

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1128

(Ano XIV)

(10/12/2022)

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 1128



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1128, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. *339 fls.*

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



**Da capacidade postulatória ou da capacidade de representação do delegado de polícia na internação provisória, em face do adolescente em conflito com a lei**

*Joaquim Leitão Júnior, 08.*

### ARTIGOS

**A mediação e conciliação como instrumentos de efetivação da justiça distributiva nos conflitos fundiários rurais coletivos**

*Ariadni Cristina Mecnas de Freitas, 21.*

**Psicopatia e o Direito**

*Renata de Araujo Sena, 34.*

**O cônjuge sobrevivente e o direito real de habitação**

*Sara Raquel Coelho Clarindo, 47.*

**A interpretação do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais**

*Aline Bacelar Teixeira Santos e Tácio Lacerda Gama, 68.*

**O bloqueio do whatsapp e os limites da intervenção impostos ao Estado em casos de investigação criminal e obstrução de justiça**

*Raisa Feitosa da Costa Pinto, 88.*

**Infrações as bases principiológicas que regem o processo adotivo brasileiro**

*Maria Laura de Sousa Silva, 102.*

**Amor indenizável: o rompimento do casamento e a reparação pecuniária do cônjuge**

*Maria de Jesus Ribeiro de Pádua e João Paulo Soares Azevedo, 113.*

**Parques zoobotânicos, sustentabilidade, transporte público e mobilidade: discutindo a reestruturação ecológica das estações municipais de ônibus de Belo Horizonte**

*Vagner Luciano Coelho de Lima Andrade, 130.*

**Impactos no orçamento municipal de Turmalina/SP antes e durante o covid-19**

*Humberto Antonio Ermita Gomes e Matheus Paschoal de Almeida, 158.*

**A judicialização da saúde sob a perspectiva do mínimo existencial dentro da reserva possível**

*Tereza Cristina Rodrigues Ferreira, 167.*

**A contabilidade como ferramenta gerencial**

*Mauro Junio Ferreira dos Santos, Vitor Hugo Adolfo da Silva e Vitor Luiz dos Santos, 180.*

**Responsabilidade civil no contexto ambiental**

*Thiago Sales de Souza, 192.*

**A atuação do Ministério Público na proteção do direito à educação das crianças e dos adolescentes com deficiência**

*Michele Cardoso Contiero, 206.*

**A função ressocializadora da pena e sua aplicação no sistema carcerário brasileiro**

*Jéssica Karoline Pena Ferreira, 221.*

**A inaplicabilidade da Lei 5.617/2021 no alcance dos beneficiários do espólio das vítimas falecidas por covid-19 anterior a data de sua vigência**

*Larissa Siqueira de Andrade, 250.*

**A eficácia dos meios tecnológicos alternativos de proteção às vítimas de violência doméstica durante a pandemia de covid-19**

*Rosana Diniz Santos e Kézia Inácia de Menezes, 267.*

**Inovação tecnológica e os desafios da iniciativa popular no processo legislativo brasileiro**

*Italo Araujo de Castro Veloso e Osmar Alves de Oliveira Neto, 280.*

**Os sistemas jurídicos e a segurança jurídica diante das decisões dos tribunais brasileiros**

*Cristiano Medina da Rocha, 292.*

**Significado e desenvolvimento do instituto da adoção perante o direito brasileiro: uma análise das peculiaridades em face das partes componentes do processo**

*Maria Laura de Sousa Silva, 326.*

## **DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA OU DA CAPACIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA, EM FACE DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI**

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. **1**

Diversas leis legitimaram e deram capacidade postulatória (ou de representação policial) ao Delegado de Polícia em buscar junto ao Poder Judiciário, medidas cautelares, por meio de representação policial em face de pessoas maiores e capazes. O grande questionamento que se põe nessa reflexão é se o Delegado de Polícia poderia manejar representação policial, mirando na internação provisória do adolescente em conflito com a lei?

Não podemos olvidar que, os Autos Apuratórios de Ato Infracional (Sindicância Infracional, Auto de Investigação de Ato Infracional, Autos Infracionais dentre outras terminologias equivalentes) seria equivalente ao Inquérito Policial, porém, com alvos diversos nos polos, em que naquele (Autos Apuratórios de Ato Infracional) o alvo da persecução seria o adolescente em conflito com a lei, e, neste procedimento de inquérito policial, o alvo da persecução seria o adulto maior e capaz.

Apesar de ainda existirem posicionamentos conservadores e classistas da doutrina, é inegável que no atual ordenamento jurídico pátrio se conferiu ao Delegado de Polícia, como representante da Polícia Judiciária, a sua capacidade postulatória ou capacidade de representação para representar em juízo, favoravelmente a determinadas situações da investigação criminal (e de ato infracional), iniciada em sede policial, inclusive na internação provisória do adolescente em conflito com a lei.

O Delegado de Polícia, agente estatal, deve atuar com imparcialidade e isenção sobre os atos de polícia judiciária no exercício do seu múnus, dentro da atividade de polícia judiciária, inclusive em entendendo pela presença dos requisitos e pressupostos da medida cautelar de internação provisória do adolescente, deve o Delegado se valer de representação em sede

---

<sup>1</sup> Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas e autor de artigos jurídicos. Ex-Diretor Adjunto da Academia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-Assessor Institucional da Polícia Civil de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso e lotado no GAECO da unidade desconcentrada de Barra do Garças-MT.

flagrancial ou no curso do procedimento pela internação provisória do adolescente em conflito com a lei.

Ademais, o legislador ordinário claramente fez alusão às intervenções do Delegado de Polícia perante o Poder Judiciário, empregando a expressão “representar” (representação), devendo lembrar que não existem palavras inúteis no texto da lei.

Para ilustrar claramente nossas falas, trazemos a baila os textos legais que fazem referências expressas à representação policial deduzida pelo Delegado de Polícia. O artigo 144, § 1º e § 4º da Constituição Federal preconiza que:

“Art. 144. (...)

[...] § 1º - a polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Este dispositivo constitucional de maneira nítida, evidencia a divisão de tarefas de investigar e o protagonismo do Delegado de Polícia no seio da investigação.

Diga-se de passagem que, este dispositivo joga luz para todo o restante do ordenamento jurídico.

Concatenando as ideias, a Lei 12.830/2013 trouxe importante contemplação legal ao Delegado de Polícia, projetando a seguinte redação:

“Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo **delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.**

§ 1º Ao **delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.**



§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.”

Lembremos que o ato infracional corresponde a um crime ou uma contravenção penal (art. 103, do ECA).

Na esteira do que já foi sublinhado no plano constitucional, mas agora sob a ótica infralegal, este dispositivo infraconstitucional de maneira nítida, evidencia a divisão de tarefas de investigar e o protagonismo do Delegado de Polícia no seio da investigação.

Prosseguindo, temos o artigo 149, § 1º, do Código de Processo Penal que disciplina sobre a possibilidade de **representação** do Delegado de Polícia para que o investigado seja submetido a exame médico-legal quando houver dúvida sobre a integridade mental daquele, “in verbis”:

“Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente”. (Destaque Nosso)

Por sua vez, caminhando pelo diploma processual penal, deparamos com o artigo 282, caput, § 2º, do Código de Processo Penal, reputado por parcela da doutrina como o dispositivo de maior expressão na legislação ordinária referente à capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia. Vejamos a disposição legal:

“Art. 282 [...]

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no **curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial** ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

A despeito das discussões e do inteiro teor do dispositivo supralegal, com a superveniência do Pacote Anticrime, nota-se que majoritariamente, a posição tem sido de que o juiz de direito pela letra da lei, não pode mais decretar de ofício medida cautelar, mormente a prisão, revelando mais uma vez a importância de se discutir a capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia.”

Assim, retomando o ponto central da discussão, em que pese à discussão sobre a legitimidade ou não de o Delegado de Polícia ter a permissão para representar ou não por internação provisória, fato é que se a Autoridade Policial pode representar pela prisão preventiva de um adulto (que é o mais e medida bem mais enérgica quando comparada com a internação), pode o menos também, até porque estaria em plena sintonia com o próprio Estatuto Menorista



em vigor que é de primar pelo tratamento do adolescente em desenvolvimento com a medida cautelar da internação provisória.

Até por uma analogia em prestígio ao princípio do paralelismo (simetria) das formas com o Código de Processo Penal que é aplicado em sede de ato infracional por força do art. 152 do ECA, reforça e irradia a possibilidade de o Delegado de Polícia representar pela medida de internação provisória.

Em momento alguma o art. 171 e seguintes do Estatuto do Adolescente impede de o Delegado de Polícia representar pela internação provisória ou elege um ator específico da persecução infracional para tanto. Vejamos:

### **“Seção V**

#### **Da Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente**

Art. 171. O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

Art. 172. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente.

Parágrafo único. Havendo repartição policial especializada para atendimento de adolescente e em se tratando de ato infracional praticado em co-autoria com maior, prevalecerá a atribuição da repartição especializada, que, após as providências necessárias e conforme o caso, encaminhará o adulto à repartição policial própria.

