art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para dispor sobre o estelionato sentimental. O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei acrescenta dispositivo ao art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a fim de tipificar o estelionato sentimental.

Art. 2º O art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VII:

“Art. 171 (...)

Estelionato sentimental

VII - induz a vítima, com a promessa de constituição de relação afetiva, a entregar bens ou valores para si ou para outrem. (...)  
(BRASIL,2019)

Iniciado em 2019, o referido projeto de lei de iniciativa do Deputado Luizão Goulart, encontra-se tramitando atualmente na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados e objetiva dar um enfrentamento sistemático aos crimes patrimoniais, pois tem se tornado necessário o endurecimento da conduta delituosa diante de novo cenário social, impondo-se também a criação de novas condutas aos crimes intimamente ligados ao estelionato. (GOULART,2021)

Demonstra-se acertada e necessária tal ação legislativa já que o direito deve tutelar e proteger os direitos fundamentais sob pena de transgredir o princípio da proibição da proteção insuficiente, princípio este que segundo Senra (2018), está ligado ao reconhecimento do dever do Estado de proteção mínima aos direitos fundamentais, ou seja, o dever de prover o mínimo existencial em respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana.

De igual forma, vale relembrar que o Direito Penal detém um caráter subsidiário, devendo ser acionado somente quando os outros meios jurídicos não foram suficientes para punir e desencorajar tais atos.

Diante do exposto infere-se que o estelionato sentimental é o ato de enganar alguém artificialmente, aproveitando-se da sua relação amorosa ou promessa de relacionamento amoroso com o fim de obter vantagem ilícita. Nota-se também que atualmente os tribunais vêm aplicando a responsabilidade civil por entenderem estarem presentes todos os elementos ensejadores, mas a pergunta que se faz agora é: o que é a responsabilidade civil e quais são esses elementos ensejadores? É o que se discorre a seguir.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL**

Como bem diz o autor Pablo Stolze: toda ação humana traz em si o germen da responsabilidade. Isso porque no direito reina a máxima que o direito do outro começa quando o meu termina, de modo que todos devem respeitar os limites impostos pela lei, e quem a ela desrespeita deve sofrer uma sanção estatal e ressarcir os danos causados pela sua ação.

A fim de trazer o conceito de responsabilidade civil para este artigo, apresenta-se alguns conceitos doutrinários. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p.1270), "a responsabilidade civil pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)."

Já para Rosenvald (2019, p. 37), "a responsabilidade é definida em seu sentido clássico como a obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa e, em certos casos determinados pela lei."

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil encontra-se prevista no Código Civil de 2002, que em seu artigo 927 prescreve que "aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". (BRASIL,2002). Interessante discorrer que esse artigo faz alusão a outros dois artigos do mesmo código, os artigos 186 e 187, estes que definem ato ilícito, vejamos:

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.



Deste modo, pode-se compreender a partir desses conceitos legais e doutrinários que a responsabilidade civil é a obrigação de indenizar alguém pelo cometimento de um ato ilícito, seja esse ato ilícito decorrente de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, seja exclusivamente moral ou ainda que decorrente do exercício regular de direito, diante do infringimento dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL,2002).

Não obstante, destaca-se que para que exista a responsabilidade civil, é necessária a demonstração de alguns elementos ensejadores, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo causal, que serão melhor discutidos a seguir.

### **3.1 Elementos ensejadores da responsabilidade civil**

O primeiro elemento a ser explanado é a conduta humana. Sobre isso, tem-se a inteligência do já citado artigo 186 do Código Civil de 2002, que prescreve que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".(BRASIL,2002).

A partir disso, infere-se que a conduta deve erigir de um ser humano, podendo ser uma ação voluntária positiva ou negativa. Corroborando com isso, os autores Gagliano e Pamplona Filho aduzem que "o núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz."(GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2021, p.1294).

Assim, compreende-se que para existir a aplicação da Responsabilidade Civil, necessariamente, deve-se comprovar a conduta humana voluntária como o primeiro elemento ensejador da Responsabilidade Civil, ou seja, deve-se demonstrar que alguém teve uma ação ou omissão, sem a qual não existiria o dano ou prejuízo suportado.

Prosseguindo no objetivo de trazer os elementos ensejadores da Responsabilidade civil, tem-se o dano. Para Gagliano e Pamplona Filho poderíamos conceituar o dano ou prejuízo como "a lesão a um interesse jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou não, e que seja causado por ação ou omissão do sujeito infrator". (2021, p.1304).

Assim, entende-se que o dano é o resultado da ação ou omissão voluntária da pessoa que tinha a intenção ou a consciência de lesar direito/patrimônio de outrem, assim sendo, o dano é a materialidade do prejuízo.

Sob a ótica doutrinária, geralmente classifica-se o dano em patrimonial e moral. O dano patrimonial é aquele que causa lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis

do seu titular. Já o dano extrapatrimonial é aquele que atinge os direitos da personalidade, que causam dor e sofrimento à vítima (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2021, p.1305).

Por fim, tem-se ainda o nexo de causalidade. Como o próprio nome aduz, o nexo causal é o ligamento entre a ação ou omissão voluntária humana e o resultado danoso do agente infrator, sendo este um elemento indispensável para que se possa aferir e aplicar a responsabilidade civil.

Portanto, diante do explanado até aqui, compreende-se que a responsabilidade civil somente poderá ser verificada e aplicada ao caso concreto quando houver cumulativamente a conduta humana voluntária omissiva ou comissiva, o dano e o nexo de causalidade, sendo estas condições sem a qual não haverá a fixação da reparação dos danos.

### **3.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual**

Além da existência dos elementos ensejadores da Responsabilidade Civil no caso concreto, é importante também destacar que a doutrina faz uma classificação da Responsabilidade Civil quanto à sua origem, podendo ser dividida em Responsabilidade Civil Contratual e Responsabilidade Civil Extracontratual.

Quanto a isso, Flávio Tartuce traz a seguinte diferenciação:

A responsabilidade civil contratual ou negocial – nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil. Como visto no capítulo anterior desta obra, o art. 389 trata do descumprimento da obrigação positiva (dar e fazer). O art. 390, do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O art. 391 do atual Código Privado consagra o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os bens do devedor. Repise-se, mais uma vez, que apesar da literalidade do último comando, deve ser feita a ressalva de que alguns bens estão protegidos pela impenhorabilidade, caso daqueles descritos no b) art. 833 do CPC/2015. Cite-se o exemplo contemporâneo do bem de família, inclusive de pessoa solteira (Súmula 364 do STJ).

Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana – pelo Código Civil de 1916 estava fundada no ato ilícito (art. 159). No Código Civil de 2002 está baseada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (art. 187). (TARTUCE, 2021,p.788-789)

Assim, infere-se resumidamente que a responsabilidade civil contratual é aquela que decorre do descumprimento de um contrato, como por exemplo um descumprimento das cláusulas de um contrato de locação, e a responsabilidade civil extracontratual, é aquela que surge do descumprimento de um dever legal ou abuso de direito, como exemplo o abandono afetivo de pais em detrimento do dever de cuidado e educação. Concluída a explanação e esclarecimentos sobre a responsabilidade civil, a seguir analisa-se a responsabilidade civil em face da prática do estelionato sentimental.

### **3.3 Responsabilidade civil em face da prática do estelionato sentimental**

Conforme já explanado, o estelionato afetivo acontece quando alguém se utiliza da confiança do outro no âmbito do relacionamento amoroso para obter vantagens patrimoniais ilícitas, e a efetivação desse ato ilícito não se consumaria se estivesse em outras condições.

Outrossim, destaca-se que a responsabilidade civil somente poderá ser verificada e aplicada ao caso concreto quando houver cumulativamente a conduta humana voluntária omissiva ou comissiva, o dano e o nexo de causalidade, sendo estas condições sem a qual não haverá a fixação da reparação dos danos.

Percebe-se a partir do conceito de estelionato sentimental que se encontram presentes todos os elementos ensejadores da responsabilidade civil. Vejamos: a conduta voluntária, pois o infrator obtém a vantagem ilícitamente, portanto cria um ambiente de modo a ludibriar a vítima a ter confiança, ao ponto de ceder a todos os seus pedidos.

O segundo elemento ensejador da responsabilidade civil também se encontra presente, qual seja, o dano. Este é nitidamente verificado pois a principal característica do estelionato é a perda, sobretudo patrimonial. Para além disso, destaca-se que os danos vão além da alçada patrimonial, o estelionato atinge e causa danos extrapatrimoniais na vítima.

E por fim, também é possível encontrar presente o último elemento ensejador da responsabilidade civil - o nexo causal - que é a ligação entre a conduta do agente com os danos suportados pela vítima.

Deste modo, nota-se que a prática do estelionato sentimental extrapola os bens patrimoniais da vítima, que por si só já garantem a responsabilidade civil, pois presentes estão presentes todos os elementos necessários.

Não obstante, o estelionato sentimental causa profunda dor e sofrimento à vítima, causando-lhe também uma lesão extrapatrimonial em seus direitos da personalidade,

ferindo sua dignidade, por isso é importantíssimo garantir às vítimas a indenização pelo dano moral.

Diante dos posicionamentos jurisprudenciais já mencionados e da concepção jurídica da responsabilidade civil conclui-se que é perfeitamente aplicável a responsabilidade civil face ao estelionato afetivo.

#### **4. CONCLUSÃO**

Até aqui observamos que o direito é responsável por ditar e regular normas da sociedade, é ele quem impõe regras e limites a serem observados por todos, bem como prevê em suas diversas esferas a regulação e a sanção a quem o descumpre.

Nesse sentido, foi possível compreender que a responsabilidade civil é um importante instituto previsto no âmbito civil, que sua aplicação implica em ressarcimento por um dano causado a outrem, seja em sua esfera patrimonial ou extrapatrimonial, desde que verificados os elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam: conduta, dano e nexa causal.

Além disso, demonstrou-se também a classificação da responsabilidade civil em sua concepção contratual e extracontratual, sendo responsabilidade contratual aquela decorrente do descumprimento de um contrato e extracontratual aquela que surge do descumprimento de um dever legal ou abuso de direito.

Outrossim, foi explanado sobre a definição legal de estelionato, podendo este ser definido como o ato de 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.

Trazer a concepção jurídica do estelionato foi importante para entender posteriormente o que é o estelionato sentimental, que jurisprudencialmente já foi utilizado várias vezes para condenar pessoas que se utilizaram-se da confiança e boa-fé obtida nas relações afetivas para conseguir vantagens patrimoniais ilicitamente ao pagamento de dano moral.

Sobre a responsabilidade civil face à prática do estelionato sentimental, diante de todo exposto até aqui pode-se concluir que existe sim a possibilidade de sua aplicação, com base nos casos jurisprudenciais apresentados, nos quais os nobres julgadores entenderam estarem presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil quando a vítima sofre estelionato sentimental.

Isso porque no estelionato sentimental o dano suportado vai muito além dos bens materiais, a vítima também sofre dano moral, que lhe causa uma profunda dor no bem

estar psíquico, ou seja, sofre uma lesão extrapatrimonial em seus direitos da personalidade, ferindo sua dignidade, por isso é importantíssimo garantir às vítimas a indenização pela dor suportada.

Quanto ao projeto de lei encontrado, demonstra-se acertada e necessária tal ação legislativa já que o direito deve tutelar e proteger os direitos fundamentais sob pena de transgredir o princípio da proibição da proteção insuficiente, princípio este que se encontra ligado ao reconhecimento do dever do Estado de proteção mínima aos direitos fundamentais, ou seja, o dever de prover o mínimo existencial em respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana.

De igual forma, vale relembrar que o Direito Penal detém um caráter subsidiário, devendo ser acionado somente quando os outros meios jurídicos não foram suficientes para punir e desencorajar tais atos, que se demonstra ser o caso em tela, já que o estelionato sentimental só aumenta a cada dia em nosso país.

Portanto, conclui-se que há sim a responsabilidade civil pelo estelionato sentimental, comprovado pela ampla aplicação na jurisprudência, pois encontra-se presente a conduta, o nexo causal e o dano, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm). Acesso em: 14 ago. 2022

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 20 ago. 2022

BRASIL. Projeto de Lei 6444 de 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2125093](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2125093). Acesso em Agosto de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Os crimes patrimoniais no Brasil: entre novas e velhas dinâmicas. Anuário 2022.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/07-anuario-2022-os-crimes-patrimoniais-no-brasil-entre-novas-e-velhas-dinamicas.pdf>. Acesso em Setembro de 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021. e-book

ROSENVALD, Nelson. **Um possível conceito de responsabilidade civil**. Revista IBERC, v. 1, n. 1, p. 1 - 4, 22 maio 2019.

SENRA, Carolina Maria Gurgel. **Princípio da proibição da insuficiência: o dever do Estado de proteção mínima aos direitos sociais fundamentais**. 2018. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2360635/Carolina+Maria+Gurgel+Senra.pdf>  
Acesso em Setembro de 2022.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil. Volume Único**. 11ª Edição. Rio de Janeiro, Forense; MÉTODO, 2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS (TJDF). Consulta processual. Processo 2013.01.1.046795-0. 2013. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=99&CDNUPROC=20130110467950>. Acesso em: 26 set de 2022.



## **EVOLUÇÃO DA SANÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**TASSIANE DE FATIMA MORAES:**  
Procuradora legislativa e mestrande pela PUC-SP, na área de Direito Administrativo.

**RESUMO:** O direito administrativo sancionador vem desenvolvendo-se ao longo dos anos e, cada vez mais, consolidando-se no ordenamento jurídico brasileiro. O presente artigo objetivou analisar a atuação da Administração pública na esfera sancionadora com enfoque nos seus respectivos princípios. Nesse sentido, fez-se um breve estudo sobre a evolução histórica dos conceitos de sanção segundo diversos teóricos da teoria geral do direito e quanto ao conceito de princípios. Também, desenvolveu-se uma análise do direito administrativo sancionador e seus princípios. Foram tecidos comentários inclusive no âmbito de alternativas à sanção. Por fim, foram feitas as conclusões e apresentadas as referências. A pesquisa foi realizada por meio de consulta à legislação, doutrina e jurisprudência acerca dos princípios norteadores do direito administrativo sancionador.

**Palavras-chave:** Princípios. Direito administrativo. Sanções administrativas.

**ABSTRACT:** The purpose of this article was to present the legislative innovations relating to the New Bidding and Contracting Law and the Anti-Corruption Law. In particular, the rules relating to the nullity of administrative contracts and the accountability of agents who commit acts of corruption were addressed, in view of the importance of good management of public spending. The research was conducted especially by consulting normative documents, the doctrine and jurisprudence, and aimed to describe which legislative changes were pertinent to the theme. In addition, the research intended to verify whether such legislative amendments effectively managed to address the theme in a satisfactory manner, in view of the seriousness of corruption in Brazil.

Keywords: Nullity. Administrative contracts. Anti-corruption.

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução. 2 – A evolução da “sanção” na teoria geral do direito. 3 – A “sanção” no direito administrativo sancionador. 4 – Princípios do direito administrativo sancionador. 4.1 Princípio da legalidade. 4.2 Tipicidade. 4.3 Proporcionalidade. 4.4 *Non bis in idem*. 4.5 Segurança jurídica. 4.6 Devido Processo Legal. 5 – Alternativas à sanção. 6 – Conclusão. Referências.

### **1.INTRODUÇÃO**

Ao longo dos anos, muitos estudiosos se debruçaram na árdua tarefa de conceituar o que é Direito e suas nuances. Nesse contexto, nasceu a chamada teoria geral do direito, que, ao passo que estudava o Direito, conseqüentemente, também tecia grandes debates a respeito do que vinha a ser sanção. Ainda, vale destacar a importância do direito administrativo, que se foi consolidando com o tempo e, desse modo, nascendo sanções decorrentes do descumprimento das normas por ele estabelecidas.

As sanções do direito administrativo se projetam através do direito administrativo sancionador. Após o advento da Constituição de 1988, o direito administrativo sancionador se reinventou, progredindo e buscando dar uma resposta para a sociedade que seja condizente com os reais interesses dela.

Para contribuir a essa reflexão, o presente artigo, inicialmente, apresenta a evolução do conceito de sanção, segundo alguns teóricos da teoria geral do direito, até o que se denomina, atualmente, de direito administrativo sancionar, sendo esta estudada no capítulo seguinte. Posteriormente, os princípios que norteiam o direito administrativo sancionador são revisitados a partir da revisão da literatura sobre o tema.

Tal questão é muito debatida na academia, que se preocupa com a aplicação correta das sanções por parte da Administração pública, com o escopo que esta não cometa arbitrariedades com as quais possa causar insegurança jurídica mediante punições, posto que as penalidades podem impor aos infratores graves restrições, como, por exemplo, impedimento de participarem de licitações e de contratarem com a Administração.

Dessa conjuntura vem a importância de demonstrar, neste trabalho, os principais pontos com relação ao tema supramencionado, trazendo desde a conceituação de sanção até opções que possam substituí-las, com posições sustentadas por diversos juristas e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida a partir de doutrina, legislação, periódicos, revistas especializadas, julgados e consultas a *sites* desse assunto, o qual é fundamental à Administração pública, ao administrado, à sociedade em geral, pois visa a um melhor direcionamento dos gastos públicos com a otimização das repostas aos atos infracionais.