Art. 173. Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:

I - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;

II - apreender o produto e os instrumentos da infração;

III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.

Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do

Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

§ 1º Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial encaminhará o adolescente à entidade de atendimento, que fará a apresentação ao representante do Ministério Público no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Nas localidades onde não houver entidade de atendimento, a apresentação far-se-á pela autoridade policial. À falta de repartição policial especializada, o adolescente aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores, não podendo, em qualquer hipótese, exceder o prazo referido no parágrafo anterior.

Art. 176. Sendo o adolescente liberado, a autoridade policial encaminhará imediatamente ao representante do Ministério Público cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Art. 177. Se, afastada a hipótese de flagrante, houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional, a autoridade policial encaminhará ao representante do Ministério Público relatório das investigações e demais documentos.

Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade.

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar.

Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

I - promover o arquivamento dos autos;

II - conceder a remissão;

III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.

Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterá o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.

§ 2º Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1º A representação será oferecida por petição, que conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.”

A “representação” que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz alusão nos dispositivos legais acima, em relação ao Ministério Público, diz respeito a ato equivalente à “denúncia” ofertada em face de uma pessoa (que porém, mira na imposição aqui de uma medida socioeducativa) e não à representação cautelar de internação provisória, via esta (representação por internação provisória) aberta a Autoridade Policial e ao Ministério Público numa leitura sistêmica do Código de Processo Penal. Harmonicamente não há espaço por questão de coerência, pensar diversamente destas soluções.

Não faz sentido alijar o Delegado de Polícia deste importante instrumento que é a representação policial por internação provisória, mormente quando notamos que nossos

adolescentes de hoje estão envolvidos em infrações graves análogas como homicídio, roubo, extorsão mediante sequestro, ao tráfico de drogas, organização criminosa, entre outros.

Sendo assim, estabelecida a premissa de que os autos apuratórios de ato infracional é um procedimento investigativo singular presidido pelo Delegado de Polícia, que apresenta a Polícia Judiciária, institutos com seus temperamentos devem ser prestigiados, inclusive aqueles previstos no Código de Processo Penal.

Dando seguimento, as regras do Código de Processo Penal são aplicáveis ao Inquérito Policial, procedimento investigativo destinados aos maiores e capazes, via de regra. Da mesma forma, as regras do Código de Processo Penal são aplicadas subsidiariamente aos autos apuratórios de ato infracional que é um procedimento investigativo singular presidido pelo Delegado de Polícia.

Isto resta mais evidente, quando analisamos a inteligência do art. 152, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

***“ECA - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990***

*Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.*

***[...]***

***Art. 152.*** *Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.”*

Com isto, fixado também o entendimento de que as regras do Código de Processo Penal aplicáveis ao Inquérito Policial são aplicadas subsidiariamente nos autos apuratórios de ato infracional, sinalizando com maior clareza a possibilidade de o Delegado de Polícia se valer de medida cautelar de internação provisória do adolescente em conflito com a lei.

Desta leitura, infere-se que o dispositivo acima seria aplicável subsidiariamente, por força do art. 152, do ECA. A aplicação subsidiária tem vez quando o diploma legal é silente e deixa o vácuo (não disciplina) ou insere o dispositivo, cuja redação diz aquém do que deveria, em situação que é necessária uma interpretação sistemática para dar logicidade ao caminhar procedimental.

No tocante à previsão abrigada no § 2º, do art. 282, do CPP, o doutrinador Paulo Rangel, defende a legitimidade da representação do delegado de polícia da seguinte maneira:

*“A lei se refere às “partes” e não há partes no inquérito policial e quando ela se refere à investigação criminal somente legitima a autoridade policial, através da representação, e o Ministério Público, através de requerimento” (RANGEL, 2012).*

Em tom de reforço a toda argumentação, referente à capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia, existe no seio do Código de Processo Penal, a possibilidade de prisão preventiva, em que o artigo 311 daquele diploma, autoriza a representação do Delegado de Polícia:

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Grifo Nosso)”

Há outras legislações extravagantes, para além do Código de Processo Penal, que expressamente legitimaram e deram capacidade ao Delegado de Polícia de buscar o Poder Judiciário, através de medidas cautelares, por meio de representação policial.

Nesse prisma, a Lei nº 7.960/89 disciplina sobre a prisão temporária, fixando no artigo 2º que: “A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 05 (cinco) dias [...]” (Grifo Nosso)

Dando sequência, a Lei 9.296/96 que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas, estabeleceu claramente a possibilidade de a representação do Delegado de Polícia buscar o Poder Judiciário para a medida de interceptação, senão vejamos:

“Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal [...]”

Continuando as explanações, a Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha), também prevê a possibilidade de representação do Delegado de Polícia ao dispor em seu artigo 20 a possibilidade de representação pela prisão preventiva, “in verbis”:

“Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”. (Grifo Nosso)

Noutro quadrante, reforçando a possibilidade do delegado de polícia representar, a Lei 11.343/2006 capacitou ao delegado de polícia a possibilidade de representar pela apreensão e outras medidas assecuratórias de bens às infrações penais contidas na legislação em tela. O artigo 60 da lei possui o seguinte texto:

“Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso

do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.” (Grifo Nosso)

Dando continuidade às análises sobre a capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia, a lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), conferiu a possibilidade de representação da delegado de polícia para decretação de medidas assecuratórias em seu artigo 4º:

“Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)” (Grifo Nosso)

A Lei de Organização Criminosa contempla a possibilidade de representação policial pelo Delegado de Polícia para infiltração de agentes policiais, colaboração premiada (em que outros diplomas também preconizam), captação ambiental, ação controlada, interceptação de fluxos telemáticos, quebra de sigilo financeiro, bancário e fiscal (assim como em outros diplomas) dentre outras medidas.

Sabe-se que a legislação analisada até o momento não encerra todas as previsões da capacidade postulatória ou capacidade de representação do Delegado de Polícia no ordenamento jurídico brasileiro, porém, fica clara a opção do legislador em conferir tal prerrogativa ao Delegado de Polícia.

Em levantamentos realizados ao longo da construção do texto, não se tem notícia de qualquer decisão judicial que tenha apontado inconstitucionalidade dos referidos artigos de lei que preveem o exercício da capacidade postulatória ou capacidade de representação pela Autoridade Policial.

Enquanto o Delegado de Polícia “representa” (mira representação) ao Poder Judiciário, o Promotor de Justiça (ou Procurador da República) vinculado ao Ministério Público “requer” (requerimento) determinadas medidas perante o Poder Judiciário.

Em nosso vernáculo, a expressão “representar” consiste em exhibir; levar à cena, encenar, ser a imagem, o símbolo; a reprodução de algo, retratar, refletir, revelar, mostrar; servir para expressar, designar ou denotar (como uma palavra ou símbolo, por exemplo); simbolizar; expressar ou designar usando um termo.



Registramos que, a terminologia “representa” (representação) não foi utilizada inutilmente pelo legislador lá atrás quando da edificação do nosso Código de Processo Penal, porquanto a razão de ser, diz respeito pelo fato de o Delegado de Polícia não ser parte “interessada” na investigação dentro da ótica do direito processual penal, mas presidente da investigação que deve agir imparcialmente e de forma isenta.

Explicaremos melhor sobre o fato de o Delegado de Polícia não ser “parte” na investigação.

Como se sabe, na moderna concepção investigativa, o Delegado de Polícia é o presidente da investigação e não tem interesse em atuar, em prol da parte investigada (suspeito/acusado/investigado/adolescente em conflito com a lei) e nem em prol do Ministério Público (“dominis littis”), mas sim de buscar a verdade possível (antiga verdade real), com seus reflexos.

Deste modo, o requerimento dirigido e apresentado pelas partes em Juízo possui a acepção de pedido, pleito, postulação ou de solicitação. Decorrencia lógica desta acepção de pedido, pleito, postulação ou de solicitação é de que nas hipóteses de indeferimento pelo órgão julgador, o interessado poderá interpor o recurso adequado nos termos da lei processual.

De outra banda, a “representação”, por não ter acepção de um pedido, pleito, postulação ou de solicitação, conforme já pontuado, acaba desdobrando numa provocação ou alerta qualificado da Autoridade Policial, pois somente as partes do processo pedem.

À guisa deste raciocínio, a representação policial objetiva uma provocação, recomendação, sugestão, alerta qualificado ou advertência formal perante o Poder Judiciário para determinada medida inerente aos atos investigatórios. Em outras palavras, a “representação” colima em exhibir; levar à cena, encenar, ser a imagem, o símbolo; a reprodução de algo, retratar, refletir, revelar, mostrar; servir para expressar, designar ou denotar (como uma palavra ou símbolo, por exemplo); simbolizar; expressar ou designar uma situação em Juízo.