Para contribuir a essa reflexão e com intuito de alcançar a melhor didática, este artigo foi organizado da seguinte forma: após esta introdução, adentra-se no estudo sublinhando conceitos e observações acerca da "sanção" na teoria geral do direito. Na sequência, desvela-se um panorama relativo à sanção no direito administrativo sancionador. Em seguida, o artigo aborda o tema especificamente dos princípios do direito administrativo sancionador e, posteriormente, as alternativas à sanção. Por fim, são apresentadas, nas conclusões, as principais contribuições deste estudo e expostos alguns apontamentos para pesquisas futuras que examinem essa atuação do administrador.

Este artigo foi desenvolvido a partir dos argumentos supra indicados sem, contudo, esgotar o tema, apenas, contribui para reflexões que poderão ser realizadas em situação futura.

## 2.A EVOLUÇÃO DA “SANÇÃO” NA TEORIA GERAL DO DIREITO

No decurso dos anos, muitos teóricos do Direito se debruçaram sobre o estudo do que vem a ser o “Direito” e como ele pode ser conceituado, bem como procurando explicar sua forma de manifestação através da linguagem científica atualmente denominada teoria geral do direito.

Nesse contexto, vale destacar o fenômeno da “sanção” para esses teóricos e quais são suas implicações. E, cada qual em seu momento histórico e rompendo barreiras muitas vezes ainda intocáveis, os autores da teoria geral do direito ofereceram diversas concepções no tocante ao que seria o Direito e a forma de “punir” decorrente da sua não aplicação, o que gerou muitas controvérsias entre eles, mas isso contribuiu, sobremaneira, para o desenvolvimento do Direito como um todo, inclusive, para o enfrentamento de questões cotidianas hodiernas.

Para tal conceituação, perpassa-se por comparações entre o que se conceitua sobre o Direito com outras figuras, assim como, havendo mais de um conceito sobre a mesma situação ou coisa, é mister apontar os diversos entendimentos sobre o mesmo fenômeno, como se expõe neste capítulo.

A palavra sanção pode ter dois significados diferentes, podendo ser tanto punição pela violação de uma lei (pena) quanto o ato de aprovação de algo por vias formais<sup>71</sup>, sendo usado, neste artigo, o termo que denota a punição pela violação. Todavia, antes de adentrar no tema da sanção, tem-se que transitar entre o que vem a ser o Direito para os autores, desse modo, visando ao entendimento do contexto em que aquela se insere.

Ao seguir uma ordem cronológica quanto à criação da teoria geral do direito e seus principais autores com relação ao tema da sanção, inicialmente, destaca-se o pensamento do positivista John Austin, que foi um grande precursor do rompimento com o jusnaturalismo e que promoveu grande contribuição ao tema da sanção quando criou a “teoria do comando”, que adota a noção de comando como conceito-chave, e em sua conhecida expressão: o comando é a chave para a ciência do Direito (*The key to the science of jurisprudence*). Para ele, esse comando é emanado por um soberano e consiste na expressão de um desejo de que alguém realize ou não algo, acompanhado de um mal a

---

71SANÇÃO. In.: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/sancao/>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

ser imposto pelo emissor ao destinatário se descumprido esse desejo.<sup>72</sup> Assim, a definição austiniana das noções de comando implica as noções de dever e sanção. Não sendo, para o autor, necessário que a sanção seja imposta para que se caracterize o comando, visto que a simples possibilidade de imposição já é suficiente para caracterizá-lo.<sup>73</sup>

Na “Teoria Pura do Direito”, considerada uma das matrizes epistemológicas da teoria jurídica, mediante a delimitação objetiva de uma ciência do Direito desenvolvida por Hans Kelsen, a conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) e é o resultado de uma interpretação, diferente da interpretação normativa, sendo ela casual.<sup>74</sup>

Kelsen tece argumentação acerca da norma referindo que é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém.<sup>75</sup> O autor positivista aduz que, de acordo com o modo pelo qual as ações humanas são prescritas ou proibidas, é possível distinguir vários tipos – tipos ideais, não tipos médios. Sendo que a ordem social pode prescrever certa conduta humana e ter para isso uma observância ou não deste imperativo a quaisquer consequências. Assim como pode vincular determinada conduta humana à concessão de uma vantagem, de um prêmio; ou ligar a conduta oposta a uma desvantagem, a uma pena (no sentido mais amplo da palavra). Esses vínculos de prêmio e pena são, por ele, denominados princípio retributivo, e este pode ser compreendido no conceito de sanção.<sup>76</sup>

Posteriormente, quando trata especificamente de sanção, Kelsen afirma que “as sanções no sentido específico desta palavra aparecem – no domínio das ordens jurídicas estaduais – sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada)”.<sup>77</sup>

Herbert Lionel Adolphus Hart reforma outras teorias positivistas de maneira mais ampliada e sofisticada, fazendo uma crítica à teoria do filósofo John Austin, anteriormente mencionado, inferindo que o Direito é constituído por uma família de regras de comportamento.<sup>78</sup> Tais regras são divididas em dois tipos:

---

<sup>72</sup>AUSTIN, John. In: *The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence*. Indianapolis, IN: Hackett Publishing Company, 1998. p. 13.

<sup>73</sup>AUSTIN, John. In: *The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence*. Indianapolis, IN: Hackett Publishing Company, 1998. p. 16.

<sup>74</sup>KELSEN, Hans. In: *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 4.

<sup>75</sup>KELSEN, Hans. In: *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 6.

<sup>76</sup>KELSEN, Hans. In: *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 19.

<sup>77</sup>KELSEN, Hans. In: *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 76.

<sup>78</sup>Nas palavras de Hart: “exige-se algo de mais fundamental do que um forma de definição que seja utilizada com sucesso para localizar um tipo especial e subordinado dentro de um tipo genérico de coisa, familiar e bem conhecido. Há, contudo, formidáveis obstáculos ulteriores ao uso vantajoso desta simples

**a) Regras PRIMÁRIAS (de obrigação)** impõem diversos deveres, sempre, exigem que os indivíduos daquela sociedade façam ou deixem de fazer algo. Essas regras, diz Hart, existem sem a necessidade de normas ou leis, logo, são bastante frágeis em diversos aspectos. Sozinhas são incertas, estáticas e ineficazes.<sup>79</sup>

**b) Regras SECUNDÁRIAS (de reconhecimento, alteração e julgamento)** são atributivas de poderes, sejam estes públicos ou privados. E foram criadas para solucionarem as fragilidades das regras primárias, são “remédios”. Porém, sem as regras primárias, não haveria o porquê de existirem regras secundárias, explica esse autor.<sup>80</sup>

A relação das Regras Secundárias, para Hart, dá-se pela seguinte maneira: **Regra de Reconhecimento:** relaciona-se com a validade jurídica, define as competências e acaba com a incerteza das regras primárias. A Constituição Federal (CF) é um exemplo. **Regra de Alteração:** é o poder investido aos indivíduos para alterar, acabar e/ou, então, criar novas regras primárias para aquela sociedade, sendo um remédio para a fraqueza estática das regras primárias, em que o Poder Legislativo é o exemplo desta regra. **Regra de Julgamento:** é o poder investido aos seres humanos com competência para decidir, identificando o crime cometido, o indivíduo a ser julgado e o processo a ser seguido. Acaba com a ineficácia das regras primárias. Sendo considerada, nessa regra, a atuação do Poder Judiciário.<sup>81</sup>

Sobre a sanção, menciona Hart que a tentativa é de demonstrar a identidade fundamental tanto entre as regras que conferem poderes quanto das ordens coercitivas “através do alargamento do significado de sanção ou ameaça de um mal, de forma a incluir a nulidade de um negócio jurídico, quando está viciado pela não observância de tais regras”.<sup>82</sup>

Sublinha-se que Kelsen, após ter escrito a famosa obra “Teoria Pura do Direito”, recebeu diversas críticas com relação à sua teoria e passou a escrever artigos e textos debatendo-as; após seu falecimento, foi publicado um manuscrito sob o título “Teoria

---

forma de definição no caso do direito.”. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 20.

<sup>79</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 102/103.

<sup>80</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 91.

<sup>81</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 105/107.

<sup>82</sup>HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 105/107.



Geral das Normas”, que fortaleceu ainda mais sua importante contribuição para o mundo do Direito.

Nessa obra consta, inicialmente, a definição de norma como sendo um(a) mandamento/prescrição/ordem, além de conferir, permitir, derogar serem suas funções. Entre as espécies de normas (moral e lógica) estão as que formam o objeto da ciência do Direito.<sup>83</sup> Ainda sobre a denominação dessas normas, Kelsen, aparentemente, entra em um ligeiro conflito quando afirma, no capítulo 15, que as normas primárias são as que põem como condicional ato de coação por parte de um órgão judicial para o caso de violação da norma, que é chamada, por ele, nesse capítulo, de norma secundária, que seria a que estabelece conduta<sup>84</sup>, no entanto, no capítulo 35 da obra, o autor afirma o contrário, ou seja, que a norma que estabelece a conduta é denominada primária e a que prevê sanção, secundária, podendo a primeira ser independente da segunda.<sup>85</sup>

Carlos Santiago Nino resume o pensamento de Kelsen, com relação à sanção, afirmando que, nas distintas obras, Kelsen trata da “sanção” da seguinte forma: “a) trata-se de um ato coercitivo, ou seja, de um ato de força efetiva ou latente; b) tem por objetivo a privação de um bem; c) quem o exerce deve estar autorizado por uma norma válida; e d) deve ser a consequência de uma conduta de algum indivíduo.”<sup>86</sup>

Além da questão da sanção, Carlos Santiago Nino ainda traz a definição de Kelsen para “delito”, qual seja: “ato antijurídico é a conduta daquele homem contra quem, ou

---

83KELSEN, Hans. In: *Teoria Geral das Normas*, tradução e revisão de José Florentino Duarte. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 1986. p. 2.

84KELSEN, Hans. In: *Teoria Geral das Normas*, tradução e revisão de José Florentino Duarte. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 1986. p. 68.

85Nas palavras de Kelsen: “Uma ordem normativa contém não apenas normas que impõem uma conduta determinada — como uma ordem jurídica positiva — mas também normas que estatuem uma sanção para a hipótese de não serem cumpridas e — como uma ordem moral positiva — também para a hipótese de serem cumpridas, pois a norma que impõe uma conduta determinada e a norma que estatui uma sanção para a hipótese de não-cumprimento ou para o caso de cumprimento da primeira norma mencionada formam uma unidade. Esta unidade pode não se expressar na real formulação das normas. Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária — e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado. A norma primária pode, pois, aparecer inteiramente independente da norma secundária. Mas é também possível que uma norma expressamente formulada, a primeira, i. e., a norma que impõe uma conduta determinada geralmente não apareça, e apenas apareça a norma secundária, i.e., a norma que estabelece a sanção. Desta forma formulam-se reiteradamente normas jurídicas nas modernas leis.”. KELSEN, Hans. In: *Teoria Geral das Normas*, tradução e revisão de José Florentino Duarte. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 1986. p. 181.

86NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino, 1. ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2010. p. 199.



contra seus aparentados, destina-se a sanção estabelecida, como consequência, em uma norma jurídica.”.87

No que tange às sanções, pode-se traçar o seguinte paralelo entre os pensamentos de Kelsen e Hart:

- Quanto à coerção social, Hart entende que há a possibilidade de existir norma sem sanção externa e organizada, o que é impossível para Kelsen, num primeiro momento, o que foi revisto posteriormente conforme mencionado.
- Enquanto Kelsen vê a obrigatoriedade da sanção como pressuposto de se conferir validade à norma jurídica, Hart entende que a sanção é extremamente necessária, mas não para conferir validade à norma, e sim pode conferir eficácia a ela.<sup>88</sup>

Outro teórico de importante relevância para o tema aqui tratado é Ronald Dworkin, que, partindo da premissa de que para que um regime político seja uma democracia, deve-se levar os direitos a sério, assim, ele propõe sua teoria a partir das críticas que fez ao positivismo, mencionando as teorias de Aust e Hart e fazendo uma análise sobre elas, criando a famosa dualidade entre regras e princípios.<sup>89</sup>

O que o direito é ou deixa de ser vai depender, para Dworkin, mais da veracidade de algumas proposições que apenas adquirem sentido no contexto da prática jurídica levada a cabo pelos operadores do Direito, em termos de justificação argumentativa, e

---

87NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino, 1. ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2010. p. 206.

88RÊGO. Antonio Moreno Boregas e. *Kelsen e Hart, diferenças e similitudes*. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/kelsen-e-hart-diferencas-e-similitudes/amp/>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

89Segundo o Dworking "Existem orientações diferentes que podemos seguir: (a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos 'o direito' inclui, pelo menos, tanto princípios como regras. (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras p são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do "direito"), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar". DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-7.

diferentemente do proposto por Austin, Kelsen e Hart, estudando exaustivamente sanção, validade ou subsunção.<sup>90</sup>

Na obra de Richard Posner, "Economic Analysis of Law" (1973), ele se utiliza da economia para construir uma teoria explicativa (descritiva) dos institutos jurídicos, pondera que tais institutos podem ser explicados como resultados da maximização de forma relativamente coordenada de preferências individuais. Além de propor uma teoria normativa, em que avalia como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, utilizando-se dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas jurídicas mais eficientes.<sup>91</sup>

A seguir, dando continuidade ao estudo, passa-se a examinar a "sanção" na perspectiva do direito administrativo sancionador.

### 3. A "SANÇÃO" NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

No decorrer dos anos, tanto o direito administrativo quanto as pessoas de um modo geral passaram a preocupar-se mais com questões pertinentes à probidade no gasto público. As instituições foram fortalecendo-se e assim o que, no passado, não muito remoto, era visto como algo corriqueiro em termos de gasto desenfreado com o dinheiro público, passou a ter, cada vez mais, certo rigor nessas práticas, no sentido de tentar punir os que realizam gasto público fora das regras estabelecidas de boa conduta.

Com a queda do absolutismo e o Estado de Direito, o direito administrativo sancionador passou a ser mais estudado, tendo, nos dias de hoje, maior destaque, iniciando uma agenda de debates acadêmicos com o intuito de que haja efetiva punição dos atores que tenham um comportamento não adequado à boa conduta, como mencionado.

A Constituição Cidadã (de 1988) foi escrita durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987, formada depois da Ditadura Militar, e determinou os direitos e as obrigações dos cidadãos e dos entes políticos do Brasil. Após a Constituição de 1988, o Brasil passou a aprovar várias normas com a finalidade de enfrentar a situação crônica que existia em relação à corrupção, por exemplo, bem como houve a preocupação em cumprir o disposto na Carta Magna.

---

90CALAZANS, Paulo Murillo. Dworkin deixa inestimável legado para a teoria do Direito. Disponível em: <<https://ww.conjur.com.br/2013-fev-19/paulo-calazans-dworkin-deixa-inestimavel-legado-teoria-direito>>. Acesso em 08 de jun. 2022.

91HEINEM, Luana Renostro. *A análise econômica do Direito de Richard Posner e o pressuposto irrealista da economia neoclássica*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em: 08 de jun. 2022.

Pode-se citar, como exemplos, a Lei n.º 8.027/1990 (Código de Ética para Funcionários Públicos), a Lei n.º 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos – mostra um dos meios de combate à corrupção por meio da Administração Pública através do Poder Administrativo Disciplinar), a Lei n.º 8.429/9192 (Lei de Improbidade Administrativa – recentemente revogada/alterada) e a Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Ainda, importante marco se deu contra a corrupção com a lei que exige transparência nas contas públicas (Lei n.º 12.527/2011), muitas vezes ainda não cumprida, mas que tem sido uma ótima fonte de verificação dos gastos públicos pelos órgãos de controle.

Assim, tais infrações devem gerar consequências e responsabilizações, e nesses casos são impostas restrições tanto patrimoniais como pessoais em decorrência de violação a deveres e obrigações jurídicas. A responsabilização pode ser de natureza civil, penal e administrativa, sendo essa última “a submissão do sujeito que infringiu deveres na esfera administrativa a consequências punitivas no âmbito das relações administrativas”.<sup>92</sup>

A responsabilização administrativa pode ser dividida em três: (a) função punitiva: em que se submete o infrator a um sofrimento equivalente àquele produzido pela conduta irregular; (b) função de desincentivo: em que a punição cominada pela irregularidade conduz o sujeito a atuar de forma regular para não causar sofrimento; e (c) função preventiva: que é ligada a uma vedação a que o sujeito punitivo possa atuar novamente no âmbito administrativo.<sup>93</sup>

Consequentemente, os ilícitos (jurídicos) também possuem naturezas penal, administrativa, etc. e, por conseguinte, sofrem as sanções que os seguem, porém o enfoque, no presente trabalho, limitou-se ao ilícito praticado em âmbito administrativo. A respeito disso, é fundamental apresentar os conceitos de infrações e sanções administrativas externados por Celso Antônio Bandeira de Mello, que entende ser temas indissolúvelmente ligados, em que a infração é prevista em uma parte da norma; e a sanção, em outra parte dela, sendo importante, portanto, o estudo em conjunto, lembrando a linha dos teóricos da teoria geral do direito, mas, obviamente com as características atuais do direito administrativo.

Infração administrativa, o renomado autor afirma ser o descumprimento voluntário da norma administrativa em que se prevê a sanção, sendo a imposição decidida por uma

---

<sup>92</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo*. Revista dos Tribunais, 2021. p. 1594.

<sup>93</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo*. Revista dos Tribunais, 2021. p. 1594.

autoridade no exercício de função administrativa – mesmo que não necessariamente aplicada nesta esfera.<sup>94</sup>

A sanção administrativa, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é a providência gravosa prevista caso haja incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é a da alçada da própria Administração; todavia que não impede, se necessário, em caso de não atendimento espontâneo, que se recorra ao Poder Judiciário para que seja efetivada a sanção.<sup>95</sup>

O direito de punir do Estado se fundamenta em princípios e regras garantidoras, no caso do direito administrativo, de direitos dos administrados e dos cidadãos, o que se traduz no *ius puniendi* estatal, e, caso não sejam observados, haverá arbitrariedade ou ilegalidade.

Os princípios jurídicos passaram para um patamar mais elevado na hermenêutica contemporânea diante das mudanças pós-modernas. Desde o início da vigência da Constituição Federal de 1988, conforme descreve a doutrina pátria, o domínio do regime jurídico-administrativo que tem experimentado forte expansão e reconfiguração é, sem dúvida, o direito administrativo sancionador.<sup>96</sup>

É relevante destacar que o Estado Democrático de Direito e a legitimidade da ação estatal são núcleos essenciais do<sup>97</sup> direito administrativo sancionador. Também, vale apontar quais são as infrações que culminarão em um processo administrativo considerado sancionador, pois a elas serão aplicados seus princípios, que serão examinados no próximo capítulo.

Os casos mais comuns de infrações em que a punição se dará pelo direito administrativo sancionador se dão quando a punição é gerada pela própria Administração pública como nos casos de Processo Administrativo Disciplinar de servidor público, em descumprimento de contratos públicos decorrentes de licitações, por exemplo.

Terreno mais debatido se dá nos casos a seguir descritos, por exemplo, no campo da improbidade administrativa, em que a punição decorre do Poder Judiciário. Nesse caso, havia discussão antes das novas alterações legislativas, podendo-se afirmar que fosse

---

94BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 808.

95BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 809.

96OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar./abr. 2020, p.83.

97MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p. 1.

oriundo do direito administrativo sancionador, assim aplicando-se os princípios dele decorrentes<sup>98</sup>, porém tais debates foram positivados através do artigo 1º, §4º<sup>99</sup>, confirmando que na Improbidade Administrativa aplicam-se os princípios do Direito Administrativo Sancionador.<sup>100</sup> Nesse mesmo sentido, José Roberto Pimenta de Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti acrescentam que é possível “defender que o artigo 37, parágrafo 4º, funciona como cláusula de judicialização obrigatória da competência sancionadora, quando o Estado busca punir expressamente ilícitos qualificados como ‘atos de improbidade administrativa’ descritos em lei”.<sup>101</sup>

No que tange aos atos do Poder Legislativo, é importante salientar que, com relação aos casos de perda de mandato de seus membros, trata-se de regime jurídico sancionador que integra o direito administrativo sancionador disciplinar parlamentar, pois se vincula ao regime da função pública.<sup>102</sup>

Já no tocante aos crimes de responsabilidades (instituto do *impeachment*), não há consenso na doutrina, para alguns autores, como André Luiz Freire, trata-se de ato administrativo sancionador, que é praticado no exercício de competência vinculada<sup>103</sup>, ao passo que, para José Roberto Pimenta de Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti, as únicas sanções que são pronunciadas pelas Casas Legislativas, mas não estão alocadas no direito administrativo sancionador, são as decorrentes de crime de responsabilidade, porque constituem sistema de responsabilização de agentes públicos que possuem regime sancionatório próprio, de natureza político-constitucional (artigo 52, inciso I e II CF), podendo-se falar nesses casos como um direito Político-Constitucional Sancionador.

---

98GONÇALVES, Benedito. GRILO, Renato César Guedes. *Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988*. 7 JOURNAL OF INSTITUTIONAL STUDIES 2 (2021) Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021. p. 476.

99BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 1º (...) § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

100BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Art. 1º (...) § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

101OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar./abr. 2020, p. 93.

102OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar./abr. 2020, p. 97.

103FREIRE, André Luiz. *O Impeachment como Ato Administrativo*. Direito do Estado. ANO 2016 NUM 143. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-luiz-freire/o-impeachment-como-ato-administrativo>>. Acesso em: 29 de jun. 2022.

Em que pese a existência das duas correntes, parece que a questão do crime de responsabilidade é um modelo que possui suas peculiaridades, em outras palavras, é "*sui generes*", pois não deixa de ter reflexos no âmbito administrativo, tendo em vista que a reprimenda é a perda do mandato.

Tecidas as considerações anteriores, relevante faz-se o estudo dos princípios do direito administrativo sancionador, como se expõe no próximo capítulo.

#### 4. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A ideia de instrumentalidade da sanção deve portar também a busca de uma atuação administrativa eficiente, nesse sentido, importante faz-se o estudo dos princípios do direito administrativo sancionador, que podem ser divididos em dois tipos:

- a) Materiais
- b) Formais

Pode-se destacar entre os materiais:

- a) Eficiência
- b) Legalidade
- c) Tipicidade
- d) Irretroatividade
- e) Imputação/Responsabilidade
- f) Prescritibilidade
- g) *Non bis in idem*
- h) Segurança jurídica

Já com relação aos formais, há os seguintes:

- a) Boa-fé
- b) Devido Processo
- c) Contraditório/Ampla Defesa
- d) Inafastabilidade de provas ilícitas



- e) Motivação
- f) Imparcialidade
- g) Recorribilidade
- h) *Non reformation in pejus*

Conforme ensina Marçal Justen Filho, os princípios fundamentais do direito penal vêm sendo aplicados no direito administrativo sancionador/repressivo, com as eventuais atenuações necessárias em face das peculiaridades do ilícito diante das atividades administrativas.<sup>104</sup>

Nessa esteira, foi realizado um corte metodológico para o estudo dos princípios com maior relevância. Tais como o da legalidade, tipicidade, proporcionalidade, *no bis in idem*, segurança jurídica, devido processo, conforme segue.

#### **4.1 Princípio da legalidade**

Pode-se destacar como um dos princípios do direito administrativo sancionador o da legalidade, que é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, sendo caso cediço, no âmbito privado, prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso. II, CF/88); e, no ambiente público, a submissão da Administração à lei em sentido formal, em que se pode mencionar os artigos 37, *caput*, e 84 da Constituição Federal.

Ainda em âmbito constitucional, o Princípio da Legalidade também decorre da aplicação (pela extensão desejada pelo §2º do art. 5º) à esfera administrativa do princípio, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, inciso XXXIX, CF/88).<sup>105</sup> Com relação ao tema, ensina Marçal Justen Filho que “não se pode imaginar um Estado Democrático de Direito sem o princípio da legalidade das infrações e sanções”.<sup>106</sup>

Tal princípio está presente no direito administrativo sancionador com relevância, tendo em vista estarem em voga situações em que se encontra desencadeada a nítida

---

104JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2021. p. 1596.

105MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p. 9.

106JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, Lei 14.133/2021*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.p. 1008.

contraposição entre Administração e administrado, na qual a Administração comparecerá com todo seu poderio conforme eventual conduta do administrado.

Em consideração à denominada *supremacia geral*, pela qual a sujeição do particular não se fixa a determinado liame, e em busca da segurança jurídica, Heraldo Garcia Vitta defende que “o princípio da legalidade vige na sua mais ampla acepção; apenas a lei, formal, editada pelo Legislativo, poderá estabelecer infrações e sanções administrativas”, não se admitindo medida provisória nesses casos.<sup>107</sup>

Por outro lado, insta destacar as hipóteses chamadas de *supremacia especial*, em que a Administração aplica o Direito não apenas como está previsto na lei, mas, em um vínculo específico de enlace com o particular, por exemplo, no ato de admissão em uma biblioteca pública, em que as bases neles é o que o próprio órgão administrativo, respeitados os condicionamentos, configurará infrações e correlatas sanções.<sup>108</sup>

A Constituição Federal em seu artigo 84, IV, confere o poder regulamentar ao chefe do Poder Executivo delegando-lhe a função de baixar normas infralegais para direcionar os casos de: “a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

Tal poder regulamentar não se aplica quando se trata de Regulação, em primeiro lugar, em uma visão subjetiva, porque, nesse caso, quando os atos administrativos normativos secundários infralegais são produzidos, não o são pelo chefe do Poder Executivo; e, de uma forma objetiva, tendo em vista que são originários do fenômeno da deslegalização, como fruto da expansão de novas formas e limites da delegabilidade da função normativa, como espécie do gênero delegação legislativa, pela qual ocorre a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento.<sup>109</sup>

A deslegalização também pode ser observada no direito administrativo sancionador, cuja norma regulatória sistematizará o conjunto de infrações e condutas vedadas, apenas, se esse núcleo mínimo respeite as balizas, os limites e os

---

107VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo:Malheiros, 2003. p.85 e ss.

108BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.p. 811.

109 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. P. 10.

condicionamentos descritos na lei em sentido formal<sup>110</sup>, caso contrário, equivaleria a uma insuportável deterioração da normatividade legal sancionadora.<sup>111</sup>

Inclusive, em termos de Regulação, há novas teorias sendo desenvolvidas em resposta às formas de Regulação que, muitas vezes, são falhas, tal como a Regulação Responsiva desenvolvida por Ayres e Braithwaite (1992), na obra "Responsive regulation: transcending the deregulation debate", fazendo um desenho de forma Regulatória visando à efetividade e à eficiência.<sup>112</sup>

Por fim, antes de passar-se ao próximo princípio, um último ponto não menos relevante no estudo do princípio da legalidade aplicado ao direito administrativo sancionador é que não haverá o seu desrespeito nas hipóteses em que o enunciado previsto em lei pressupõe a confecção de normas dependentes de conclusões firmadas sobre averiguação ou operacionalização técnica, que só poderiam ser efetuadas na esfera administrativa, como no caso em que é impossível, impraticável ou desarrazoado efetuar precisões rigorosas na lei, tendo em vista o progresso científico e tecnológico.<sup>113</sup>

## 4.2 Tipicidade

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia, a *tipicidade* é um corolário da *legalidade*, "que impõe esse detalhamento específico das condutas e comportamentos dos administrados e das penas aplicáveis, que, afinal, é o que lhes permitirá ter maior *previsibilidade* acerca de suas ações e condutas".<sup>114</sup>

Sem a garantia da tipicidade, os que possivelmente fossem atingidos pela atuação sancionatória estatal ficariam expostos às desigualdades, com enormes riscos de

---

110 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. P. 10.

111 OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 218.

112 MEDEIROS, Alice Bernardo Voronof de. *Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil*. Tese (doutorado). Universidade do estado do rio de Janeiro, Faculdade de Direito. p. 103.

113 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 811.

114 FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso em: 28 de jun. 2022.

arbitrariedade e caprichos dos poderes públicos, assim, necessário faz-se tal princípio, conforme ensina Fábio Medina Osório.<sup>115</sup>

A tipicidade administrativa admite certa flexibilização em comparação à tipicidade penal, visto que a reprimenda nesse caso pode ser a restrição da liberdade de ir e vir, assim, exige-se maior grau de determinação do que naquela. Conforme será visto no próximo capítulo, pode haver essa flexibilização, mas, por óbvio com as devidas cautelas, para que não se configure livre-arbítrio, a discricionariedade administrativa não pode dar margem a uma atuação totalmente desproporcional.

Desse modo, a moderna doutrina do direito administrativo vem evoluindo para sustentar que toda e qualquer norma sancionadora, mesmo que possua um grau de flexibilidade, deve ser completa, o que decorre, em última análise, de um dever imposto por força do princípio da tipicidade.<sup>116</sup>

Postas essas questões da tipicidade, passe-se ao estudo da proporcionalidade.

### 4.3 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, segundo Marçal Justen Filho, deriva do fato de que a sanção aplicada ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração, devendo o aplicador dimensionar e adequar a extensão e a intensidade da sanção excessivamente grave e inconstitucional, estando previsto, no âmbito do processo administrativo, no artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/99.<sup>117</sup>

Vale trazer, a respeito do assunto em tela, jurisprudência, ainda da Lei n.º 8.666/93, sobre tal princípio, uma vez que é amplamente debatido nas Cortes nacionais, a saber:

EMENTA -ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE - ATO ILÍCITO DE EMPREGADO. Ato ilícito doloso de empregado, praticado sem conivência ou coautoria da empregadora, não justifica por si a declaração de inidoneidade desta, pela administração. [...] Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar aos incisos do art. 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o

<sup>115</sup>OSÓRIO, Fábio Medina. Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 265.

<sup>116</sup>CARDOSO, Raphael de Matos. *A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade administrativa lesivos à Administração Pública*. Orientador: José Roberto Pimenta de Oliveira. 217. 221 folhas. Dissertação (mestrado). Núcleo de Direito Administrativo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2017.

<sup>117</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2021. p. 1600.

administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade. Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas, apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção para a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento. (MS7311/DF Relator Ministro Garcia Vieira, Relator para Acórdão. Ministro Humberto Gomes de Barros. Em 28.08.02 DJ de 02.06.2003)

No julgamento acima transcrito nota-se que na aplicação da sanção deve-se observar a gradação entre as sanções, quando ocorrer sua aplicação, e assim o princípio da proporcionalidade em tal aplicação.

Para tal princípio, segue-se aquela velha frase: “não se mata passarinho com um tiro de canhão”, e tem muita importância no direito administrativo sancionador por conta do resultado de uma punição que afete várias questões para quem sofre a reprimenda, tais como, na Lei de Licitação, a impossibilidade de contratar com o Poder público, o que acaba por gerar diversos problemas para a empresa, sobretudo financeiramente, por conta desse impedimento.

Passe-se, a seguir, à análise do princípio do *no bis in idem*.

#### **4.4 Non bis in idem**

É tema cediço e expressa a premissa de não ser aceita a dupla punição pelo mesmo fato, inclusive, pode-se citar a Súmula 19 do STF que prevê: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

Também é um conceito preconcebido que, em virtude de um mesmo fato, possa alguém ser responsabilizado administrativa, penal e civilmente, diante do fato de serem esferas de responsabilidades diversas e autônomas. O Superior Tribunal de Justiça se manifestou no REsp n.º 1066772/MS, salientando a não ocorrência de *bis in idem* na hipótese de, pelo mesmo fato, terem sido aplicadas penas por ato de improbidade na Ação Civil Pública (Lei n.º 8.429/92) e crime funcional do Decreto n.º 201/197.118

O Tribunal de Contas de Santa Catarina proferiu o seguinte voto:

---

118BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1066772/MS*. Relator: Benedito Gonçalves. Brasília. J. 25 de ago. 2009. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801298061&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 de jun. 2022.

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, relativos à auditoria ordinária realizada na Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina - CIDASC, com abrangência sobre atos de pessoal do exercício de 2002, **considerando que restou comprovado que o Recorrente está sendo duplamente penalizado posto que mais de uma vez, em razão da mesma situação fática o Recorrente foi penalizado;**

[...];

considerando que cabe a este Tribunal manifestar-se apenas acerca das questões e dos dispositivos legais suscitados pelo Recorrente em seu pedido;

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, em:

**6.1.** Conhecer do Recurso de Reexame, nos termos do art. 80 da Lei Complementar n. 202/2000, interposto contra o Acórdão nº 0590/2004, de 03/05/2004, exarado no Processo n. APE 03/06272652, e, no mérito, dar-lhe provimento para:

**6.1.1.** cancelar a multa constante do item 6.2.1 da decisão recorrida [...] (REC 04/03658080 Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina – CIDASC Florianópolis, 17 de dezembro de 2004). (grifo nosso)

Pode-se perceber que no caso em tela a multa foi cancelada por ter sido considerada dupla penalização, pois, decorre da mesma situação fática, e a multa possui a mesma natureza.

Assim, o que não se aceita no ordenamento jurídico é que, na mesma esfera de responsabilização, o mesmo fato seja punido mais de uma vez, salvo se houver autorização legal.<sup>119</sup>

Após tais colocações, passe-se ao estudo da segurança jurídica, outro importante princípio a ser aplicado no direito administrativo sancionador.

---

<sup>119</sup>NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções administrativas e princípios de Direito Penal*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. de 2000. p. 147-148.



#### 4.5 Segurança jurídica

Pode-se afirmar que mais que um princípio da segurança jurídica, é um axioma do Direito.