Ao representar em juízo, o Delegado de Polícia apresenta faticamente e juridicamente a situação deduzida em juízo, procurando evidenciar a necessidade da decretação de uma medida cautelar, assecuratória ou a adoção de outra medida de polícia judiciária indispensável ao caso investigado, a fim de obter um provimento jurisdicional, sob a cláusula de reserva de jurisdição.

Nesta direção, o delegado de polícia, Francisco Sannini, alerta sobre a capacidade postulatória imprópria conferida ao Delegado de Polícia, *legitimatio propter officium*, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia, nos seguintes dizeres:

“Em outras palavras, a representação caracteriza-se como um meio de provocação do Juiz, tirando-o da sua inércia e obrigando-o a se manifestar sobre alguma questão sujeita à reserva de jurisdição. Desse modo, levando-se em consideração que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, a representação serve de instrumento à preservação do próprio sistema



acusatório. Trata-se, portanto, de um ato jurídico-administrativo de atribuição exclusiva do Delegado de Polícia e que pode ser traduzido como verdadeira capacidade postulatória imprópria. Advertimos, todavia, que, para a maioria da doutrina, a Autoridade Policial não dispõe de capacidade postulatória, uma vez que não teria legitimidade para recorrer no caso de indeferimento da medida representada (CUNHA; PINTO, 2014. Pp. 55-56). Com a “devida vênia”, discordamos frontalmente desse raciocínio. Ora, o fato de o Delegado de Polícia não ter legitimidade para recorrer apenas demonstra que ele não é parte no processo. Mas daí a negar a sua capacidade de provocar o Poder Judiciário nos parece haver uma certa distância. Isto, pois, conforme exposto, trata-se de uma capacidade postulatória imprópria, uma verdadeira legitimatio propter officium, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia. A regra, de fato, é a de que as medidas cautelares sejam postuladas pelas partes. Contudo, nada impede que o legislador, do alto da sua soberania, confira uma legitimação extraordinária a uma autoridade que não seja parte no processo” (SANNINI NETO, 2015, p. 1, online).

Ainda sobre a capacidade postulatória conferida ao Delegado de Polícia, lecionam os delegados de polícia, Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Jaime Pimentel Jr.:

“Vale recordar que a capacidade postulatória do Delegado de Polícia é exercida via ‘representação’ e não simples ‘requerimento’, precisamente porque a Autoridade Policial não figura como parte na relação processual, funcionando como presidente imparcial da atividade de polícia judiciária” (MORAES; PIMENTEL JR, 2018, p. 38-39).

Não podemos descurar de um movimento institucional ministerial, que procurou a todo custo esvaziar algo que o próprio legislador positivou, em prol da sociedade e dos bens juridicamente tutelados (que foi outorgar ao Delegado de Polícia a prerrogativa de representar por medidas em juízo), tentando condicionar o agir da representação policial à aquiescência ministerial – o que se abraçada a tese, subverteria o sistema e equivaleria a deixar a sociedade, vítima e os bens jurídicos totalmente desguarnecidos.

Aliás, registramos respeitosamente que há uma divisão clara de tarefas fixadas constitucionalmente e, também, deve ser desvinculada qualquer relação principal-acessória defendida pela tese ministerial, a fim de querer condicionar o conhecimento e deferimento de representação do Delegado de Polícia, a aquiescência daquele “dominis littis”.

Verdadeiramente, não faz qualquer sentido no curso do inquérito policial retirar da esfera do Delegado de Polícia o entendimento de qual a medida a ser instrumentalizada para melhor aclarar a investigação, inclusive para a judicialização de medida cautelar de interceptação telefônica, captação ambiental, de busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, dentre outras. Isso evidencia com clareza solar o acautelamento do próprio inquérito policial, com o acervo informativo e o acervo da prova produzida no seu âmago. Portanto, competirá ao Delegado de

Polícia, por intermédio da representação policial, o ônus de demonstrar a necessidade e utilidade da medida judicializada mitigadora dos direitos do investigado/indiciado para que a mesma seja abraçada pelo juízo competente.

O delegado da polícia federal Marcio Alberto Gomes Silva aduz que

“[...] diz o arcabouço legislativo pátrio é que o MP ofertará parecer no bojo das medidas cautelares quando estas forem representadas pelo delegado de polícia, mas este não vincula a autoridade judiciária, que poderá deferir o pleito, mesmo diante de parecer contrário do do[sic] autoridade ministerial” (na linha do quanto decidido pelo STF no bojo da ADIN 5508). (SILVA, 2021, p. 473-475).

Todo este arrazoado demonstra que a representação policial do Delegado de Polícia, além de extrema importância na persecução penal e persecução infracional, não está vinculada e nem condicionada respeitosa e à aquiescência ministerial.

Logo, o raciocínio forçoso e lógico diante da leitura sistemática, conjugada com os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente com o Código de Processo Penal (aplicável subsidiariamente por força do art. 152, do ECA), é concluirmos pela possibilidade da Autoridade Policial representar por internação provisória do adolescente em conflito com a lei, e isso é reforçado quando voltamos os olhos para a lógica do Estatuto da Criança e do Adolescente com o Código de Processo Penal.

### **Das considerações finais**

Por fim, por todo o arrazoado, independente da natureza jurídica – se estaríamos perante “capacidade postulatória imprópria” conferida ao Delegado e Polícia, “legitimatío propter officium”, ou seja, uma legitimidade em razão do ofício exercido pelo Delegado de Polícia ou se estaríamos perante a “capacidade de representação” do Delegado de Polícia – a se atribuir a representação policial por internação provisória do adolescente em conflito com a lei viabilizada pelo Delegado de Polícia, fato é que a mesma tem o condão de provocar o Poder Judiciário a emanar determinado provimento judicial, frente a uma investigação em sede de ato infracional.

Em que pese à discussão sobre a legitimidade ou não de o Delegado de Polícia ter a permissão para representar ou não por internação provisória, fato é que se a Autoridade Policial pode representar pela prisão preventiva de um adulto pelo Código de Processo Penal (que é o mais e medida bem mais enérgica quando comparada com a internação), pode o menos também, até porque estaria em plena sintonia com o próprio Estatuto Menorista em vigor que é de primar pelo tratamento adequado ao adolescente em desenvolvimento com a medida cautelar da internação provisória, se presentes os requisitos e pressupostos autorizadores da medida.

Até por uma analogia em prestígio ao princípio do paralelismo (simetria) das formas com o Código de Processo Penal que é aplicado em sede de ato infracional por força do art. 152 do

ECA, reforça e irradia a possibilidade de o Delegado de Polícia representar pela medida de internação provisória.

Por derradeiro, em momento alguma o art. 171 e seguintes do Estatuto do Adolescente impede de o Delegado de Polícia representar pela internação provisória ou elege um ator específico e exclusivo da persecução infracional para tanto (representar pela internação provisória do adolescente em conflito com a lei).

Referências bibliográficas:

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403 Comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. 16ª Edição atualizada. São Paulo-SP: Editora Atlas S.A, 2015.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR, Jaime. **Polícia Judiciária e a Atuação da Defesa na investigação criminal**. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Editora Juspodvim, Salvador: 2018.

SANNINI, Francisco. **Qual a natureza jurídica da representação do Delegado de Polícia?**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4238, 7 fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33925>. Acesso em: 27 out. 2022.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Pode o Delegado de Polícia representar diretamente medidas cautelares ao Judiciário, no curso do inquérito policial?**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3396, 18 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22829>. Acesso em: 27 out. 2022.

## **A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS COLETIVOS**

**ARIADNI CRISTINA MECENAS DE FREITAS:**

Mestranda em Direito Constitucional  
Econômico

**RESUMO:** Em um comparativo da Teoria da Luta de Classes de Karl Marx com a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls, busca-se analisar o papel do Estado na resolução dos conflitos fundiários coletivos rurais através da mediação e conciliação, com a finalidade de realização da justiça distributiva de reforma agrária, valorização do trabalho humano e cumprimento da função social da propriedade. Como resultado parcial da pesquisa, visualiza-se a pungente tendência do ordenamento jurídico brasileiro na criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos Fundiários no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, com auxílio de diversos órgãos e seguimentos da sociedade civil, para auxiliar os magistrados na mediação e conciliação desses conflitos de forma humanizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Luta de Classes. Conflitos Fundiários Coletivos. Mediação. Conciliação. Justiça Distributiva.

**ABSTRACT:** In a comparison of Karl Marx's Theory of Class Conflict with John Rawls's Theory of Distributive Justice, it is analyzed the conflict resolution process through mediation and conciliation, for justice distribution and agrarian reform. As a partial result of the scientific study, it appears that agrarian conflict resolution centers will be created.