José Afonso da Silva explica sobre a literatura que a segurança jurídica “consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. 120

Entendido como *princípio de Direito*, apresenta duas vertentes: a *objetiva*, que tem a função de garantir a estabilidade das relações jurídicas, notadamente pela proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; e a *subjetiva*, que se relaciona com a confiança na atuação do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.<sup>121</sup>

É importante salientar um conceito em sentido amplo proposto por Canotilho, que defende a ideia de que todos os indivíduos têm o direito de poder confiar nos atos e nas decisões públicas incidentes sobre seus direitos, com base em normas jurídicas vigentes e válidas, das quais se aguarda efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.<sup>122</sup>

Conforme ensina Luís Roberto Barroso, a expressão *segurança jurídica* passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdo que inclui:

- (i) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao *princípio da legalidade*; (ii) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (iii) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; (iv) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem.<sup>123</sup>

---

120SILVA, José Afonso da. *Comentários contextuais à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

121DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade*. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11-15.

122CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002, p. 257.

123BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito*

Pode-se observar que, além da própria segurança jurídica em si, outros princípios se correlacionam, tais como o da legalidade, boa-fé e razoabilidade na visão acertada do Ministro Barroso. Todavia o que se percebe é que a previsibilidade é o principal fator a ser considerado quando se trata de segurança jurídica, pois a pessoa que irá sofrer uma reprimenda não pode ser surpreendida com algo que não sabia nem que fosse uma infração.

Na continuação dessas análises, focalizar-se-á o devido processo legal, como segue no próximo item.

#### **4.6 Devido Processo Legal**

O devido processo legal surgiu como fonte do Direito anglo-saxônico, terreno hostil para aos limites jurídicos normativos, em que a arbitrariedade estatal dos que detinham o poder era problemática para alguns segmentos emergentes.<sup>124</sup>

A Carta Magna de 1988 no artigo 5º, incisos LIV e LV, define a garantia de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, consagrando assim expressamente os princípios da ampla defesa e do devido processo legal que também devem ser observados no direito administrativo sancionador, sob pena de nulidade.<sup>125</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia dividem o devido processo legal em duas vertentes conceituais: a do *devido processo legal adjetivo* e a do *devido processo legal substantivo*.<sup>126</sup> Para esses autores, o *devido processo legal adjetivo* é “a garantia formal de observância de um procedimento legal, que assegura às partes, em processos administrativos ou judiciais, o direito à ampla defesa e ao contraditório, entre outras garantias”, colocando como desdobramento do devido processo legal os princípios do contraditório e da ampla defesa.<sup>127</sup>

---

Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 139-140.

<sup>124</sup>OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 210/211.

<sup>125</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 816.

<sup>126</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p. 7.

<sup>127</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p. 5.

Com relação ao *devido processo legal substantivo*, a definição trazida pelos autores é que este “está relacionado a um processo justo e razoável logo no momento da criação normativo-legislativa”, incluindo nesta divisão os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que seriam intimamente conectados ao princípio do devido processo legal.<sup>128</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que há dificuldade de aplicação prática do referido princípio, fato que é notório em alguns casos, usando como exemplo a aplicação de multas em que se pode perceber que a lavratura do auto de infração, por parte do agente de trânsito, não tem como deixar de ser feita imediatamente, mas, em seguida ensina que trata-se tão somente de uma preliminar do lançamento da multa, que se concretiza depois de ofertada a possibilidade de ampla defesa e se essa não for acolhida.<sup>129</sup>

Tecidas essas considerações acerca dos princípios com maior relevância no direito administrativo sancionador, passe-se a analisar formas alternativas previstas no ordenamento que possam ser aplicadas que não as sanções.

## **5.ALTERNATIVAS À SANÇÃO ADMINISTRATIVA**

Em consideração à infração administrativa, de plano, pensa-se como resposta ordinária a sanção administrativa. Tal fato remonta a questões como o princípio da legalidade e da atividade vinculada do Estado, que proíbem que a autoridade competente tome qualquer outra providência que não seja a de impor ao infrator a sanção administrativa correspondente, inclusive, sob pena de responsabilização caso a pessoa responsável por sancionar deixe de aplicá-la.

No entanto a percepção que se revelou é que talvez essa não fosse a melhor forma de alcançar o pretendido, que é o interesse público, uma vez que, ao examinar-se uma das sanções mais comumente aplicadas, a multa, mesmo após sua aplicação, o resultado tem dado pouco retorno financeiro porque possui baixo índice de arrecadação, além de poderem prescrever por suspensão na via administrativa.<sup>130</sup>

---

128MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013. p.5.

129BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 816.

130TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Multas administrativas de órgãos reguladores não são amplamente divulgadas*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/multas-administrativas-de-orgaos-reguladores-nao-sao-amplamente-divulgadas.htm>>. Acesso em 28 de jun. 2022.

José Roberto Pimenta de Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti citam a frase de Alice Voronoff, que acertadamente afirma que “o Direito Administrativo Sancionador deve se preocupar com a criação de modelos sancionatórios adequados.”, e, segundo a autora: “Punir é caro e persuadir é barato!”<sup>131</sup> Nesse contexto, foi necessário pensar em várias formas de se alcançar o interesse público que não através de sanção, as quais serão exemplificadas a seguir.

No tocante às legislações que tentaram, de alguma forma, flexibilizar a sanção, pode-se citar a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/1998), que propõe a figura dos Termos de Ajustamento de Conduta como meio de agilização na recomposição do dano ambiental, permitindo conversão de multa em prestação de serviços de recomposição do meio ambiente degradado.<sup>132</sup>

A alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, através da Lei n.º 13.655, de 25 de março de 2018, baseada nas ideias do contextualismo e consequencialismo presentes em seus artigos 20 e 26, pode ser um grande exemplo das formas alternativas de punição às quais se faz referência no ordenamento jurídico brasileiro, criando balizas para a segurança jurídica de atos e decisões a serem seguidas pela Administração Pública.<sup>133</sup>

Conforme pontuado, vale trazer o caso também da teoria da Regulação Responsiva, que se preocupa em responder ao ambiente regulado, incentivando os regulados a cumprirem as regras, mas, também, visa motivá-los a continuarem agindo da maneira correta, pensando em efetividade da ação da Agência Reguladora, oferecendo desenhos regulatórios flexíveis e adaptativos, que estabelecem sinergia entre punição e persuasão.<sup>134</sup>

Nota-se que a visão inicial sobre sanção como regra para punição da infração foi paulatinamente ganhando novos contornos com a tendência de se preferir a composição ao invés da imposição, o acordo à sanção, até mesmo na esfera administrativa, o que se

---

131OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar./abr. 2020, p. 117 apud VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil: justificção, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

132BRASIL. *Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 28 de jun. 2022.

133BRASIL. *Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 28 de jun. 2022.

134CARDOSO, Fernando Roriz Marques. *CGU além do Comando e Controle: Uma comparação com a Regulação Responsiva*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 7, n.º1, p. 150-193, maio-junho 2021. p. 160.

vê, inclusive, no Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015)<sup>135</sup>, quando prevê, no §3º do artigo 3º, que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados”, sendo aplicados aos processos administrativos de maneira supletiva e subsidiariamente, conforme artigo 15.136 E é igualmente previsto na Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015), que parece seguir a mesma trilha (arts. 32 a 40).<sup>137</sup> Havendo de sublinhar que tais premissas foram apresentadas com o escopo de se estudar a evolução da sanção e os princípios do direito administrativo sancionador.

## 6. CONCLUSÃO

Com a solidificação crescente do direito administrativo brasileiro, após a vigência da Carta Magna, tal desenvolvimento não foi diferente no que concerne ao direito administrativo sancionador, tendo em vista que se vive num Estado Democrático cujo sistema punitivo, o que torna as garantias individuais mais proeminentes, preocupa-se com a eficiência do Estado; conjuntura essa na qual a Administração pública não se pode valer de presunções, ficções, métodos ultrapassados, atos unilaterais para dirimir um processo que conduza a uma punição.

Nesse contexto, o artigo descreveu a evolução da expressão sanção na teoria geral do direito, assim como tratou dos principais princípios do direito administrativo sancionador, estabelecendo um corte metodológico atinente ao estudo dos princípios com maior relevância, ou seja, legalidade, tipicidade, proporcionalidade, devido processo, *no bis in idem* e segurança jurídica. E foi possível observar que, diferentemente do que se pensava no passado, os princípios do direito administrativo sancionador têm suas peculiaridades em relação aos penais, por exemplo, no caso da tipicidade.

Também foi possível perceber também uma possível flexibilização na legalidade como nos casos de supremacia especial, regulação e em casos técnicos.

Em seguida foram tratadas as alternativas possíveis que estão se desenvolvendo, ao longo dos anos no Direito, para avaliar se a concepção de sanção, tradicionalmente vista

---

135BRASIL. Lei n.º 11.465/2017, de 16 de março de 2017. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 de jun. 2022.

136Art. 15 do Código de Processo Civil. “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

137FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso em: 28 de jun. 2022.



como punição, seja ou não a melhor forma de agir em face de uma infração. Nesse contexto, algo importante a destacar no campo regulatório é o desenvolvimento da teoria da regulação responsiva, que, como mencionado, tenta superar a ideia de que a aplicação da multa é a melhor forma de punir e apresenta um mecanismo pelo qual há preocupação em responder ao ambiente regulado, incentivando os regulados a cumprirem as regras, mas, também, visando motivá-los a continuarem agindo da maneira correta, pensando em efetividade da ação da Agência Reguladora, oferecendo desenhos regulatórios flexíveis e adaptativos que estabelecem sinergia entre punição e persuasão.

As conclusões que foram alcançadas com o presente ensaio foi de que assim como a sociedade, o Direito também evolui paulatinamente, sempre, buscando aprimorar com inovações na forma de pensar as condutas sociais, aqui com maior enfoque nos casos de infrações que porventura possa existir e atingir o direito administrativo.

Isso evidencia que o ordenamento jurídico pátrio tem avançado no direito administrativo sancionador, mas que ainda há muito que evoluir para que a função pública seja efetivamente alcançada. Posto isso e perante conjuntura tão articulada, o presente trabalho não esgota o tema, porém traça diretrizes importantes para a aplicação das sanções no direito administrativo sancionador.

Portanto, o que resta como alternativa é acompanhar os avanços de teorias e legislações acerca da sanção para análise em pesquisas futuras.

## REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence*. Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil*. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 28 de jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 26 de jun. 2022.



BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 28 de jun. 2022.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1066772/MS*. Relator: Benedito Gonçalves. Brasília. J. 25 de ago. 2009. Disponível em:  
<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801298061&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 30 de jun. 2022.

CALAZANS. Paulo Murillo. Dworkin deixa inestimável legado para a teoria do Direito. Disponível em: <<https://ww.conjur.com.br/2013-fev-19/paulo-calazans-dworkin-deixa-inestimavel-legado-teoria-direito>>. Acesso em 08 jun. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002.

CARDOSO, Fernando Roriz Marques. *CGU além do Comando e Controle: Uma comparação com a Regulação Responsiva*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 7, nº1, p. 150-193, maio-junho 2021.

CARDOSO, Raphael de Matos. *A responsabilidade da pessoa jurídica por atos de improbidade administrativa lesivos à Administração Pública*. Orientador: José Roberto Pimenta de Oliveira. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade*. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:  
<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso em: 28 de jun. 2022.

FREIRE, André Luiz. *O Impeachment como Ato Administrativo*. Direito do Estado. Ano 2016 Num 143. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-luiz-freire/o-impeachment-como-ato-administrativo>>. Acesso em: 29 de jun. 2022.

GONÇALVES, Benedito. GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. 7

Journal of Institutional Studies 2 (2021) Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 467-478, mai./ago. 2021.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEINEM, Luana Renostro. *A análise econômica do Direito de Richard Posner e o pressuposto irrealista da economia neoclássica*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2021.

KELSEN, Hans. In: *Teoria Geral das Normas*, tradução e revisão de José Florentino Duarte. Imprensa: Porto Alegre, S.A. Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. In: *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDEIROS, Alice Bernardo Voronof de. *Por um discurso de justificação e aplicação para o direito administrativo sancionador no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do estado do Rio de Janeiro.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. *A principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, out./dez. 2013.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino, 1. ed. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2010.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções administrativas e princípios de Direito Penal*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 219, jan./mar. de 2000. p. 147-148.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, mar./abr. 2020.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RÊGO, Antonio Moreno Boregas e. Kelsen e Hart, diferenças e similitudes. Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/kelsen-e-hart-diferencas-e-similitudes/amp/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

SANÇÃO. In.: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sancao/>. Acesso em: 08 jun. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Comentários contextuais à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Multas administrativas de órgãos reguladores não são amplamente divulgadas*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/multas-administrativas-de-orgaos-reguladores-nao-sao-amplamente-divulgadas.htm>. Acesso em 28 de jun. 2022.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

## **JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: EFETIVIDADE NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**LEON SOUZA REIS:**  
Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Unisulma/IESMA.

CLÓVIS MARQUES DIAS JUNIOR<sup>138</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A presente pesquisa por meio da utilização do método lógico-dedutivo, de natureza explorativa e qualitativa, apoiada em uma análise construída a partir de uma investigação teórica baseada em doutrinas; artigos científicos; jurisprudências e documentos normativos de âmbito internacional e nacional, desempenha a cumprir com objetivo de investigar os motivos que geram a judicialização do direito social à educação, bem como a análise da atuação do Poder Judiciário, em particular na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a efetivação de políticas públicas. Neste recorte, este artigo destina-se a demonstrar a máxima principiológica do direito à educação, tal como apontar os fatores que geram a ineficácia deste direito, a fim de comprovar a omissão do Estado, o qual geralmente se respalda na invocação da Reserva do Possível. Tal pesquisa conceitua e propõe discussões na contraposição entre a reserva do possível frente aos princípios da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e o da proibição ao retrocesso. Nesse sentido, evidencia-se os limites de atuação do Judiciário e sua legitimidade na efetividade educacional. A conclusão enfatiza na corroboração crítica social e percepção do direito à educação, destacando o acesso à justiça quanto ferramenta para proteção e efetivação do direito educacional.

**Palavras-chave:** Direito. Educação. Efetividade. Judicialização. STF.

**ABSTRACT:** The present research, through the use of the logical-deductive method, of exploratory and qualitative nature, supported by an analysis built from a theoretical investigation based on doctrines; scientific articles; case law and normative documents of international and national scope, performs to meet the objective of investigating the reasons that generate the judicialization of the social right to education, as well as the analysis of the performance of the Judiciary, particularly in the case law of the Federal

---

<sup>138</sup> Doutorando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Estado, Políticas Públicas Educacionais e Democracia (NEPED), da Universidade Federal do Maranhão. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Sistema de Justiça, Neoprocessualismo e Direitos Humanos da Unisulma/IESMA. Membro do Núcleo de Pesquisas Jurídicas de Imperatriz (NUPEJI) na linha de pesquisa O Direito e a Arte.

Supreme Court (STF) regarding the effectiveness of public policies. This article aims to demonstrate the maximum principle of the right to education, as well as to point out the factors that generate the ineffectiveness of this right, in order to prove the omission of the State, which is usually supported by the invocation of the Reserve of the Possible. This research conceptualizes and proposes discussions on the opposition between the reserve of the possible in the face of the principles of human dignity, the existential minimum and the prohibition of regression. In this sense, it highlights the limits of the Judiciary's actions and its legitimacy in educational effectiveness. The conclusion emphasizes the critical social corroboration and perception of the right to education, highlighting the access to justice as a tool for the protection and fulfillment of the right to education.

**Keywords:** Law. Education. Efficiency. Judicialization. STF.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o processo de judicialização do direito social à educação com ênfase de investigação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Sendo assim, primeiramente, apresentou-se o direito à educação como um direito do homem, trilhando sua origem e classificação quanto direito humano de segunda geração, a distinção entre direito do homem e direito fundamental, o seu caráter dogmático de inerência ao ser humano, a consagração em diplomas internacionais: A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH - 10 de dezembro de 1948); Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC); à Declaração Mundial de Educação para Todos (UNICEF, 1990), que fortemente influenciaram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagrou em seu conteúdo o direito à educação no rol de direitos fundamentais da pessoa humana.

Em seguida, partindo da problemática da ineficácia do direito educacional, demonstrou-se o contraste entre a teoria da Reserva da Possível frente ao Mínimo Existencial, por meio da contextualização histórica e sua aplicabilidade frente a ontologia dos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social, para evidência o indivíduo como ser de valores morais, priorizando a construção do seu crescimento ético, intelectual e cultural.

Outrossim, apresentou-se o processo de judicialização do direito educacional a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atendendo, nessa perspectiva, o objetivo de investigar os motivos que geram a ineficácia social à educação e proporcionar discussões acerca da atuação do judiciário diante de seu limite de atuação no processo de efetivação de políticas públicas, precipuamente, no direito e acesso à educação, de modo que se refutou supostos argumentos de ativismo judicial e violação dos poderes.

Deste modo, o presente artigo se justifica na necessidade de conhecer e estudar o direito à educação, enquanto um dos principais direitos da pessoa, pois somente na concretude deste torna-se capaz a construção racional e a concepção do indivíduo em sociedade como sujeito de direitos e deveres.

A pesquisa tomou por base artigos e textos científicos atualizados e disponíveis relacionados diretamente ao tema, no mecanismo virtual de pesquisa - Google Acadêmico. Utilizou-se também livros físicos e eletrônicos relacionado ao tema, como fonte sólida de pesquisa. Ademais, observou-se em relevantes diplomas normativos internacional e nacional a previsão do direito à educação. Por fim, firmou-se o entendimento a partir da análise jurisprudência do STF. Nesse contexto, esta pesquisa empregou o método lógico-dedutivo, de natureza explorativa e qualitativa, apoiada em uma análise construída a partir de uma investigação teórica, documental e bibliográfica.

## **2. Direito à Educação: Um direito fundamental da pessoa humana a partir da consagração em diplomas normativos**

A educação é elemento essencial na construção histórica do ser humano e na evolução da sociedade. Constitui-se como um dos preceitos basilares à dignidade da pessoa humana, a qual, assegura a formação e o desenvolvimento físico, intelectual e moral do indivíduo, tal qual a garantia civil e a participação na sociedade.

Nesse contexto, tem-se a educação reconhecida como um direito do homem. Assim sendo, é importante ressaltar a diferença entre "direitos do homem" e "direitos fundamentais". Segundo o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2003. p. 393).

Nesse sentido, os direitos fundamentais são aqueles cuja o ordenamento pátrio reconheceu e os consagrou internamente em seu diploma normativo. Por outro véis, o direito do homem é amplamente reconhecido em razão da sua abrangência, ou seja, é um gênero cuja sua ideia não advém meramente de uma positivação, em outras palavras, são direitos inerentes à existência da pessoa humana.



Desse modo, a educação, por sua essencialidade diretamente atrelada à dignidade da pessoa humana é reconhecida e faz parte do que a doutrina classifica como “direitos humanos de segunda geração”. Como aponta Ramos (2022), a segunda geração dos direitos humanos são os direitos sociais, titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao estado, consiste do dever do estado em realizar a efetivação e a fiscalização das regras para assegurar condições materiais de sobrevivência dos direitos sociais, tais como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação e entre outros.

Logo, devido seu caráter de inerência, abrangência e essencialidade, o direito à educação é reconhecido e consagrado internacionalmente em diversos diplomas normativos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH - 10 de dezembro de 1948), constitui-se como um dos mais importantes documentos que protegem os direitos humanos e, por conseguinte, os direitos sociais, tal qual o direito à educação, conforme dispõe o artigo 26 deste diploma:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos (ORG. DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, ON-LINE).

A DUDH é uma das principais fontes dos direitos sociais preconizados pelas atuais constituições. Nesse contexto, é necessário assimilar as interferências das organizações e regimes internacionais na positivação interna, sobretudo, quanto a percepção ao direito à educação. Conforme aponta Azevedo, Krepsky, Lobo (2022), uma das principais influências a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), é o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), ratificado pelo Brasil em 1991, cuja repercute primordialmente no caráter de proteção e a determinação quanto aos objetivos com a educação.

Outrossim, à Declaração Mundial de Educação para Todos (UNICEF, 1990), elaborada na conferência de Jomtien na Tailândia, vem reafirmar o compromisso educacional internacional estabelecido inicialmente na DUDH, determinando o comprometimento e o constante engajamento universal na garantia comum aos conhecimentos básicos, de modo a alcançar uma equidade social e contemplar a dignidade da pessoa humana. Desta maneira, enuncia a Declaração:

[...] a educação é um direito fundamental de todos, mulheres e homens, de todas as idades, no mundo inteiro; Entendendo que a educação pode contribuir para conquistar um mundo mais seguro, mais sadio, mais próspero e ambientalmente mais puro, que, ao mesmo tempo, favoreça o progresso social, econômico e cultural, a tolerância e a cooperação internacional; Sabendo que a educação, embora não seja condição suficiente, é de importância fundamental para o progresso pessoal e social (UNICEF, 1990, ON-LINE).

Nessa perspectiva, diante da ordem internacional pela implementação e a busca universal na consagração e desenvolvimento dos direitos sociais, em especial a educação, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), seguindo esse ditame, estabelece o direito à educação no rol de direitos fundamentais da pessoa humana, conforme dispõe a redação do artigo 205 da CRFB/88: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988). Do mesmo modo o artigo 227 do mesmo diploma afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à educação.

Logo, tem-se a educação como um papel indispensável e comum dos fatos sociais na formação do indivíduo. Segundo Nalini (2020, p. 23), “a amplitude do tratamento fundante tem significado de relevância extrema: todos são responsáveis pela educação”. Assim, o indivíduo deve ter assegurado a educação intelectual, qual seja o acesso à escola e aos instrumentos que garantam conclusões racionais lógicas, e a educação moral, a qual expressa-se por meio das relações sociais e familiares, tendo em vista a sua construção ética.

O artigo 225 da CF estabelece que os sistemas de ensino devem ser organizados em regime de colaboração pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. Demais, os parágrafos 1º e 2º do art. 208 ainda determinam respectivamente que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (BRASIL, 1988).

Na mesma ideia, a dicção do art. 208, I e IV, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei 9.394/96, no art. 4º, IV, reafirma a garantia como dever do Estado, incluindo, o atendimento às crianças em creche e pré-escola, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, reprisa, nos ditames dos artigos. 53 e 54, acrescentando que as crianças são sujeitas de direitos.

Resta demonstrado a natureza fundamental social, da qual advém do interesse coletivo. Dessa maneira, o Estado tem o dever legal na prestação educacional, seja na oferta direta por meio da criação, incentivo, desenvolvimentos estratégicos de inclusão, como também de forma indireta, por meio de políticas públicas que consagrem o direito, como por exemplo, a oferta de bolsas, o financiamento em instituições privadas, a disponibilidade de acervos científicos e tecnológicos.

Portanto, o direito à educação é ponto de partida para percepção dos demais direitos, haja visto seu caráter de essencialidade que está diretamente atrelado à dignidade da pessoa humana, sendo este, uma garantia inerente a existência do homem. Logo, sua evolução histórica e a consagração em diplomas internacionais influenciaram a atual legislação pátria brasileira, com previsão constitucional e infraconstitucional, reconhecendo seu caráter fundamental, cuja o Estado tem o dever de efetivá-lo, a fins de assegurar o desenvolvimento social, o exercício da cidadania e o bem-estar social. Contudo, este preceito fundamental encontra entraves que impede sua efetivação plena, conforme evidenciado a seguir.

### **3. Efetividade do Direito à Educação: o contraste entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial**

Apesar da sua relevância internacional reconhecida e de seu caráter de direito fundamental social, o direito à educação anda em desarmonia com os mandamentos constitucionais, razão pela qual a eficácia deste direito é constantemente violada. Significa dizer que o Estado não contempla a educação de forma integral, isonômica e de qualidade para todos os indivíduos, sustentando-se a essa negativa o comprometimento do orçamento estatal, por meio da invocação a cláusula da reserva do possível, que se contrapõe diretamente aos princípios do mínimo existencial e da vedação ao retrocesso. Assim sendo, cabe contextualizar tal teoria e sua relação de antinomia diante dos aludidos preceitos fundamentais.

A origem da teoria da reserva do possível é ilustrada no seguinte trecho:

A idéia de reserva do possível teve sua origem na Alemanha, quando do julgamento em que se discutia a criação de vagas na faculdade de medicina para alunos aprovados no vestibular, mas não classificados.

A decisão foi no sentido de que os direitos a prestações estão sujeitos à reserva do possível, de forma que só se pode exigir do Estado uma prestação adequada ao limite da razoabilidade (ALMEIDA, 2019, p. 34-35).

Assim, entende-se que a origem alemã: "Vorbehalt des Möglichen", isto é, "Reserva do Possível" está diretamente atrelada à razoabilidade da pretensão, e não, direta e unicamente, à existência de recursos materiais. Contudo, esta teoria, importada para a concepção jurídica e administrativa brasileira, tem entendimento e aplicação diversa, uma vez que leva em consideração o financeiramente possível, ou seja, considera-se o comprometimento orçamental do Estado na efetivação dos direitos sociais.

Dessa forma, tal teoria é invocada como uma "desculpa" ou justificativa da negação das prestações sociais. Ocorre que esta justificativa é simplesmente aludida sem ao menos levar em consideração os fatores que estão comprometendo o orçamento e a prestação negativa. Almeida (2019), aponta que há uma má gestão de planejamento dos recursos públicos, o qual a administração reconhece o dever de prestação positiva do Estado quanto aos direitos sociais, mas, que não investem em políticas públicas, resultado numa péssima prestação de serviços e direitos sociais. Destaca ainda, que o Estado mesmo insuficiente de recursos, deve estrategicamente elaborar planejamentos para atendimentos gradativos desses direitos, o que não vem se percebendo hodiernamente.

Em contrapartida, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que o Estado tem o dever de garantir os direitos sociais, quando não integralmente, ao menos a garantia do mínimo, sendo este capaz de atender o núcleo essencial à dignidade da pessoa humana, não podendo a administração pública se escusar de tal responsabilidade, tendo em vista que são direitos cuja necessitam da prestação positiva do Estado.

O Ministro Hermam Benjamim, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial, crítica a forma que a teoria da reserva do possível foi importada para o Brasil:

[...] Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram

asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna (BRASIL, STJ, 2013, p. 7).

Logo, denota-se que o conceito e aplicação em comparação com sua origem é completamente deturpado, diante das diferentes realidades fáticas sociais. Restando evidenciado, portanto, que tal teoria, tens sido utilizada como pretexto para se eximir de suas obrigações. Ressalta-se, além disso, que entre os fatores causadores do comprometimento orçamental do Estado, evidencia-se a corrupção na administração pública e a má gestão dos recursos públicos. Nessa perspectiva, sobre a corrupção como entrave na concepção de direitos fundamentais, enfatiza o autor:

[...] as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes. [...] as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas (GUERRA, 2018 p. 256-257).

É nessa ideia, que a doutrina e jurisprudência vem evidenciando ainda mais a importância da garantia do mínimo existencial em contraste a teoria da reserva do possível, levando-se em consideração obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sarlet (2011), aponta que a noção de dignidade da pessoa humana, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção de todas as gerações de direitos, inclusive aqueles inerentes ao ser humano, à exemplo ao direito à educação, uma vez que não os reconhecendo, está se negando a própria dignidade.

O autor completa a ideia ao dizer que os direitos sociais andam em sintonia com a dignidade da pessoa humana e explica a diferença entre a garantia do “mínimo existencial” e o “mínimo vital”. O primeiro traduz-se no dever do estado de garantir uma vida saudável, boa e com dignidade, isto é, atuar em conformidade com o que se entende por Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o segundo, resume-se a atender tão somente o conjunto de prestações suficientes para assegurar a existência, ou seja, a garantia da vida (SARLET, 2011).

Nesse contexto, a pessoa se concentra como ser de valores morais, e para isso deve ser assegurado meios para a construção do seu crescimento ético, intelectual e cultural. Consonante sentido, atrela-se ainda a dignidade da pessoa humana, o princípio da vedação ao retrocesso social, Segundo Canotilho:

[...] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, 1998, p. 321)

Dessa forma, uma vez previsto tal direito, conforme se constata o direito à educação nos diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, não poderá sofrer alteração em seu núcleo essencial com o fim de impedir sua concretização. Segundo Souza (2010), a Constituição Federal de 1988 reconheceu a educação como um direito público subjetivo, sendo que este por ser considerado norma definidora de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, a ponto de afastar qualquer recusa do Estado, devendo-se, portanto, atribuir o máximo possível de efetividade, embasando-se no princípio da proibição ao retrocesso frente a atos discricionários do legislador ou administrador público.

Entende-se, por conseguinte, por mais que os recursos sejam realmente limitados é necessário observar os fatores que levam a essa escassez, de modo a suprimi-los por meios de planejamento estratégico, pelo fomento de políticas públicas, e sobretudo o combate à corrupção enraizada na máquina estatal.

Além disso, o Estado deve proporcionar a garantia do mínimo existencial e proibir o retrocesso de direitos cuja assolam núcleos essenciais já garantidos, de modo a contemplar a dignidade da pessoa humana, considerada o fundamento da república brasileira e o “princípio mãe” de todo o ordenamento jurídico brasileiro. É nesse véis que se justifica a legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição Federal.

#### **4. A Judicialização do direito educacional: uma análise a partir da jurisprudência do STF.**

Nesse ponto, levando-se em consideração a garantia constitucional, os princípios e teorias discutidas anteriormente, torna-se necessário a análise do direito social à educação quando este é questionado em juízo. Nessa direção, tal investigação se perfaz no estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que por meio de pesquisa no site oficial ([portal.stf.jus.br](http://portal.stf.jus.br)), obteve-se 997 resultados relacionado a busca jurisprudencial “direito à educação”.

Primeiramente, é necessário entender que a suprema corte brasileira firmou entendimento de que é possível, em situações excepcionais que o judiciário determine ao



poder executivo o implemento de políticas públicas, de modo a garantir o dito constitucional, conforme se demonstra na seguinte decisão:

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, STF, 2014, p. 6).

Assim, observa-se que o judiciário tem legitimidade para atuar em casos de omissão do poder legislativo e executivos, de modo a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na Carta Magna, cuja a obrigação positiva primária compete ao legislativo e executivo, na implementação de políticas públicas. O Ministro Celso de Mello (STF), na ADI 1484/DF para fundamentar sobre o comportamento negativo do Estado, utiliza a expressão “erosão da consciência constitucional” fundamentado nos ensinamentos de Karl Loewenstein, segundo o ministro:

[...] É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos (BRASIL, STF, 2001, pg. ON-LINE).

Desse modo, cabe ao judiciário como guardião da constituição, intervir na segurança do estado democrático de direitos e efetivar políticas públicas, de modo a evita gerar danos a sociedade e impedir que perpetue a cultura de negação aos direitos fundamentais, sendo esta ação respaldada na necessidade de harmonia com o princípio da legalidade e da inafastabilidade da jurisdição, conforme preceitua os Art. 5º, XXXV e 37 da CRFB/1988. Logo, o poder judiciário, em especial o STF, cumpre com sua missão

institucional, ao suprimir omissão inconstitucionais, de tal a concretizar e desburocratizar o direito à cidadania e demonstrar a força princípio lógica dos direitos fundamentais sociais.

É nesse sentido, com relação ao direito social à educação, que o Supremo Tribunal Federal, vem entendendo e dando a máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição Federal (CRFB/1988) em defesa do direito à educação infantil, bem como em casos em que se discute a atuação do Estado frente a disponibilidade de vaga no ensino infantil e o acesso à escola próxima a residência, conforme se percebe nos seguintes julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO (BRASIL, STF, 2005. p. 1)

Salienta-se, que em tal decisão, o Supremo Tribunal Federal reconhece a educação infantil como indispensável, visto, pois conforme dispõe o artigo 208, inciso IV e da CRFB/1988, está assegurado a "crianças de zero a seis anos de idade", o efetivo atendimento em creches e pré-escola. Ademais, sendo este um direito fundamental e inerente ao ser humano, não pode ficar sujeito à discricionariedade da administração pública, não podendo os municípios, cuja detém o papel principal no ensino fundamental e infantil se omitir. Nesse sentido o Ministro Relator Celso de Mello, no julgamento do recurso de agravo ao recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (RE 410715 AgR), enfatizou que em matéria de educação infantil, a Constituição Federal de 1988, para serrar a desigualdade e a exclusão social, prevê a adoção de políticas públicas de qualidade, de modo a traduzir-se em metas e não em fracassos na concretização de direitos constitucionais.

No julgamento do ARE 639.37, em que o município de São Paulo recorreu a suprema corte, ao entender que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ofendia diversos princípios constitucionais, precisamente o da separação de poderes, visto, que foi determinado que a prefeitura do município de São Paulo matricule criança menores de cinco anos em creches próximas de onde residem ou trabalham os pais. Contudo, o STF negou provimento ao recurso extraordinário e manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo, afastando desse modo a suposta tese intervenção do poder judiciário na seara administrativa.

Esta decisão, no tocante ao direito educacional, é uma das mais relevantes, em razão da sua dada fundamentação no reconhecimento do direito à educação infantil reafirmando o dito constitucional de direito público subjetivo, retratando de forma precisa o contraste entre a teoria da reserva do possível e mínimo existencial, ora estudadas neste artigo. Assim, destaca-se da decisão:

[...] A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental (BRASIL, STF, 2011, p. 2)

Isto posto, no caso em questão, a Suprema Corte entendeu que não pode ser possível a invocação da reserva do possível, haja visto se tratar de um direito público subjetivo, o qual necessita da maior importância e efetividade, de modo que possa ser garantido o mínimo a fim de contemplar a dignidade da pessoa humana. Além disso, a insuficiência de recursos financeiros é real, entretanto, é uma questão de gestão pública, o qual deve-se sempre evitar as “escolhas trágicas”.