**KEYWORDS:** Class Conflict Theory. Agrarian Conflict. Mediation and Conciliation for dispute resolution. Distributive Justice.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. A TRADICIONAL LUTA DE CLASSES E A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RESOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS. 2. O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA VISÃO MARXISTA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS. 3. A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS COLETIVOS NO BRASIL. 3.1. Conceito de mediação e conciliação como instrumentos de autocomposição dos conflitos judiciais. 3.2. Tratamento jurídico-processual da conciliação e da mediação do litígio fundiário coletivo rural. 3.3. Conciliação e mediação como instrumentos para consecução da justiça distributiva de reforma agrária. 3.4. Criação de Centros Judiciários de mediação e conciliação fundiários no âmbito dos Tribunais de Justiça estaduais. A experiência da justiça paranaense. 3.5. A questão da ADPF nº 828/21 e seus reflexos nos litígios fundiários coletivos rurais. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **INTRODUÇÃO**

A partir da premissa de que o Estado é um importante garantidor da pacificação das lutas de classes decorrentes do modo capitalista de controle dos meios de produção e da propriedade

privada, este artigo pretende demonstrar a importância da mediação e conciliação como alternativa para a solução dos conflitos fundiários coletivos sob a ótica da proteção ao trabalhador rural no contexto da ordem econômica nacional pós-neoliberalista, e como esses meios de autocomposição de conflitos podem auxiliar na consecução dos direitos humanos de acesso à valorização do trabalho humano, à terra e ao cumprimento da função social da propriedade, por meio da efetivação da política de reforma agrária.

Busca-se analisar o papel do Estado na resolução dos litígios fundiários de forma pacífica mediante a técnica da autocomposição, utilizando-se como referencial teórico Karl Marx e a sua compreensão acerca da luta de classes e a contraposição de sua teoria sob a ótica crítica de John Rawls ao capitalismo tradicional, ao defender a justiça distributiva por intermédio da democracia.

Para isso, tem-se como questionamento básico o seguinte: A conciliação e a mediação são técnicas hábeis para a composição pacífica dos conflitos fundiários coletivos rurais e para a consecução dos princípios da valorização do trabalho humano, proteção da propriedade privada e função social, com a finalidade de se realizar a justiça social e distributiva?

A hipótese a ser defendida é a de que a mediação e a conciliação dos conflitos fundiários coletivos rurais é alternativa idônea para minimizar os impactos negativos da intensa judicialização das políticas públicas de reforma agrária, além de se constituir um fator preponderante para a mudança de perspectiva do Poder Judiciário na análise dos conflitos judiciais postos sob sua apreciação, pois aquele Poder passa a ter um papel relevante na consecução da redistribuição das terras e na promoção da justiça social.

Espera-se instigar a comunidade jurídica para a necessidade de dar ensejo ao desenvolvimento de uma nova perspectiva ideológico-normativa de efetivação das garantias constitucionais de acesso pleno à terra pela classe trabalhadora rural, cumprimento de sua função social e valorização do trabalho humano por meio da mediação e conciliação dos conflitos fundiários coletivos rurais, a fim de mitigar a tomada de decisão por parte das autoridades judiciárias de forma meramente destinada ao cumprimento dos interesses próprios privados e ilimitados dos detentores dos títulos de propriedade, no caso, a classe dominadora do sistema capitalista, na visão tradicionalista de Marx.

Por isso, este estudo está organizado da seguinte maneira: Inicialmente, para a exata compreensão da problemática, aborda-se rapidamente a tradicional luta de classes no sistema capitalista de produção e dominação da propriedade, o contexto de violência no campo e a violação ao princípio da valorização do trabalho do pequeno produtor rural como postulado da ordem econômica nacional (CF, art. 170). Em seguida, traça-se um paralelo entre a luta de classes na teoria marxista e a noção de justiça social e distributiva trazida por John Rawls, para legitimar a utilização de meios pacíficos de solução dos conflitos fundiários, quais sejam, a mediação e a conciliação, no âmbito do Poder Judiciário. Nesse ponto, serão trazidos alguns dados pertinentes levantados ao longo da pesquisa, de cunho normativo e jurisprudencial. E, ao final, defende-se a importância dos instrumentos da mediação e conciliação para efetivação da justiça social e distributiva da propriedade rural, deixando aberta a discussão no que se refere à necessidade de aprimoramento dessas técnicas para o fim de evitar que sejam utilizadas prioritariamente com a

finalidade de imposição do sistema capitalista puro, ou seja, a proteção dos interesses individuais dos detentores dos títulos de domínio sem a observância da função social da propriedade.

A metodologia aplicada foi a da abordagem qualitativa, com o uso da pesquisa bibliográfica e descritiva, e técnica da documentação indireta. As fontes centrais se basearam em obras remissivas e analíticas sobre o caso, com o uso de livros, artigos e legislação relativas ao assunto.

## **1. A TRADICIONAL LUTA DE CLASSES E A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA RESOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS.**

A expressão do capitalismo, do ponto de vista tradicional marxista, é marcada pela luta de classes em um contexto de violência (física, estrutural e ideológica). Segundo Karl Marx, a luta de classes é o movimento que dá suporte às grandes revoluções da história, a fim de promover mudanças sociais<sup>2</sup>.

De acordo com sua doutrina, esse conflito começa com o surgimento da propriedade privada dos métodos de produção após a crise do feudalismo (séc. XI), onde a sociedade passou a ser dividida entre proprietários ou burgueses, possuidores dos meios de produção e os trabalhadores ou proletariado, detentores tão somente de sua força de trabalho<sup>3</sup>.

Essa divisão de membros em classes é possível, segundo Marx, quando determinada sociedade atinge um nível de produtividade excedente, o que motiva a abertura de espaço para o jogo político, com a formação de uma minoria que ganha poder sobre outras categorias sociais, originando-se uma segregação em razão da maior ou menor importância social de cada membro.

Nesse pórtico, a desigualdade social é aferida, tradicionalmente, pela existência de um modelo de sociedade onde a classe burguesa, que detém o direito sobre os meios de produção, traça toda a estrutura organizacional do Estado, ao passo em que as pessoas que compõem o proletariado, as quais contam apenas com sua força de trabalho, assim como as que dependem exclusivamente das políticas sociais para subsistência, são compelidas a aderirem ao modelo de governo construída a partir dos interesses da classe dominante<sup>4</sup>.

Nessa tradicional luta de classes referente à execução das políticas fundiárias e de reforma agrária, no Brasil, o processo de expansão do capitalismo revela uma estrutura que privilegia os grandes proprietários de terras e empresariado rural em detrimento da comunidade tradicional (camponeses, ribeirinhos, povos indígenas, quilombolas e demais trabalhadores rurais), situação

---

<sup>2</sup>LOSURDO, Domenico Boitempo. *A luta de Classes. Uma história política e Filosófica*. Editorial, 2015, ISBN 9788575594551.

<sup>3</sup>JIMENEZ, Susana Vasconcelos. RABELO, Jackline. *Trabalho, Educação e Luta de Classes: a pesquisa em defesa da história*. Brasil Tropical, 2004, ISBN 9788586278.

<sup>4</sup>Idem.



que culminou, historicamente, em um quadro marcado por intensa violência no campo, em razão das expropriações e exploração desses povos<sup>5</sup>.

No Brasil, apesar da forte influência neoliberalista imposta após a retomada do poder democrático e derrubada da ditadura militar em 1985, que culminou na mínima intervenção do Estado na execução das políticas econômicas com vias à autorregulação do mercado para impulsionamento da economia em contraposição ao estado de bem-estar social idealizado após a crise econômica mundial de 1929, é lícito dizer que a atual ordem econômica brasileira advinda após a Constituição de 1988 é composta por um modelo misto, essencialmente capitalista de Estado, com forte influência socialista.

Isto decorre em razão do acentuado intervencionismo estatal nas políticas econômicas e sociais, pois há a consagração e um mandamento implícito de otimização de diversos direitos e garantias inerentes à dignidade humana sob a ótica econômica, a exemplo da valorização do trabalho humano e função social da propriedade (CF, art. 170).

Nesse passo, a partir da Constituição de 1988 reacendeu-se o debate acerca da necessidade de realização da justiça social e distributiva de terras por meio de uma acentuada intervenção do Estado na mediação e conciliação desses conflitos, que se intensifica com a multiplicação dos litígios fundiários ao longo da história de expansão do capitalismo no Brasil, em virtude da expulsão dos trabalhadores rurais de suas terras, em consequência da expansão do capitalismo.

## **2. O CONCEITO DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA NA VISÃO MARXISTA EM CONTRAPOSIÇÃO AO PENSAMENTO DE JOHN RAWLS.**

O conceito de justiça distributiva remonta a Aristóteles, que a distinguiu da justiça comutativa ou corretiva, ambas baseadas no princípio da igualdade. A distributiva era fundada na recompensa proporcional aos méritos de cada um e a comutativa era independente do mérito individual, mas proporcional ao dano causado pela injúria.<sup>6</sup>

A definição moderna de justiça distributiva, entretanto, invoca o Estado como garantidor de que a propriedade seja distribuída para todas as pessoas de forma que, se o mercado não for capaz de garantir uma distribuição adequada dos bens gerados pela sociedade, o Estado poderá intervir na distribuição de parte desses bens, em nome da equidade<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>GONÇALVES, Ricardo Junior de Assis Fernandes. INÁCIO, Hiálda Fernandes. Questão Agrária e Cartografia dos Assentamentos Rurais no Oeste Goiano, Goiás. Disponível em <https://revista.ueg.br/index.php/sapiencia/article/view/8200/5742#;>, acesso em 15.11.2022.