Outrossim e não menos importante, ainda da referida decisão, o Ministro Relator Celso de Mello, no julgamento do (ARE 639337, AgR, p.32), refere-se ao princípio da vedação ao retrocesso, pelo qual não pode haver dimensão negativa quanto ao direito social à educação, ou seja, uma vez atingido não poderão ser suprimidos. É nessa perspectiva que o ministro caminhando para conclusão de seu voto, aduz:

[...] ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social

de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) (BRASIL, STF, 2011, p. 36-37).

Observa-se que no voto do relator há uma crítica fundada na falha de gestão pública, pois desta resulta os principais impasses das prestações positivas do Estado, o conflito aparente entre princípios e atuação atípica do Poder Judiciário na esfera administrativa. Contudo, lembra ainda o ministro que a constituição deve ser respeitada, devendo, portanto, ser reconhecido a máxima efetividade dos mandamentos constitucionais, isto é, tornar legítima a concretização de direitos fundamentais, no caso em questão, o direito à educação infantil, restando aos entes federado, a responsabilidade e o planejamento adequado a respeito das questões financeiras.

É nesse sentido que aos logos dos anos o STF vem consolidando entendimento não somente acerca da garantia da educação infantil e da garantia de vaga em escolas próximas a residência do aluno ou trabalho dos pais, como também do direito ao transporte escolar, conforme decisão da ARE 990934 AgR – em que a 2ª turma do STF por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator Min. Ricardo Lewandowski, ao entender que para real efetivação do direito à educação é necessário os meios que garantem acesso, impondo ao ente estatal o transporte gratuito de estudantes (art. 208, VII, da CF).

Demais, é importante ressaltar à educação às pessoas portadoras de necessidade especiais, conforme se analisa no julgamento da ADI 5357 MC-Ref, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos De Ensino – CONFENEN, em que se discute a obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, requerendo a suspensão da eficácia do parágrafo 1º do art. 28, e caput do art. 30 da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Em decisão do do STF que indeferiu o pedido de declaração de inconstitucionalidade, o Ministro Relator Edson Fachin argumenta:

[...] A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via. [...] essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade. [...] a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta (BRASIL, STF, 2016. p.13-14).

Resta evidente, no caso em comento, que a Suprema Corte entendeu que por se tratar de uma concessão ou delegação do Poder Público, as instituições privadas prestam um serviço público, o qual se caracteriza como direito fundamental social, devendo estas portanto garantir o acesso à educação de forma adequada às pessoas com deficiência, haja visto que educação é direito fundamental social, cujo acesso deve ser garantido a todos, conforme estabelecido pelo art. 206, I da Constituição Federal (CRFB/1988).

Fica provado, deste modo, como o direito educacional, tal como as possibilidade e meios do qual atestam acesso a este direito é tratado pela Suprema Corte brasileira, na interpretação de superação do suposto fenômeno de judicialização de políticas públicas, singularmente atinente a efetivação da educação. Logo, consolidou-se aos longos dos anos importantes e históricos precedentes em que a educação é questionada em juízo, desprezando-se a ideia da mera invocação da reserva do possível por parte do poder público, validando, por conseguinte, a obediência principiológica constitucional e o empenho na real defesa ao Estado democrático de direito. Trata-se, de um olhar do Poder Judiciário perante as leis, os princípios e sobretudo a realidade social brasileira, construída historicamente no antagonismo social, cultural e principalmente educacional, conforme resta demonstrado nos meios midiáticos e acervos bibliográficos nacionais.

## **5. CONCLUSÃO**

Diante do exposto, conclui-se que a educação faz parte de uma construção histórica da humanidade, reconhecida como um direito do homem, consagrada em diversos diplomas normativos internacionais e classificada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), a condição de direito fundamental social. Assim, não resta dúvida que é uma garantia comum a todos, sendo tal considerado o mais importante



dos direitos, dado qual somente este consegue proporcionar o desenvolvimento do ser humano, sua construção racional e social, que uma vez assegurado torna-se artifício para a cobrança de efetivação do bem-estar social, da contemplação à dignidade do ser humano e da garantia de segurança do Estado democrático de direito através da compreensão e no reconhecimento de outros direitos.

Nessa ideia de máxima dada a educação, que este trabalho teve como objetivo geral investigar o processo de judicialização do direito educacional, tal como pontuar os fatores que corroboram para ineficácia deste direito e para o processo de judicialização de políticas públicas. Logo, foi possível concluir que a escassez de recursos é real, tendo como sua principal causa a falta de planejamento em gestão pública e a corrupção no ente estatal. Em que pese, tais razões não pode ser obstáculo para a concretização de direitos constitucionalmente previstos, ou caso fosse, teríamos um mero papel escrito sem nenhuma força mandatária. Portanto, trata-se de um direito que necessita do "*facere*", isto é, da prestação positiva do Estado para sua efetivação, encarregando-se neste dever, inicialmente, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Logo, o direito social educacional precisa ser vivenciado sob a ótica da dignidade humana, pois se trata de um princípio, que objetiva ser satisfeito em sua totalidade.

É nessa perspectiva, que se alcançou a resposta ao problema norteador desta pesquisa, demonstrando-se ao longo do desenvolvimento a efetiva importância ao direito à educação e de como a simples e mera invocação da Teoria da Reserva do Possível não se convalida frente à dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso de direitos já consagrados. Corroborou-se ainda, por meio da interpretação da jurisprudência da Suprema Corte brasileira (STF), o limite de atuação do poder judiciário e sua legitimidade como poderoso instrumento de articulação de políticas públicas na área social, quando da omissão dos poderes primários (legislativo e executivo) no cumprimento de políticas públicas, explicitando a relevância do judiciário no seu dever como guardião da constituição e direitos, de modo a repelir, no que lhe concerne, sua conduta legal e refutando o argumento da suposta violação dos poderes.

Entende-se, portanto, que a educação deveria ser tratada pelo Estado com a devida importância social, tendo compromisso fundamental à garantia dos direitos e da formação do cidadão, devendo a escola ser protagonista de um novo papel frente à sociedade, o de propiciar ações para a efetivação dos direitos sociais. Somente assim, evitar-se-ia o processo de judicialização de políticas públicas, o qual não deve ser totalmente interpretado como algo inadequado, mas sim, de adequação frente a violações, ou seja, é a força de última instância, quando da omissão dos poderes primários, firmando sua conduta a obediência do dito constitucional. Logo, é somente no investimento e no comprometimento do Estado em ações de políticas públicas que se passaria a promover o progresso no que tange a desigualdade social, em especial a educacional, para contemplar



o direito à educação, a qualidade de ensino e viabilizando oportunidades iguais numa sociedade tão desigual.

Infere-se, portanto, uma ideia asseverada pelo escritor Paulo Freire na qual alude que: “Ninguém liberta ninguém, ninguém se liberta sozinho: os homens se libertam em comunhão” (FREIRE, 1987, p.33). É seguindo essa ideia, que ao final deste trabalho, considerando o objetivo de transmitir a sociedade a real importância do direito à educação e a discussão acerca da judicialização deste direito, acredita-se que seja possível uma transformação na concepção e cobrança de direitos sociais ao poder público, assim como da possibilidade de acesso à justiça quanto meio de proteção e legitimidade para efetivação de direitos, e sobretudo na interpretação da realidade, por meio de uma colaboração na construção crítica-social.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Júlio Gonçalves . **A RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DA SAÚDE**. Rev. Ibirapuera, São Paulo, n. 17, p. 29-37, Jan/Jun 2019. ISSN 2238-6335 versão online. Disponível em: <<https://www.ibirapuera.br/seer/index.php/rev/article/view/175>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

AZEVEDO, Gabriel Antonio Reinert; KREPSKY, Giselle; LOBO, Saskia. **O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E SUA INFLUÊNCIA NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA: DAS POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS AOS TRIBUNAIS**. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas, v. 7, n. 2, p. 90-111, 2022. ISSN: 2525-9881 versão online. Disponível em: <<https://scholar.archive.org/work/rdbw6lx6zrcd7iy2laq66cojim/access/wayback/https://indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/download/8470/pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL, **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/534718/eca\\_1ed.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/534718/eca_1ed.pdf)>. Acessado em: 22 de agosto de 2022.

BRASIL, **Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 18. Set. 2022

BRASIL. Ministério da Educação. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 23/12/1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em, 22. Ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial: AgRg no REsp n. 1.107.511/RS**, Relator Min. Herman Benjamim. Segunda Turma, julgado em 21/11/2013, DJ 06/12/2013. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI Nº 1484 DF**, Relator Min. Celso De Mello, Turma, julgado em 21/08/2001, DJ 28/08/2001. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14819200>>. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário: RE - Agr. Nº 410715 SP**, Relator Min. Celso De Mello. Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18. set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo: Are nº 639.337 SP**, Relator. Min. Celso De Mello. Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJ 15/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18. set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Recurso Extraordinário com Agravo: Are-Agr nº 990934 PB**, Relator. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado em 24/03/2017, DJ 05/07/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18. set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 03. Set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo: Are Nº 761127 AP**, Relator Min. Roberto Barroso. Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, DJ 15/08/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03. set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo Na Medida Cautelar Na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5357 MC-Ref DF**, Relator. Edson Fachin, Tribunal Pleno,

julgado em 09/06/2016, DJ 11/11/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18. set. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª ed. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra, Almedina, 2003.

**DECLARAÇÃO mundial sobre educação para todos** e plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, Tailândia: UNESCO, 1990. UNESCO. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990>>. Acesso em 22. Ago. 2022.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**, 17ª. Ed. Rio de Janeiro, paz e Terra. 1987.

GUERRA, Sidney Cesar Silva; GUERRA, Caio C. **A corrupção na administração pública como elemento violador de direitos fundamentais**. Cadernos de Dereito Actual Nº 10. Núm. Ordinario (2018), pp. 245-261 ·ISSN 2340-860X ·-ISSNe 2386-5229. Disponível em: <<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/350/218>>. Acesso em: 01 set. 2022.

NALINI, José Renato. **Educação: uma questão de justiça**. Brasil, SESI-SP Editora, 2020. E-book. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?id=SoD4DwAAQBAJ&pg=GBS.PT22&hl=en&q=t ratamento+funda>>. Acesso em 22 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas [1948]. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em 22. ago. 2022.

RAMOS, A. D. C. **Curso de Direitos Humanos**. 9. ed. p.137 e 138. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/790033>>. Acesso em: 08 ago. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editorada, 2011.

SOUSA, E. F. D. Série IDP - **Direito à Educação**: Requisito para o desenvolvimento do País, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books>>. Acesso em: 01. Set. 2022.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível**: Origem, conceito e ordens. JusBrasil. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>>. Acesso em: 28 ago. 2022.

## TUTELAS PROVISÓRIAS NA ARBITRAGEM E COOPERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

**LUCAS ANDRADE KREJCI:**  
Advogado e mestrando pela  
PUC-SP, na área de Direito Civil.

**RESUMO:** Com o presente artigo visou-se apresentar as medidas de urgência que podem ser pleiteadas nas instâncias arbitral e judicial e que se vinculam a uma disputa arbitral existente ou que será instituída. Nesse sentido, foi analisada a competência do árbitro para apreciar e conceder medidas de urgência e a possibilidade da cooperação com o Poder Judiciário para a efetivação judicial das medidas urgentes concedidas por aquele. Ademais, deu-se o estudo da competência do Poder Judiciário para conceder tutelas de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral e, depois, da sua constituição, sejam elas provisórias, de evidência e de urgência, disciplinadas pelo Código de Processo Civil (CPC).

**Palavras-chave:** Tutela provisória. Arbitragem. Tutela de urgência.

**Abstract:** The present article aimed to present the urgent measures that can be claimed in the arbitration and judicial bodies and that are linked to an existing arbitration dispute or to be instituted. In this sense, the competence of the arbitrator to appreciate and grant urgent measures and the possibility of cooperation with the Judiciary for the judicial execution of the urgent measures granted by the arbitrator were analyzed. Furthermore, there was a study of the competence of the Judiciary to grant urgent relief before the constitution of the Arbitral Tribunal and, after its constitution, whether provisional, evidential or urgent, governed by the Civil Procedure Code (CPC).

**Keywords:** Provisional guardianship. Arbitration. Urgent guardianship.

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução. 2 – Arbitragem e Tutela de Urgência. 3 – Da Tutela Provisória de Urgência Arbitral. 4 – Da Carta Arbitral. 5 – Das Espécies de Tutela Provisória. 6 – Conclusão. – Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda temas que envolvem medidas de urgência na arbitragem e, para sua apresentação, ele foi dividido, além desta introdução, em mais quatro seções, nas quais se expõem as discussões do assunto, com o fechamento dos principais pontos quanto ao tema nas conclusões. A sociedade, em seu contexto atual, demonstra acentuada predominância do uso da função jurisdicional, de forma tradicional, no que se refere à gestão e à resolução de situações conflituosas que se fazem presentes onde se tenha se organizado uma coletividade, independente do tempo.

O Estado-juiz, visando à manutenção de uma convivência possível entre os cidadãos e com o intuito de evitar a autotutela, que se mostrou uma forma pouco afeita à diversidade hodierna, a qual vem reclamar, cada vez mais, por visibilidade, respeito e equidade, foi, por muito tempo, um dos meios principais e restritos de acesso à justiça, corolário seguido também pelo Brasil, como demonstra o vertiginoso aumento da litigância no país, assim como de todo aparato judicial.

Todavia o exercício desse monopólio jurisdicional tem provocado sérios problemas à população de forma geral, como o excesso nos números de situações judicializadas, morosidade na prestação dos serviços, descrédito da justiça, persistência dos problemas, mesmo com a decisão dos magistrados, homogeneização dos indivíduos e suas questões, ausência de participação direta dos envolvidos na gestão do caso, muitos gastos para pouca efetividade.

Por essas razões, cogitam-se, há algum tempo, práticas alternativas de gestão e resolução de conflitos, tanto na seara privada quanto na pública, que têm conquistado cada vez mais espaço, encontrando-se recepcionadas na legislação, como se pode observar na Lei n.º 9.307/1996, em seu art. 3º, §§1º a 3º do CPC, no art. 1º da Lei n.º 13.140/2015 e na Resolução n.º 125/2010 do CNJ. Tais métodos encontram-se disponíveis tanto na esfera privada quanto na pública, na via judicial assim como na via extrajudicial.

A arbitragem é uma forma heterocompositiva de resolução seja no Direito brasileiro, seja no Direito internacional. Contudo a arbitragem começou a ter visibilidade, no ordenamento pátrio, após a edição da Lei de Arbitragem, Lei n.º 9.307/1996.

Assim as tutelas de urgência, no âmbito dos procedimentos arbitrais, visam, de um modo em geral, agilizar os riscos inerentes ao resultado útil do processo, diminuir os riscos e prevenir a omissão das partes e/ou a má-fé. Mesmo que as partes decidam por um método de resolução de conflito como a arbitragem, os julgadores privados precisam analisar o caso em concreto e lutar para que o tempo não prejudique quem busca a prestação jurisdicional e a resolução do conflito num prazo razoável.

Ainda que o CPC tenha pensado em métodos alternativos de resolução de conflitos e que este deva andar por si só, sem a necessidade do contato com a jurisdição estatal, na prática não é o que acontece, o árbitro precisa do juiz estatal para efetivação de suas decisões e cumprimento efetivo dessas em face da sua ausência de poder de *imperium*. E, nesse sentido, o apoio da jurisdição estatal é importante para preservar e dar efetividade às tutelas concedidas pelos árbitros e garantia de que serão cumpridas de fato.

Nessa perspectiva, este trabalho apresenta as situações por ora narradas sem, contudo, esgotar o tema, apenas, contribui para reflexões que poderão ser realizadas em situação futura, quando houver efetivação das normas recentemente instituídas no



ordenamento jurídico, em especial a tutela de urgência, à medida que se sucedam situações de aplicação prática e, dessa forma, produzam-se seus efeitos.

## 2 DA ARBITRAGEM E A TUTELA DE URGÊNCIA

O processo como método de resolução de conflitos demanda certo tempo para sua conclusão em virtude da necessária análise do caso concreto, nas palavras de François Ost<sup>139</sup>, “não é possível dizer o direito senão dando-lhe tempo”. Somente o tempo permitirá a formação do contraditório, a produção de prova e a possibilidade de um julgamento justo.