<sup>6</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MoraisME\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf), acesso em 15.11.2022.

<sup>7</sup>FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MoraisME\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf), acesso em 15.11.2022.



Karl Marx, no que se refere à execução da justiça social ou distributiva, não a nega, mas a restringe às questões humanitárias de beneficência aos mais pobres, ao compreender que a desigualdade seria um fruto da própria civilização, especificamente da propriedade privada gerada pelo capitalismo, e que para a consecução de um ideal distributivo pleno seria necessário o retorno às condições anteriores ao início da civilização, por meio da revolução<sup>8</sup>.

Para Tucker, uma justiça distributiva ideal é algo destoante do pensamento de Marx, uma vez que o marxismo não considera o capitalismo injusto, assim como não há, para ele, um padrão superior de justiça, mas um padrão de distribuição em cada modo de produção, dentro de um sistema que define o que são consideradas “equidade” e “justiça”.<sup>9</sup>

Segundo Márcio Eduardo da Silva Pedrosa Morais, em sua tese de mestrado apresentada junto à Universidade Católica de Minas Gerais<sup>10</sup>, Karl Marx não pode ser considerado um defensor da justiça distributiva, apesar das críticas às desigualdades, pois somente o comunismo traria distribuição de bens.

Em contrapartida, John Rawls, filósofo estadunidense, gera a noção de justiça por meio do conceito de reciprocidade social e igualitarismo democrático. Para ele, as instituições sociais devem ser estruturadas para o fim de produzirem benefício aos menos favorecidos, mesmo no âmbito do sistema capitalista<sup>11</sup>.

No que se refere especificamente ao acesso à justiça, Rawls o define como um dos elementos necessários ao conceito de justiça distributiva, tendo como objetivo a efetivação de uma realidade jurídica e social mais igualitária, como acepção do Estado Democrático de Direito.

É nessa ordem de ideias que se visualiza a problemática posta sob apreciação no presente estudo: aspectos sociais, econômicos, culturais, psicológicos, jurídicos e procedimentais, fazem com que o acesso à justiça, seja material ou formal, torne-se inadequado e ineficiente aos trabalhadores rurais e comunidades tradicionais que são compelidas a litigar para proteger suas posses de terras e seu trabalho rural.

Nos dizeres de Calmon de Passos, *“a deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização”*.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup>idem

<sup>9</sup>TUCKER, R. Filosofia e mito em Karl Marx. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 22.

<sup>10</sup>Ob cit.

<sup>11</sup>RAWLS, John. *Justicia Distributiva*. Estudios Públicos. Santiago, n. 24, 1986, p. 53-90.

<sup>12</sup>CALMON DE PASSOS, J.J. O problema do Acesso à justiça no Brasil. Revista de Processo, nº 39, julho-setembro de 1985, p. 84 apud CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: EDUFMT, 2002, p. 91.

Para ele, a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas é mais cara aos cidadãos economicamente hipossuficientes, *“o que configura um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça”*.<sup>13</sup>

Acrescenta o referido autor que essa vitimização pode ser tripla, na medida em que um dos outros obstáculos investigados, a lentidão dos processos, pode ser facilmente convertido num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.<sup>14</sup>

Trazendo tais premissas ao tema vertente, importante registrar que, de fato, a primeira instância dos Tribunais de Justiça é a porta de entrada das ações possessórias de natureza coletiva, que trazem consigo significativa repercussão social e exigem do julgador o exame do conflito social de fundo, que envolve outros direitos, sendo os principais deles a valorização do trabalho humano, o acesso à terra e a função social da propriedade.

Diante dessas premissas, o ideal de justiça social redistributiva construído ao longo da história, no Brasil, se mostra cada vez mais longe de ser conquistado, o que impõe que a justiça intensifique a utilização dos instrumentos de solução pacífica dos conflitos fundiários coletivos rurais, quais sejam, a mediação e conciliação.

### **3. A MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS RURAIS COLETIVOS NO BRASIL.**

#### **3.1. Conceito de Mediação e Conciliação como instrumentos de autocomposição dos conflitos judiciais.**

No atual sistema processual vigente, as formas de resolução de conflitos podem se dividir em autocompositivas e heterocompositivas. Autocompositivas, quando o conflito é decidido pelas próprias partes e heterocompositivas quando a decisão é tomada por um terceiro, como o Juiz de Direito.

Dentre as formas autocompositivas previstas no Código de Processo Civil de 2015 estão a mediação e a conciliação. A mediação pode ser definida como uma negociação indireta, facilitada ou estimulada por um terceiro. As partes em litígio são auxiliadas por essa terceira pessoa, neutra e imparcial, que facilita a negociação, capacitando-as a compreender suas posições e a encontrar soluções que se coadunem com suas necessidades.

---

13Ob cit.

14Ob cit.

Já a conciliação se trata de um método autocompositivo de negociação indireta em que o conciliador atua de forma mais ativa, em conflitos pontuais, sugerindo soluções e possíveis acordos em casos nos quais não exista nenhum relacionamento jurídico anterior entre as partes<sup>15</sup>.

### **3.2. Tratamento jurídico-processual da Conciliação e da Mediação do litígio fundiário coletivo rural.**

Em razão da inexistência de varas judiciais especializadas na maior parte do país, a postura do judiciário, frente aos casos de conflitos agrários coletivos era, em um passado muito recente, de inércia com relação à garantia dos direitos humanos e sociais. Uma vez que a maioria dos casos são ajuizados por proprietários de terras que pretendem ter sua posse reintegrada, o judiciário tendia a se limitar a analisar as questões postas em juízo sob a ótica do interesse individual, denominando os assentados como esbulhadores e, portanto, criminosos, descurando da necessidade de efetivação das políticas de reforma agrária.

Em 2015 o legislador inovou ao trazer para a esfera processual a ordem para que os agentes de justiça priorizem a autocomposição dos litígios em sobreposição à cultura da sentença (art. 3º, §4 e 335, CPC). Inovou também ao disciplinar a tutela coletiva da posse, com destaque para a busca de solução consensual em audiência de mediação que deve ser designada quando o esbulho houver ocorrido há mais de ano e dia (art. 565 c/c art. 8º, do CPC).

Com o advento do Código de Processo Civil, em 2015, é clara a intenção de inserir as partes em ambiente de diálogo para que encontrem alternativas que não passem necessariamente pela reintegração ou despejo forçados. Nesse viés, a mediação e a conciliação tem o condão de evitar diversas situações de violação de direitos, ocasião em que outros importantes atores poderão contribuir e para isso devem ser chamados: Ministério Público, Defensoria Pública, movimentos sociais, o Município onde se localiza o imóvel, bem como os órgãos de assistência social, dentre outros.

Trata-se da consagração do pluralismo jurídico, já que o judiciário não pode ser estanque e deve admitir a intervenção de diversos seguimentos da sociedade, utilizando-se dos referidos instrumentos consensuais de solução de litígios.

### **3.3. Conciliação e Mediação como instrumentos para consecução da justiça distributiva de reforma agrária.**

Como bem delineado no tópico anterior, o Código de Processo Civil (Lei nº 11.105/06) deu sobrelevado valor à mediação e à conciliação, direcionando o ordenamento jurídico para uma cultura de pacificação social.

---

<sup>15</sup>*Justiça Multiportas: você conhece as diferenças entre as formas de solucionar conflitos?* Sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2022.. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/66577#.Y3RDS8vMLIV>. Acesso em: 15.11.2022.

A título de exemplificação, se pode, inclusive, dentro de uma ação possessória, resolver questões estranhas ao processo (art. 515, §2º). É possível, por exemplo, em uma sessão de mediação ou conciliação, resolver três demandas de uma só vez: a ação possessória ajuizada pelo proprietário, a ação de desapropriação ajuizada pelo INCRA e a ação declaratória de produtividade, que normalmente impede o prosseguimento a ação de desapropriação.

Nessa ordem de ideias, é dever do Estado garantir a estes cidadãos, integrantes das ocupações coletivas, o amplo acesso à justiça, mas não somente à justiça tradicional, conhecida em razão de seus diversos entraves jurídicos e burocracias, e sim uma justiça adequada, que garanta a igualdade material entre os sujeitos processuais, bem como o direito ao autorregramento da vontade, através da criação de instrumentos que possibilitem a ampla negociação dos direitos postos em juízo.

Pesquisas realizadas em território nacional pelo Ministério da Justiça demonstram que a prática da mediação dos conflitos agrários no campo se mostram extremamente positivas, a exemplo do trabalho desenvolvido pelo Ministério da Justiça, onde constam diversos dados nesse sentido, colhidos no ano de 2.01316.

De acordo com o referido documento, à guiza de exemplificação, temos os seguintes casos emblemáticos onde a mediação surtiu ou poderia ter surtido efeitos positivos, evitando diversas situações de violência no campo, além de evitar decisões judiciais baseadas em simples análise privatista: 1. Conflito Fundiário Camponês: Caso da Fazenda Santa Filomena - Acampamento Elias de Meura - Estado do Paraná, 2. Conflito Fundiário Quilombola: Caso da Comunidade Quilombola Manoel Siriaco - Estado do Paraná, 3. Conflito Fundiário Indígena - Caso da Terra Indígena Maró - Gleba Nova Olinda I, Santarém - Estado do Pará<sup>17</sup>.

Com base nos dados acima expostos, verifica-se que a experiência de mediação dos conflitos no campo pode resolver diversos processos que demandariam dezenas de anos e intensa movimentação da máquina judiciária. E mais, com a efetiva colaboração do Poder Executivo, através de seus órgãos responsáveis pela reforma agrária, mesmo que não se chegue à resolução total do conflito, pode-se cogitar em acordos de convivência entre proprietários e trabalhadores rurais, calendários processuais para a celeridade do processo (art. 191 do CPC), acordos de desocupação voluntária a fim de evitar a violência, dentre tantas outras práticas processuais benéficas.

### **3.4. Criação de Centros Judiciários de Mediação e Conciliação Fundiários no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais. A experiência da Justiça Paranaense.**

Para a consecução do ideal retributivo e de justiça social que permeia o presente trabalho, o Judiciário não pode permanecer estancado, mas deve contar, nas sessões de mediação e conciliação, com o apoio de órgãos como o INCRA, Ouvidoria Agrária, Ministério Público, Comissão

---

<sup>16</sup>Ministério da Justiça. *Casos Emblemáticos e Experiências de Mediação: Análise para uma Cultura de Soluções Alternativas de Conflitos Fundiários Rurais*. Coord. Prof. Dr. Carlos Frederico Marés e Prof. Dr. Sérgio Sauer.; Antonio Escrivão Filho; Darci Frigo e Fernando Gallardo Vieira Prioste. Brasília: Terra de Direitos, 2014, p. 152.

<sup>17</sup>idem

Estadual de Conflitos Fundiários, até a criação de centros especializados para conciliação e mediação de conflitos fundiários no âmbito do Poder Judiciário (CEJUSC) (CPC, art. 165).

Tal criação pressupõe a capacitação de profissionais de diversas áreas, tais como assistentes sociais, psicólogos, líderes de movimentos sociais, dentre outros, que possam compreender a complexidade estrutural do conflito, reconhecer suas múltiplas dimensões de sujeitos, agentes e interesses públicos e privados, direitos fundamentais, órgãos e políticas públicas implicadas, tudo isso a fim de tornar mais eficazes as técnicas de mediação.

Recentemente, em 2019, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em um pioneirismo digno de aplausos, criou a Comissão de Conflitos Fundiários, composta por três desembargadores e três juízes de direito, com o objetivo de evitar o uso de força pública no cumprimento de mandados de reintegração/desocupação e minimizar os efeitos prejudiciais das desocupações, mormente no que diz respeito à violação de direitos das pessoas com vulnerabilidade social reconhecida.

Para tanto, a Comissão atua na busca de solução para esses conflitos por meio de técnicas de mediação com as partes envolvidas, destacando-se dentre as suas atividades as visitas técnicas às ocupações e a intensa interlocução com as partes, órgãos de Estado e os movimentos sociais.

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) Fundiários, cuja finalidade é a realização de audiências de mediação ou conciliação em ações que envolvem conflitos em que litigam grupos de pessoas vulneráveis, com ou sem liderança organizada, cuja ocupação de área urbana ou rural é causadora de relevante impacto ambiental, social, urbanístico, e econômico.

Com base nas ponderações contidas em nota técnica emitida pela referida Comissão<sup>18</sup>, esta sugere a adoção, pelo Poder Judiciário, de diversas medidas a fim de garantir a dignidade humana dos ocupantes da terra, voltados a minimizar o impacto social do eventual cumprimento de ordens de desocupação, ressaltando, inclusive, que em alguns casos, há completa impossibilidade de cumprimento das ordens judiciais, de forma que cabe ao judiciário converter a medida em perdas e danos:

Em determinados casos e diante da consolidação da ocupação, o cumprimento da ordem judicial de reintegração de posse, muito embora contemple o interesse da parte autora, se dará mediante o sacrifício de outros direitos e às custas de graves danos às muitas famílias que há anos, por vezes décadas, construíram suas vidas na área. Conclui-se, assim, pela completa inviabilidade da reintegração e pela prevalência do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana. Impossibilitada a execução específica de eventual ordem de reintegração, ao magistrado cumpre lançar

---

18TJPR. Nota Técnica 01/2022 da Comissão de Conflitos Fundiários do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: [https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica\\_Agraria/NOTA\\_TECNICA\\_-\\_CCF.pdf](https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/NOTA_TECNICA_-_CCF.pdf). Acesso em 15.11.2022.

mão de tutela alternativa e materialmente possível, no caso as perdas e danos (art. 499, do CPC). Além disso, em qualquer fase processual é possível averiguar a possibilidade de desapropriação, aquisição da área pelo Estado ou pelo Município onde ela se localiza - com a manutenção dos ocupantes no local e posterior regularização fundiária -, aquisição da área, loteada ou não, pelos próprios ocupantes, doação de parte ou da integralidade da área pelo proprietário, entre outras saídas.

Aqui está o ponto central do presente estudo: A luta da classe trabalhadora rural, parafraseando Marx, encontra um terreno fértil para resolução do problema intensa judicialização das políticas públicas de reforma agrária, em uma tendência de cumprimento ao ideal de justiça distributiva.

Com a transformação das ordens de desapropriação em perdas e danos aos proprietários rurais, em casos onde se visualiza uma afronta humanitária aos direitos fundamentais e sociais dos que estão ali alojados, poderia se cogitar em uma eficaz consecução da política de reforma agrária por meio do judiciário.

Entretanto, tal cenário ainda resulta instável, pois a medida que pode fulminar o direito de propriedade, tal como construído no sistema capitalista de produção, além de se tratar de uma mera orientação ao poder judiciário paranaense.

### **3.5. A questão da ADPF nº 828/21 e a seus reflexos nos litígios fundiários coletivos rurais.**

A experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na criação de CEJUSCs fundiários para mediação dos conflitos rurais coletivos ganha relevo com a recente determinação do Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, em 31.01.2022, no âmbito de medida cautelar ajuizada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828/21, onde determinou um regime de transição a ser adotado após quase um ano e meio de proibição das desocupações dos imóveis determinada pela Lei nº 14.216/21, que estabeleceu a suspensão de ordens de despejo de imóveis urbanos no contexto da Pandemia Covid-19.

Muito embora a ADPF 828/21 se restrinja aos limites da mencionada lei, que trata apenas dos despejos em imóveis urbanos, o ministro determinou a todos os Tribunais de Justiça que instalem, imediatamente, comissões de conflitos fundiários que sirvam de apoio aos juízes, também no âmbito dos conflitos fundiários coletivos rurais.

Segundo o ministro, o Tribunal de Justiça do Paraná desenvolveu um modelo bem sucedido de comissão, que deve ser exemplo para outros tribunais. Ele destacou que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) poderá atuar como órgão de consultoria e capacitação para essas comissões.

Veja-se, por oportuno, trecho da decisão:

As Comissões de Conflitos Fundiários deverão ser instaladas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, imediatamente, com o objetivo de mediar conflitos fundiários de natureza coletiva, rurais ou



urbanos, de modo a evitar o uso da força pública no cumprimento de mandados de reintegração de posse ou de despejo e (r)estabelecer o diálogo entre as partes. As comissões poderão atuar em qualquer fase do litígio, inclusive antes da instauração do processo judicial ou após o seu trânsito em julgado, para minimizar os efeitos traumáticos das desocupações, notadamente no que diz respeito às pessoas de vulnerabilidade social reconhecida. (...) De acordo com a legislação processual, nos litígios coletivos pela posse de imóveis em que a ocupação tiver se iniciado há mais de um ano, o juiz deverá designar audiência de mediação (art. 565, CPC[12]). Dado o volume de trabalho de magistrados de primeira instância, a mediação deverá ser realizada pelas comissões de conflitos fundiários, constituindo etapa essencial e anterior às desocupações coletivas, inclusive em relação àquelas cujos mandados aguardavam cumprimento (ou se encontravam suspensos em razão da cautelar deferida nesses autos).<sup>19</sup>

Consigne-se que, em 02.11.2022, o Plenário do Supremo Tribunal Federal formou maioria para referendar a decisão do Ministro Luiz Roberto Barroso, para que os tribunais que tratam de casos de reintegração de posse instalem comissões para mediar eventuais despejos antes de qualquer decisão judicial<sup>20</sup>.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A luta da classe trabalhadora rural, parafraseando Marx, encontra na mediação e conciliação um terreno fértil para resolução do problema intensa judicialização das políticas públicas de reforma agrária, em uma tendência de cumprimento ao ideal de justiça distributiva.