Candido Rangel Dinamarco leciona que,

[...] na linha de uma evolução doutrinária e legislativa desenvolvida a partir do Código de Processo Civil de 1973, o estatuto vigente estabelece uma distinção muito clara entre a tutela jurisdicional definitiva e a provisória, dedicando a esta todo um Livro que vai de seu art. 294 a 311. Inclui neste trato as medidas urgentes, que poderão ser cautelares ou antecipatórias, e as medidas portadoras de tutela da evidência.<sup>140</sup>

Entretanto nem sempre é possível esperar o decurso de tempo normal de um processo, pois a demora da prestação jurisdicional poderá causar um dano irreparável ou de difícil reparação ao bem tutelado. Assim todas as medidas se associam com o tempo e acabam tentando antecipar ou acelerar o exercício da jurisdição e o resultado útil do processo.<sup>141</sup> Como já mencionava Carnelutti, “se a justiça é segura não é rápida”.<sup>142</sup>

Nesse sentido, a tutela de urgência surge para amparar aqueles que não podem esperar o processo de cognição, pois o decurso de tempo é prejudicial. Vê-se, em tal conjuntura, a necessidade de o Estado dar um resposta ao cidadão que exige uma prestação positiva, que não pode deixar de conceder uma medida urgente sempre que for instado. Assim, nas lições de Humberto Theodoro Júnior sobre efetividade das tutelas provisórias e os riscos quanto à demora da análise do direito material, entende-se que “as tutelas provisórias têm em comum a meta de combater os riscos de injustiça ou de dano,

<sup>139</sup> OST, François. **Le temps du droit**. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p.13.

<sup>140</sup> DINAMARCO. Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**: volume III. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 851

<sup>141</sup> Ibidem, p. 851.

<sup>142</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, n. 95, p. 154 (“se la giustizia è sicura no è rápida”).

derivados de esperar, sempre longa, pelo desate final do conflito submetido à solução judicial”.<sup>143</sup>

No juízo arbitral, as tutelas de urgência podem ser direcionadas ao Tribunal Arbitral nos quais o Poder Judiciário não tem o poder de revisão sobre as suas decisões, contudo o cumprimento dos provimentos arbitrais ainda é praticado exclusivamente pelo Poder Judiciário, que detém o poder de *imperium*, e este nada mais é que o poder de executar ordens, de tomar auspícios, que detém a força, que tem o poder para punir.

O intercâmbio entre as jurisdições estatal e arbitral se caracterizam pelas medidas de urgência, coisa julgada e execução. O árbitro, para exercer seu múnus, depende da jurisdição estatal para dar efetividade às suas decisões, a exemplo de se cumprir uma tutela de urgência, realizar uma penhora *on-line*, conduzir coercitivamente uma testemunha.

### 3 TEMPO E PROCESSO

Da análise da terminologia da palavra processo, já se conclui que o tempo é inerente à atividade processual. Na lição de Eduardo Couture<sup>144</sup>, “o processo é uma relação continuada que se desenvolve no tempo”. José Manoel de Arruda Alvim Netto<sup>145</sup>, por sua vez, ensina que:

O tempo constitui-se numa das dimensões fundamentais da vida humana. Desta forma, sabendo-se que o homem vive no tempo e está continuamente envolvido pelo direito, este considera também o problema do tempo, dedicando-lhe atenção especial. Se isto é exato para o direito em geral, maior é a importância do tempo no processo, pois este é um ser jurídico que nasce, se desenvolve e morre.

O processo não pode ser pensando como algo rápido, e dinâmico, pois, para se ter um julgamento justo, é preciso de tempo até uma decisão final. No entanto um fato que faz com que o processo, no sistema processual brasileiro, perpetue-se é o excesso de formalismo, pelo fato de se ter a estabilidade em cada momento processual. Oliveira afirma que “o excesso de formalismo no contexto do direito brasileiro decorre, em princípio, mais da cegueira dos aplicadores da lei ou dos demais operadores coadjuvantes”.

Tem-se de entender também que o processo precisa de amadurecimento, e isso depende do tempo, para evitar decisões tomadas de forma precipitada, nas quais direitos

143 THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume I, 63<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.526.

144 Couture, Eduardo. Fundamentos do Direito Processual Civil. Saraiva, 1946. Pág.109.

145 ARRUDA ALVIM, J. M. de. **Manual de direito processual civil**. volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

possam ser tolhidos e atos possam deixar de ser praticados, contudo o tempo ultrapassa a justiça, e a decisão pode decompor-se.

Para fazer frente a essa problemática, o processo civil brasileiro criou o princípio da duração razoável do processo numa tentativa de vencer o tempo, bem como criou as tutelas cautelares, que, diferentemente de ação que precisa do processo de conhecimento e de execução, tem o único objetivo de resguardar o resultado útil do processo. Contudo o Judiciário resta abarrotado de processos e criar mecanismos nem sempre resolverá o problema, como afirma Mancuso<sup>146</sup>.

*Sem embargos, insiste-se, como antes dito, na (equivocada) política do crescimento físico do Judiciário, descurando-se das causas do aumento da demanda por justiça. Todavia, a resposta adequada à crise numérica dos processos judiciais não está na desmesurada expansão do judiciário – mais fóruns, mais juízes, mais servidores, informatização mais sofisticada –, mas, ao contrário, tal política com ênfase na quantidade, sobre não resolver problema, acaba agravando-o, na medida em que trabalha sobre a consequência – o volume excessivo de processo – e não ataca a causa, que consiste na cultura demandista, em boa parte acarretada por uma leitura ufanista e irrealista do acesso à Justiça e pelo corolário desestímulo aos outros meios auto e heterocompositivos.*

No processo arbitral, seja ele antes da constituição ou depois da constituição, a parte muitas vezes se deve valer de uma tutela provisória diante da necessidade de tentar assegurar o resultado do processo, por má-fé da outra parte ou mesmo omissão.

A tutela jurisdicional prestada de forma lenta se torna ineficaz e de nada adianta para aquele que detém o direito, dessa forma, agilizar a decisão definitiva ou resguardar os direitos é algo sobre o qual a câmara de arbitragem, com seus árbitros, vem conscientizando-se vendo a importância da duração razoável do processo e das tutelas de urgência.

#### **4 EFETIVIDADE DO PROCESSO ARBITRAL**

É de conhecimento geral que o Poder Judiciário há muito vem passando por uma crise de asoberbamento de processos e de que há uma cultura do litígio no Brasil. Diante disso, o CPC, em seu art. 3º, dispõe alguns meios de resolução de conflitos, numa alternativa de reestruturar e/ou tentar diminuir o litígio judicial no país.

---

<sup>146</sup> MANCUSO, R. de C. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 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.

Nessa vertente, ensina Humberto Theodoro Júnior<sup>147</sup>:

Não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível.

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (CF) garante a todos o direito de ter sua lesão ou ameaça de direito apreciada pelo Poder Judiciário. A promulgação da CF de 1988 infundiu nas pessoas “um verdadeiro ‘espírito de cidadania’”. Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos com a expectativa de serem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas. Houve, então, um vertiginoso crescimento do número de demandas propostas perante o Judiciário.<sup>148</sup>

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:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

---

147 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 76.

148 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

Na continuidade da análise, passando para o campo da arbitragem, que é o tema do artigo, este veio para resolver os conflitos de direitos patrimoniais disponíveis. Quando as partes escolhem o árbitro, escolhem-no porque este é especialista no assunto, tem experiência e pode resolver o conflito rapidamente.

A Arbitragem é um instrumento eficaz para a superação da burocracia, dos gastos e a morosidade da Justiça Comum, eis que é um meio célere e eficaz com menos gastos. A Arbitragem, no nosso sentir, possui características confiáveis, que prezam pela celeridade, sigilo e baixo custo na resolução dos litígios, de forma menos traumática e conflituosa<sup>149</sup>.

A Lei n.º 9307/1996 estabelece algo de extrema relevância para o procedimento arbitral, a sentença arbitral tem os mesmos efeitos da sentença judicial, só que daquela não cabe recurso, o que cabe tão somente é um pedido de esclarecimentos.

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29.

---

149 BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo código de processo civil brasileiro (lei nº 13.105/15)**. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5\\_of\\_artigo.pdf](http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf)>. Acesso em: 29 de jun. de 2022.

A arbitragem veio para auxiliar as partes em problemas do cotidiano de uma forma rápida e efetiva, resolução que poderia demorar anos caso se desse no âmbito do Poder Judiciário.

## 5 RELAÇÃO ENTRE ÁRBITROS E JUÍZES

A cooperação entre as jurisdições arbitral e estatal é uma forma eficaz para efetivação das decisões arbitrais atualmente, visto que se tem uma justiça morosa. Uma relação de cooperação entre as duas jurisdições, que estão tipificadas na Lei de Arbitragem, seria (i) execução específica de cláusula compromissória (art. 7º); (ii) fixação de honorários dos árbitros (art. 11, parágrafo único); (iii) nomeação judicial de árbitros para formação de tribunal em número ímpar (art. 13, §2ª); (iv) nomeação de árbitros substitutos (art. 16, §2º); (v) efetivação de tutelas de urgência e decisões interlocutórias por meio de carta arbitral (art. 22-C); (vi) execução de sentença arbitral nacional (art. 31); (vii) controle e anulação de sentença arbitral (arts. 32 e 33); e (viii) reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras (art. 34).<sup>150</sup>

Uma forma mais efetiva que precisa da cooperação entre as jurisdições é não menos que as tutelas de urgência, pois o árbitro precisa cumprir sua prestação jurisdicional para que as partes acreditem na efetividade do meio alternativo de resolução de conflito, nesse sentido, os juízes têm obrigação de fazer valer a decisão do árbitro, bem como têm o dever de controle dos atos praticados.

Como será discorrido neste artigo, inclusive, antes da constituição do Tribunal Arbitral, muitas vezes, as partes só podiam se valer do Poder Judiciário para analisar e conceder uma tutela de urgência.

Nas palavras de Carretero, a melhor forma de utilizar-se da cooperação entre árbitro e juiz de maneira eficaz e sem criar confusões é estar ciente que o escopo de atuação do último deve ser sempre limitado. Como premissa de qualquer raciocínio, os juízes devem lembrar-se que (i) a arbitragem é um sistema autônomo de resolução de litígios; (ii) a vontade das partes, de resolver o mérito desses litígios por meio de arbitragem, deve ser respeitada; (iii) as partes desejam a mínima interferência possível de juízes; e (iv) devem prestar auxílio aos árbitros para concessão de tutelas de urgência em hipóteses excepcionais, quando houver alguma limitação material ou jurídica à competência dos árbitros, sob pena de denegação de justiça.<sup>151</sup>

---

150 CARRETEIRO. Mateus Aimoré. Op. Cit., p.47.

151 CARRETEIRO. Mateus Aimoré. Op. Cit., p.48.



## 6 DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ARBITRAL

A tutela de urgência nos termos do art. 300<sup>152</sup> do CPC exige elementos que evidenciem a probabilidade do direito ou perigo de dano ao resultado útil do processo. As tutelas de urgência são aplicadas pelo Direito internacional, sendo um princípio universalmente aceito pelos tribunais internacionais. Praticamente, todos os tribunais mistos criados por tratados de paz, depois da Primeira Guerra Mundial, detinham regras permitindo a concessão de tutelas de urgência; e, se não detinham, isso não era impedimento para a sua concessão.<sup>153</sup>

A tutela de urgência pode ser cautelar ou antecipada, podendo ter caráter antecedente ou incidental. As tutelas provisórias de urgência arbitral podem ser divididas em: tutelas de urgência (i) antes da constituição do Tribunal Arbitral; ou (ii) após a constituição do procedimento arbitral.

## 7 TUTELA DE URGÊNCIA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Antes mesmo das alterações da Lei n.º 13.129/2015 (art. 22-A e art. 22-B)<sup>154</sup>, a jurisprudência<sup>155</sup> e a doutrina já entendiam pela aplicação das tutelas de urgência arbitral. A parte que esteja diante de algum tipo de lesão ou ameaça ao seu direito deveria requerer a concessão de medida cautelar ao árbitro, e este avaliaria o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* para eventual concessão do requerimento.

Entretanto a espera pela instituição do Tribunal Arbitral poderia gerar danos à parte que se sente lesada, pois, dependendo da forma como foi escolhida a constituição

---

152 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

153 CHENG, Bin. **General principles of law as applied by international courts and tribunals**, 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 268-269.

154 Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

155 "Em situações na quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do liminar". (STJ, AgRg na MC nº 19.226, Rel para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29/6/2012, v.m.).

da arbitragem, poderia levar semanas ou até meses até a nomeação dos árbitros (Larb. art. 19)156.

Diante disso, foi introduzido, pela Lei n.º 13.129/2015, o art. 22 -A, o qual rechaçou qualquer tipo de dúvida quanto à possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário e requerer a concessão da medida cautelar ou de urgência antes de instituída a arbitragem.<sup>157</sup>

Concedida a medida cautelar, caberá à parte interessada solicitar a instituição da arbitragem no prazo de até 30 (trinta) dias, da efetivação da respectiva decisão (art. 22-A, parágrafo único).

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

E, de acordo com o art. 22-B da referida lei, após instituído o Tribunal Arbitral, deverá o juiz togado remeter o processo ao árbitro nomeado, que poderá manter, modificar, ou revogar a medida cautelar de ofício, inclusive, sem a necessidade de intervenção das partes.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

Fica a critério do proceder como melhor lhe convier a medida remetida pelo Poder Estatal.

---

156 Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

157 “Em situações na quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do liminar”. (STJ, AgRg na MC nº 19.226, Rel para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29/6/2012, v.m.).

## 8 TUTELA DE URGÊNCIA ATRAVÉS DA ARBITRAGEM DE EMERGÊNCIA

As partes, por convenção, podem obter tutela de urgência, antes da instituição do Tribunal Arbitral, mediante a utilização do árbitro de emergência. Contudo tal decisão não vincula o futuro árbitro nomeado, podendo este, inclusive, mudar, rever ou revogar a decisão proferida.

No entendimento de Rogéria Dotti, parte da doutrina sustenta que, se as partes convencionaram expressamente que a arbitragem seguiria as regras de determinado Tribunal Arbitral e havendo ali a previsão do árbitro de emergência, não seria possível requerer a atuação do Poder Judiciário, nem mesmo para concessão da tutela provisória.<sup>158</sup>

No entanto não se pode esquecer que, por mais que esteja convencionado entre as partes a possibilidade da utilização do árbitro de emergência e a exclusão do Poder Judiciário, isso estaria ferindo de morte o princípio do acesso à justiça por violação de direito fundamental (CF, art. 5º, XXXV). E esse é o entendimento adotado por Eduardo Talamani, “se as partes, além de proibirem a concessão de medidas urgentes pelos árbitros, pretenderem também excluir expressamente tal poder dos órgãos judiciais, essa segunda parte do negócio processual é inválida”.<sup>159</sup>

Por fim, por mais que se convencionem que a tutela de urgência será apreciada tão somente por árbitro de emergência antes da constituição do Tribunal Arbitral, vedando a possibilidade de utilização do Poder Judiciário, estar-se-ia violando o direito fundamental de acesso à justiça por ser um meio adequado à jurisdição.

## 9 TUTELA DE URGÊNCIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

Após ser constituído o Tribunal Arbitral, alguns doutrinadores entendem ainda pela possibilidade, em situações excepcionais, da utilização do Poder Judiciário para requerer medidas urgentes.

Partindo da hipótese de que a parte está sendo violada no seu direito e precisa de uma tutela de urgência e a necessidade do cumprimento imediato, o árbitro não teria como afirmar/garantir o cumprimento do direito, pois não possui o poder de *imperium*, pois só o estado tem a *força*.

---

158 DOTTI, Rogéria. **Arbitragem e Direito Processual Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 178.

159 TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015**, in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46, Jul-Set 2015, p. 287-313.

A cooperação estatal é essencial para os casos nos quais exista uma extrema urgência<sup>160</sup>, todavia as Cortes estatais devem sempre agir com cautela para não desprestigiarem a Lei de Arbitragem ou abuso de direito pelas partes. Inclusive o STJ tem entendimento, através da 3ª Turma, da relatoria do ministro Moura Ribeiro, no qual afirma que se exaure a competência provisória da jurisdição estatal para conhecer cautelar de urgência a partir da instalação da arbitragem.<sup>161</sup>

Assim, por mais que o árbitro seja competente para analisar eventual pedido de tutela de urgência, caso não haja cumprimento espontâneo, deverá a parte promover a execução da medida pelo Poder Judiciário, sendo de sua exclusividade determinar os meios coercitivos para concretização da tutela de urgência. E deve, também, verificarem-se as limitações do árbitro previstas na convenção arbitral que possam limitar o seu poder ou até mesmo o impedir de analisar pedido de tutela de urgência, dessa forma, deixando a cargo do Poder Judiciário.

No entendimento de Carmona<sup>162</sup>, as regras para apreciação da tutela de urgência ficam a cargo das partes, pois são elas que ditam a condução da arbitragem:

Desnecessário lembrar que os limites e os requisitos para antecipação da tutela estarão sempre vinculados às regras processuais e procedimentais que o árbitro estiver empregando. Já se sabe que a utilização do sistema do código de Processo Civil brasileiro nas arbitragens não é de rigor, podendo as partes convencionar que o árbitro utilizará lei processual estrangeira, procedimento especial criado pelas próprias partes ou procedimento escolhido pelo árbitro. Por isso mesmo os requisitos e os limites estabelecidos no artigo 273 do código de processo civil são de importância apenas relativa para o árbitro, e a norma poderá não ser invocada se ficarem estabelecidas pelos litigantes outras regras para a condução da arbitragem.

---

160 CARRETEIRO. Mateus Aimoré. **Curso de Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 426.

161 AÇÃO CAUTELAR PROPOSTA NO JUDICIÁRIO SÓ TEM CABIMENTO ATÉ A EFETIVA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM. STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/paginas/comunicacao/noticias/15102021-acao-cautelar-proposta-nojudiciario-so-tem-cabimento-ate-a-efetiva-instauracao-da-arbitragem.aspx>. Acesso em: 28 de jun. de 2022.

162 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem no Processo Civil Brasileiro**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 329.

Conquanto alguns doutrinadores entendam que há limitação do árbitro de analisar tutelas de urgência, este pensamento não é majoritário, a grande maioria entende que devem ser mantidas as regras acordadas pelas partes.

## 10 DA CARTA ARBITRAL

O art. 22-C da Lei n.º 9307/1996 preceitua que o árbitro poderá expedir Carta Arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento de ato solicitado por aquele.<sup>163</sup> O CPC deu a mesma força das Cartas de Ordem, Rogatórias e Precatórias à Carta Arbitral, inclusive, no tocante à efetivação da tutela provisória. Confira-se:

Art. 237. Será expedida carta:

[...]

IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

*O árbitro "tem jurisdição, mas não tem o poder de constrição estatal, por isso a necessidade de colaboração judicial"* <sup>164</sup>. Para que suas decisões sejam cumpridas, precisa necessariamente do Poder Judiciário por não possuir o poder de imperium. E diante das alterações da Lei n.º 13.129/2015, que veio com importantes inovações para a arbitragem, esta portou a introdução do art. 22-C, que diz respeito à Carta Arbitral. Nas lições de Fernando Siqueira, entende-se o significado de carta arbitral;

*[...] a carta arbitral consiste num procedimento específico de cooperação entre a jurisdição arbitral e estatal, por meio do qual o árbitro ou Tribunal arbitral pode solicitar a cooperação do Poder Judiciário, na área de sua competência, para prática de determinado ato, como, por exemplo: (i) a condução de alguma testemunha renitente; (ii) a efetivação de tutela de urgência ou de evidência deferida pelo árbitro; (iii) ou ainda, que um terceiro entregue*

---

<sup>163</sup> Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

<sup>164</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Anotações sobre a Nova Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 47/15. p. 37 – 44. Out – Dez. 2015.

*documento ou coisa, bem como conceda informações específicas.*<sup>165</sup>

A Carta Arbitral, a teor do art. 260 do CPC, deverá preencher certos requisitos legais para ter validade perante o juízo estatal, quais sejam:

Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:

- I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;
- II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;
- III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;
- IV - o encerramento com a assinatura do juiz.

Caso a Carta Arbitral não preencha todos os requisitos requeridos, poderá o juiz, de acordo com o art. 267 do CPC, recusar-se ao seu cumprimento.

Art. 267 - O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando:

- I - a carta não estiver revestida dos requisitos legais;
- II - faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia;
- III - o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade.

Parágrafo único - No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente.

O STJ julgou um conflito de competência no qual o juízo não aceitou a Carta Arbitral por ausência de autenticidade (art. 267, inc. III do CPC), pois foi informado, pela testemunha, que a instituição do procedimento arbitral não mais existia, e, na dúvida da autenticidade da carta, o juiz preferiu não dar continuidade ao cumprimento, esse julgamento foi da lavra do ministro Antonio Carlos Ferreira.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> SIQUEIRA. Fernando. A "nova" Lei de Arbitragem e o CPC/15, ao preverem a carta arbitral com meio de cooperação, possibilitaram grande avanço na convivência entre jurisdição arbitral e estatal. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267498/carta-arbitral--um-mecanismo-de-cooperacao>. Acesso em 28 de jun. de 2022.

<sup>166</sup> CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 155.396 - SP (2017/0291651-1) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA SUSCITANTE : VANORRY HOLDING EIRELI ADVOGADO : LORINE SANCHES VIEIRA -



Por conseguinte, não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito da carta, o que é de exclusividade do juízo arbitral; ao Poder Judiciário, compete apenas a execução da ordem e promover o seu cumprimento. Todavia não está impedido de verificar a legalidade do ato antes de dar o cumprimento à medida, nos moldes do art. 267 do CPC<sup>167</sup>

Posto isso, a Carta Arbitral é um importante mecanismo de cooperação entre o Poder Judiciário e do juízo arbitral para facilitar a efetivação das medidas, visto que o cumprimento depende do Poder Judiciário.

## 11 DAS ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA

O CPC disponibiliza, em sua legislação, medidas provisórias para garantia do resultado útil do processo que podem ser pleiteadas diretamente ao Poder Judiciário, ou para antecipar a tutela final requerida quando atendidos os pressupostos legais.<sup>168</sup>

---

SP352844 SUSCITADO : CENTRO DE ARBITRAGEM DE SÃO PAULO SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE ARAÇATUBA - SP INTERES. : NEBRUL /SA DECISÃO Trata-se de conflito de competência, no qual é suscitante VANORRY HOLDING EIRELI e suscitados o CENTRO DE ARBITRAGEM DE SÃO PAULO e o JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DE ARAÇATUBA - SP. A parte suscitante alega que iniciou procedimento arbitral no CENTRO DE ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. No decorrer do procedimento, foi expedida carta arbitral para oitiva de testemunhas na comarca de Araçatuba SP (e-STJ fl. 2). Aduz que uma das testemunhas foi intimada, mas não compareceu para prestar o depoimento e registrou boletim de ocorrência em São Paulo contra o Centro de Arbitragem, alegando que não havia mais a instituição de procedimento arbitral (e-STJ fls. 1/2). A testemunha cientificou o Juízo ao qual foi distribuída a carta arbitral sobre a instauração do inquérito policial, tendo o magistrado, ora suscitado, se recusado a cumprir a solicitação do árbitro. Nesse passo, afirma que há "conflito positivo de competência" ante a recusa do judiciário em dar cumprimento à carta arbitral, requerendo, em liminar, o cumprimento da carta, com a oitiva da testemunha (e-STJ fls. 1/2). No mérito, "roga-se seja julgado procedente o conflito, para cassar a decisão do Juiz da 4ª Vara Cível de Araçatuba que se recusou a cumprir a decisão do Árbitro Único Henrique Yosioka para oitiva da testemunha" (e-STJ fl. 4). A liminar foi indeferida por ausência de periculum in mora (e-STJ fls. 126/127). Parecer do Ministério Público Federal pela competência do CENTRO DE ARBITRAGEM DE SÃO PAULO (e-STJ fls. 178/186).

(...). Portanto, ante a suspeita relativa à autenticidade da carta arbitral, foi que o juízo estatal recusou-se a cumprir o ato, devendo a parte suscitante proceder de maneira a solucionar a dúvida havida ou interpor eventual recurso contra a decisão judicial e não suscitar o presente incidente. Em tal contexto, não há conflito de competência a ser resolvido. Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente conflito de competência. Publique-se e intemem-se. Brasília (DF), 12 de março de 2018. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Relator. Publique-se e intemem-se. Brasília (DF), 12 de março de 2018. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA Relator (STJ - CC: 155396 SP 2017/0291651-1, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 15/03/2018).

167 CARRETEIRO, Mateus Aimore. Tutelas de urgência e arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 290.

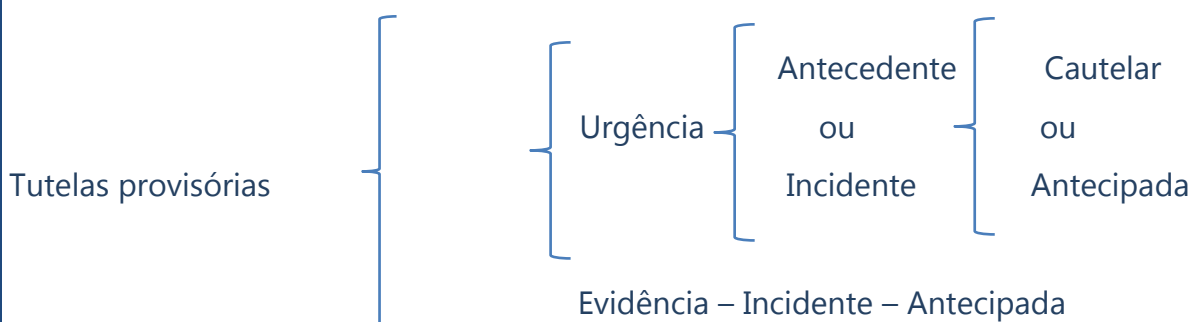
168 CAHALI. Franciso José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2022, p. 323.

Daí é preciso verificar quais são as espécies de medidas disponíveis no Código de Processo Civil e como o pedido de tutela será regido. As tutelas provisórias estão previstas nos art. 294 a 311 dessa legislação e podem ser intituladas como de urgência ou evidência.

O CPC de 2015 trouxe um ponto muito relevante para as tutelas de urgência, de acordo com o art. 304, a "tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso".

O professor Francisco José Cahali<sup>169</sup>, em sua obra, resumiu as medidas de urgência em um quadro autoexplicativo e de fácil compreensão, que aqui se expõe.

#### FIGURA 1 - RESUMO DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA



Fonte: Cahali (2022, p. 324)

Cahali ainda leciona que, pelo novo regime, como visto, o gênero dessas medidas passa a chamar-se de tutelas provisórias (Livro V – Da Tutela Provisória, título I – das Disposições Gerais – arts. 294 a 311), das quais são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência. Sob outra perspectiva, tutela provisória é o nome da ação (do processo), cujo objeto, em primeiro momento, será o pedido de medida (tutela) específica, com fundamento na urgência ou na evidência. Com cognição sumária, sempre, há a verificação da probabilidade do direito.<sup>170</sup>

Com efeito, o CPC explica que o pedido de tutela provisória pode ser feito de forma cautelar antecedente ou incidente ao processo. Obrigatoriamente, deve conter a indicação da lide e seu fundamento ou o pedido de tutela final, com a exposição da lide. E assim preceituam os arts. 303 e 305 do CPC:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela

<sup>169</sup> CAHALI. Franciso José. Op. Cit., p.324.

<sup>170</sup> CAHALI. Franciso José. Op. Cit., p.324.

final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Art. 305 CPC. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Nas palavras do Professor Cahali, quanto à possibilidade de se requerer uma tutela provisória antecedente, "por fidelidade à convenção de arbitragem, devem ser indicados para atendimento deste requisito, a existência da cláusula ou compromisso, e o quanto será apresentado na arbitragem".<sup>171</sup>

Cahali ainda explica que, no caso de tutela provisória antecedente *antecipada*, a parte tem o prazo de 15 (quinze) dias (art. 303, §1º, I, do CPC); e, se for antecedente *cautelar*, o prazo é de 30 (trinta)<sup>172</sup> dias (art. 308 do CPC), para completar o pedido de tutela final ou apresentar o pedido principal, inclusive, sem recolhimento das custas (art. 303, §1º, I e 308 do CPC). E considera-se cumprido o prazo de apresentação do pedido principal a partir do momento que é enviada a correspondência convocando o adversário para assinar o compromisso (art. 6º da Lei n.º 9.307/1996).<sup>173</sup>

Na tutela provisória de urgência, devem, obrigatoriamente, estar presentes os *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, de acordo com o art. 300 do CPC: "Art. 300. A tutela

171 CAHALI. Franciso José. Op. Cit., p.328.

172 PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR COM O FITO DE CONCEDER EFEITOS SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEMONSTRADOS O PERICULUM IN MORA E O FUMUS BONI IURIS. ARBITRAGEM. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO. MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA. LIMITES. 1. A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do periculum in mora e a caracterização do fumus boni iuris. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Liminar deferida. (STJ - AgRg na MC: 19226 MS 2012/0080171-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 21/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/12).

173 CAHALI. Franciso José. Op. Cit., p.329.

de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

A tutela de evidência, necessariamente, deve ser uma medida de natureza antecipatória do resultado futuro, independente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, art. 311 do CPC, e quais são as hipóteses do seu cabimento:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

A tutela de evidência busca a antecipação do resultado requerido, para Eduardo Talamini, “a possibilidade de concessão de tutela da evidência no processo arbitral depende de incidência, por opção das partes, das normas do processo judicial ou, quando menos, da previsão de tal mecanismo no regramento específico definido pelas partes para o processo arbitral”.<sup>174</sup>

As medidas de urgência na arbitragem se diferenciam pelo que é requerido, antes da instituição do Tribunal Arbitral, as partes se submetem ao CPC e ao Poder Judiciário, ou a procedimentos arbitrais de emergência, após a constituição do Tribunal Arbitral, as partes se submetem ao procedimento arbitral aplicável.

---

<sup>174</sup> Talamini, Eduardo. Op.cit., p. 307.

## 12 CONCLUSÃO

A arbitragem como um método de resolução de conflitos promove grandes benefícios às partes, o que é proporcionado pelo Poder Judiciário, a exemplo do sigilo e da celeridade, fazendo com que as partes adotem esse procedimento por força da segurança jurídica e, o mais importante, visando que a demanda não eternize.

São louváveis as inovações trazidas pela Lei n.º 13.129/2015, que incluiu, de forma definitiva, a cooperação do Poder Judiciário no seu art. 22-A, bem como afirmou a autonomia do árbitro no momento da instituição da arbitragem (art. 22-B), na administração das tutelas de urgência, em homenagem ao princípio da autonomia das partes.

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos no que diz respeito à celeridade, julgamento justo, e ao fato de que a decisão é incontestável, mesmo que tenha sido julgado contrário a lei.

A cooperação entre jurisdição estatal e arbitral é de suma importância para efetivação e cumprimento das decisões arbitrais. E o tema tutela de urgência é o que mais necessita da cooperação das jurisdições. Quando submetida a tutela de urgência ao Poder Judiciário, essa segue o regramento do Código de Processo Civil, tipologia que é comum na sua solicitação antes da constituição do procedimento arbitral, desde que o Regulamento da Câmara de Arbitragem não preveja a utilização dos chamados árbitros de emergência.

No entanto, quando se entende que os árbitros possuem limitações com relação à concessão das tutelas de urgência e que é necessário se socorrer ao Poder Judiciário, isso não significa que se estaria renunciando ao procedimento arbitral, mas tão somente a uma cooperação.

Nem sempre as tutelas de urgência concedidas pelos árbitros serão cumpridas no âmbito arbitral, sendo necessária a intervenção da jurisdição estatal, pois as decisões dos árbitros são *leges imperfectae*, porque falta ao árbitro o poder de coerção, não se podendo utilizar da força para dar cumprimento à decisão.

Novos desafios e questionamentos devem, sempre, existir para aplicação do processo arbitral, pois ainda persiste a dependência dos árbitros para execução do decisões arbitrais por falta do poder *imperium*. É algo a questionar-se, conquanto muitos participantes do procedimento arbitral cumpram de forma voluntária as tutelas deferidas.

## Referências

AÇÃO CAUTELAR PROPOSTA NO JUDICIÁRIO SÓ TEM CABIMENTO ATÉ A EFETIVA INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM. STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/paginas/comunicacao/noticias/15102021-acao-cautelar-roposta-nojudiciario-so-tem-cabimento-ate-a-efetiva-instauracao-da-arbitragem.aspx>. Acesso em: 28/06/2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29 de junho de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm). Acesso em: 29 de junho de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 de junho de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29 de junho de 2022.

CAHALI. Franciso José. Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2022, p. 323.

CARMONA, Carlos Alberto. "Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz?". In Pedro Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no Processo Civil Brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo, n. 95, p. 154 ("se la giustizia è sicura no è rápida").

CARRETEIRO. Mateus Aimoré. CURSO DE ARBITRAGEM. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.



CARRETEIRO. Mateus Aimoré. Tutelas de urgência e processo arbitral. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CHENG, Bin. General principles of law as applied by international courts and tribunals, 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 268-269.

Couture, Eduardo. Fundamentos do Direito Processual Civil. Saraiva, 1946. Pág.109.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 4 ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios Processuais. 2. Ed, Salvador: Jus Podium, 2016.

DOTTI. Rogéria. Arbitragem e Direito Processual Civil. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 178.

DINAMARCO. Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil: volume III. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. P. 851.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Anotações sobre a Nova Lei de Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 47/15. p. 37 – 44. Out – Dez. 2015.

MARINONI. Tutela dos direitos mediante procedimento comum: volume II. 7ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

OST, François. Le temps du droit. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p.13.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015, in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46, Jul-Set 2015, p. 287-313.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil: volume I, 63ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.526.

TUCCI. José Rogério Cruz e. Questões polêmicas do processo arbitral: Subsídios para o advogado do contencioso arbitral. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2019.

SCAVONI JUNIOR. Luiz Antonio. Arbitragem: mediação, conciliação e negociação. 10º ed. Rio de Janeiro. Forense. 2020.

SIQUEIRA, Fernando. A "nova" Lei de Arbitragem e o CPC/15, ao preverem a carta arbitral com meio de cooperação, possibilitaram grande avanço na convivência entre jurisdição arbitral e estatal. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/267498/carta-arbitral--um-mecanismo-de-cooperacao>. Acesso em 28/06/2022.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. Estudos sobre arbitragem. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.