Com a criação das Comissões de Resolução de Conflitos Fundiários e dos CEJUSCs, e a intensificação da determinação de audiências de mediação e conciliação com participação dos diversos seguimentos sociais de efetivação da reforma agrária será possível que o litígio fundiário coletivo rural seja resolvido com uma finalidade mais humanística.

As pesquisas documentais e bibliográficas realizadas demonstram que as técnicas de mediação e conciliação resultam positivas em diversos aspectos, tanto para evitar situações de violências nas desocupações judiciais, tanto para abrir um cenário propício à manutenção das famílias e comunidades nas terras litigiosas.

A sugestão de transformação das ordens de desapropriação em perdas e danos aos proprietários rurais, constante na Nota Técnica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cujo

---

19STF. BARROSO, Luiz Roberto. Decisão Judicial na Medida Cautelar na ADPF nº 828/21. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ComissesADPF828.pdf>, acesso em 15.11.2022.

20STF forma maioria para referendar transição da retomada de desocupações. Sítio da Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-02/stf-forma-maioria-transicao-retomada-desocupacoes>. Acesso em 15.11.2022.



modelo foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal como direcionamento para atuação dos demais Tribunais sigam, torna possível a efetivação da política de reforma agrária por meio do judiciário em casos onde se visualiza uma afronta humanitária aos direitos fundamentais e sociais da coletividade que está alojada nas propriedades em litígio.

Entretanto, tal cenário ainda resulta instável, pois se trata de uma mera orientação de posicionamento judicial, além de ser medida que pode fulminar o conceito de propriedade, tal qual construído no sistema capitalista de produção.

Se a Constituição de 1988 garante o direito do proprietário que cumpre a função social, é certo que não há que se falar no afastamento das regras ordinárias de análise da posse e propriedade. Referida instigação, contudo, deve ser analisada em cada caso concreto, com base nos elementos probatórios existentes e na aferição da justiça material comutativa, de dar o direito a quem deve ser dado, de acordo com a lei posta.

Tal conclusão não configura uma contradição; pelo contrário, demonstra que o ideal de justiça distributiva deve sim ser efetivado pelo Poder Judiciário, mas dentro dos limites do ordenamento jurídico, tendo como vetor a hierarquia das normas, com supremacia das disposições constitucionais (direito de propriedade, função social da propriedade, valorização do trabalho humano e política de reforma agrária) às infraconstitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MoraisME\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf), acesso em 15.11.2022.

BRASIL. Lei nº 14.216, de 07 de outubro de 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Lei/L14216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14216.htm). Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Planalto. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15.11.2022.

BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: out. 2022.

CALMON DE PASSOS, J.J. *O problema do Acesso à justiça no Brasil*. Revista de Processo, nº 39, julho-setembro de 1985, p. 84 apud CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: EDUFMT, 2002.

FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*, apud MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. *O Conceito de Justiça Distributiva no Estado Democrático de Direito*. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MoraisME\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoraisME_1.pdf), acesso em 15.11.2022.

GONÇALVES, Ricardo Junior de Assis Fernandes. INÁCIO, Hiálida Fernandes. Questão Agrária e Cartografia dos Assentamentos Rurais no Oeste Goiano, Goiás. Disponível em <https://revista.ueg.br/index.php/sapiencia/article/view/8200/5742#>., acesso em 15.11.2022.

JIMENEZ, Susana Vasconcelos. RABELO, Jackline. *Trabalho, Educação e Luta de Classes*. a pesquisa em defesa da história. Brasil Tropical, 2004, ISBN 9788586278.

*Justiça Multiportas: você conhece as diferenças entre as formas de solucionar conflitos?* Sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2022.. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/66577#.Y3RDS8vMLIV>. Acesso em: 15.11.2022.

LOSURDO. Domenico Boitempo. *A luta de Classes. Uma história política e Filosófica*. Editorial, 2015, ISBN 9788575594551.

Ministério da Justiça. *Casos Emblemáticos e Experiências de Mediação: Análise para uma Cultura de Soluções Alternativas de Conflitos Fundiários Rurais*. Coord. Prof. Dr. Carlos Frederico Marés e Prof; Dr. Sérgio Sauer.; Antonio Escrivão Filho; Darci Frigo e Fernando Gallardo Vieira Prioste. Brasília: Terra de Direitos, 2014.

RALWS, John. *Justicia Distributiva*. Estudios Públicos. Santiago, n. 24, 1986.

TJPR. *Nota Técnica 01/2022 da Comissão de Conflitos Fundiários do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Disponível em: [https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica\\_Agraria/NOTA\\_TECNICA\\_-\\_CCF.pdf](https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/NOTA_TECNICA_-_CCF.pdf). Acesso em 15.11.2022.

TUCKER, R. *Filosofia e mito em Karl Marx*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963, p. 22.

## PSICOPATIA E O DIREITO

**RENATA DE ARAUJO SENA:**

Graduando do Curso de Direito  
do Centro Universitário  
FAMETRO.

**RESUMO:** Este artigo considera se psicopatas devem ser responsabilizados criminalmente. Depois de descrever a lei positiva da responsabilidade criminal em geral e como ela se aplica aos psicopatas, sugere que os psicopatas carecem de racionalidade moral e que os psicopatas graves devem ser isentos de crimes que violam os direitos morais de terceiros. Desta forma, este artigo tem por objetivo geral analisar onde indivíduos diagnosticados com um transtorno tão sério devem ser acondicionados, além de estabelecer de que modo será aplicado as penas para os devidos delitos realizados por sujeitos que possuem esse transtorno, e qual o regulamento vigente será aplicado para os mesmos, além de especificamente definir quanto à legislação, questiona a postura do Estado Democrático de Direito mediante essas condutas praticadas por Psicopatas; identificar o que diz o direito penal sobre a punibilidade ou não de psicopatas; e, verificar as condicionalidades e especificidades da psicopatia na legislação penal brasileira. A metodologia levou em consideração a pesquisa bibliográfica descritiva qualitativa. Assim as formas alternativas de controle social para psicopatas perigosos, como o compromisso civil involuntário, são consideradas, e as potenciais implicações legais do futuro entendimento científico da psicopatia são abordadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Psicopatia. Responsabilidade legal. Responsabilidade criminal. Transtorno de personalidade antisocial. Racionalidade/Coerção

### 1 INTRODUÇÃO

A psicopatia é um transtorno caracterizado por anormalidades emocionais, como falta de empatia, consciência e preocupação com os outros, e por anormalidades de conduta, como comportamento antissocial repetitivo. Estima-se que 25% dos condenados que cumprem penas de prisão sofrem de psicopatia, que é um fator de risco substancial para o crime. A resposta da lei aos criminosos psicopatas é, portanto, uma importante questão de política moral e prática. Em particular, deve a lei responsabilizar os psicopatas pelos crimes? Em caso afirmativo, como a psicopatia deve ser levada em consideração na sentença? Se não, existem meios alternativos sensatos para lidar com os danos potenciais que a psicopatia produz? Este artigo começa considerando a atual teoria positiva da responsabilidade do direito penal. Demonstra que a capacidade de racionalidade e a ausência de coerção são os dois critérios de responsabilidade mais genéricos e que a falta de capacidade racional e de coerção são as duas condições de desculpa mais genéricas.

Em seguida, volta-se para a atual resposta da lei criminal aos psicopatas, que é responsabilizar o psicopata inteiramente pelo crime e não estar sujeito à prisão civil involuntária. Em seguida, oferece uma explicação normativa alternativa que isentaria os psicopatas da responsabilidade criminal por crimes que também são violações dos direitos morais de terceiros. O artigo, então, considera mecanismos alternativos de controle social, caso alguns psicopatas devam ser desculpados por conduta criminosa. Finalmente,

A psicopatia deve ser distinguida do Transtorno de Personalidade Antissocial (APD), que, ao contrário da psicopatia, é uma categoria diagnóstica incluída no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da Organização Mundial de Saúde – OMS seguindo os preceitos da Associação Americana de Psiquiatria, 4ª Revisão do Texto-Ed [DSM-IV- TR]. Todos, exceto um dos critérios para APD são antissociais repetitivos comportamentos, e o único critério psicológico, a falta de remorso, não é necessário para fazer o diagnóstico.

Cerca de 40–60% dos presos têm APD e há uma sobreposição substancial com psicopatia. Apesar da inclusão do DPA no DSM-IV, há grande controvérsia sobre se, conforme definido, ele deve ser considerado um transtorno mental. Os psicopatas, em contraste, carecem de atributos psicológicos que parecem centrais para uma vida bem-sucedida e cooperativa.

Este artigo assume que os criminosos com APD são responsáveis porque o APD não é inconsistente com os critérios de responsabilidade atuais ou normativamente defensáveis. A psicopatia será, portanto, o foco do artigo. Desta forma, este artigo tem por objetivo geral analisar onde indivíduos diagnosticados com um transtorno tão sério devem ser acondicionados, além de estabelecer de que modo será aplicado as penas para os devidos delitos realizados por sujeitos que possuem esse transtorno, e qual o regulamento vigente será aplicado para os mesmos, além de especificamente definir quanto à legislação, questiona a postura do Estado Democrático de Direito mediante essas condutas praticadas por Psicopatas; identificar o que diz o direito penal sobre a punibilidade ou não de psicopatas; e, verificar as condicionalidades e especificidades da psicopatia na legislação penal brasileira. A metodologia levou em consideração a pesquisa bibliográfica descritiva qualitativa. Assim as formas alternativas de controle social para psicopatas perigosos, como o compromisso civil involuntário, são consideradas, e as potenciais implicações legais do futuro entendimento científico da psicopatia são abordadas.

## **2 PSICOPATIA E RESPONSABILIDADE CRIMINAL**

O problema da imputabilidade, ou da capacidade de culpa, tem a ver com o destinatário das regras. Kaufmann (1977, p. 161) afirmou:

Se os imperativos dirigem-se à totalidade dos sujeitos do ordenamento jurídico, estariam dirigidos também aos incapazes e incontestáveis, assim como aos bebês, aos que dormem, aos loucos e aos bêbados. Isso seria simplesmente impossível.

A norma é a forma ideal de obrigação dos seres humanos. Seu objeto é uma ação final. Como forma ideal, a norma só pode ser abstrata, separada de cada indivíduo particular e dos atos concretos (BARATTA, 2012).

Dirige-se a todos aqueles que, em qualquer momento ou lugar, se considerem como sujeitos do ato ou como participantes do mesmo e a quem ela proíbe ou ordena algo. Pelo menos teoricamente todos são destinatários de todas as regras (SILVA, 2008).

A chave do problema aparece, ou seja, a capacidade de culpa, no passo seguinte da argumentação: o importante não é tanto a quem se dirige a norma, mas quem, no caso individual, é obrigado a responder. Ou em outras palavras: a concretização do dever abstrato do âmbito do destinatário, portanto da norma, é dever de determinado destinatário individual. Esse dever do sujeito, em quem se especifica a norma, exige certas condições (RUSSO, 2017).

O indivíduo estaria em condições de realizar o ato proibido em determinada situação, ou seja, que esse indivíduo tenha - dependendo da situação específica - disposição dos pressupostos psíquicos e físicos para realizar o ato proibido. Em suma, a norma se especifica em quem é capaz de ação (BARROS, 2019).

Declarado nos termos de Kaufmann (1977), surge como critério para determinar a culpa, aquele pelo qual o sujeito pode compreender o caráter injusto ou ilegal de sua ação e agir de acordo com esse entendimento. Ou seja, é nesta segunda fase da culpa, que a pessoa que se comportou de forma ilícita será culpada, ainda que possa ser determinada ou motivada de acordo com a lei, ou com a norma.

Assim, pode-se dizer que a capacidade de ser determinada pelo dever jurídico de ação, nos termos da lei, é o denominador comum que está subjacente por trás da moderna teoria da culpa. Isso pode ser subdividido em duas questões: 1) Capacidade de agir de acordo com o dever legal, com base na motivação que o dever exige. (No caso específico, a capacidade de compreensão do dever jurídico e a possibilidade de determinar a vontade de acordo com o dever compreendido; 2) Essa capacidade de motivação, segundo a norma, é decisiva para poder censurar o sujeito que agiu ilegalmente (BATISTA, 2007).

Desse modo, a incapacidade de culpa acabará excluindo a possibilidade de compreensão da ilegalidade, ou a capacidade de se conduzir de acordo com o reconhecimento da norma. Isto implica que tanto a defesa do artigo 26, do Código Penal (CP), como o erro de proibição são espécies do mesmo elemento, que é a inabilidade de ser motivado por dever e obrigação legais (PINHEIRO e MACIEL, 2013).

O artigo 26, do CP, como a doutrina e o sistema judiciário têm demonstrado, traz uma fórmula mista que “dispõe sobre as causas psicopatológicas” e as consequências psicológicas que devem ter causado, mas valorizadas pelo juiz na medida em que pudessem privar o sujeito da compreensão da criminalidade ou da possibilidade de direcionar suas ações de acordo com esse entendimento psicológico, mas é basicamente um conceito normativo, de modo que é uma forma de imputação ou atribuição (PINHEIRO e MACIEL, 2013).

## **2.1 A favor da imputabilidade do psicopata**

Dentro do amplo cenário das doenças mentais, surgem as psicopatias, sobre as quais a ciência médica - e a psiquiatria forense, por sua vez - tem discutido longamente. A questão é se eles constituem verdadeiras doenças mentais nos termos do artigo 25 do CP e torne-se criminoso e se eles podem levar à imputabilidade. A teoria clássica estipula: “As personalidades anormais representam, em suma, variedades do ser humano, mas não primeiros graus de doença mental ou formas intermediárias entre ela e a saúde” (PENTEADO, 2014, p. 33).

De acordo com a ciência médica tradicional, certos sujeitos, sem serem doentes mentais, têm anormalidades de personalidade. Dentro do grupo das personalidades anormais encontram-se aquelas que, se por suas características, sofrem ou causam sofrimento, passam a fazer parte do subgrupo das psicopatias (LEAL, 2008; BUSNELLO, 2015).

Kurt Schneider desenvolveu uma tipologia na qual descreve dez tipos de psicopatas, a saber: depressivos, frios, astênicos, com necessidade de estima, fanáticos, inseguros, instáveis de humor, explosivos, hipertímidos e abolidos. Dentro dos dez tipos de psicopatas que Kurt Schneider descreve, pode-se ver que os nove tipos listados em primeiro lugar são predominantemente afetivos. O último tipo da lista - psicopatia abúlica - baseia-se principalmente na falta de vigor da vontade (CAPEZ, 2014).

Estar-se conversando de anormalidades psíquicas com um ingrediente constitucional (derivado de uma norma) que levará à construção (através do ingrediente ambiental) de personalidades psicopáticas. Não se está falando sobre alterações mentais derivadas de doenças (CORDEIRO, 2003).

Com base nos princípios de Kurt Schneider, pode-se fazer uma breve descrição dos 10 tipos os onze tipos de personalidades psicopáticas, segundo Hare (2013, p. 133-134):

- a) O psicopata deprimido expressa um tom emocional desagradável. Ele é um resmungão permanente, um temperamental sem descanso, pessimista. Ele sempre vê o lado negativo das coisas;
- b) O psicopata de mente fria, insensível aos outros, torna-se um transgressor, egoísta, manipulador frio das pessoas. É o típico sociopático que faz a sociedade sofrer;
- c) O psicopata astênico, com sensação contínua de falta de vigor, cansaço fácil, acovarda-se diante de todos os esforços que deve enfrentar, com facilidade para manifestações hipocondríacas, sofrimento permanente de climas um tanto adversos, queixando-se de calor ou. Leva uma vida de sofrimento;
- d) O estimado psicopata se distingue por seu desejo inesgotável de receber demonstrações de afeto, consideração, afeto. Seu desejo é tão intenso que nada pode satisfazê-lo. Histriônico, marcante, teatral, sempre chamando a atenção e fingindo ser o centro das atenções, e que ao sentir a impossibilidade de receber a quantidade ilimitada de carinho que precisa, se sente frustrado e sofre;
- e) O psicopata inseguro, com sua sensação permanente de pouco ou nada, sua falta de autoestima, suas dúvidas para decidir, sua timidez e sua propensão a fobias ou obsessões leva uma vida torturante;
- f) O psicopata sem humor, com sua instabilidade emocional, sua Biografias frequentes e irracionais, que ir e vir ao longo da vida sem se estabelecer, sem se equilibrar emocionalmente, leva a uma existência marcada pela frustração e pelo próprio sofrimento;
- g) O psicopata fanático, de ferro, rígido, apaixonado ou inabalável por causa da sua insônia deixa tudo para ela, sacrifica tudo e todos pela sua única razão de viver, sem permitir que nada a separe do caminho que foi traçado,



independentemente do sofrimento que cause aos outros; h) O psicopata hipertímico, sanguíneo, de entusiasmo permanente, é um empresário acelerado. Hiperativo e Superficial, ele peca de pouca previsão, deixando-se levar pela excitação. Com otimismo insubstancial, ele passa pela vida com fracassos frequentes. Imediatamente após uma queda, ele se justifica, culpa a falta de sorte ou os imponderáveis, e rapidamente deslumbra com outro projeto mágico que culminará em um novo revés. Tornando-se ciente de seus eventos cai, sofre; i) O psicopata explosivo, com suas explosões emocionais permanentes e reações excessivas, sempre no limite, independente da magnitude do estímulo, irascíveis, sem amortecedores; j) O psicopata abutal que pode apresentar dois modos de vontade. Aquele que é guiado por motivos racionais, que é motivado, pesando alternativas antes de agir. Ambas as modalidades coexistem em indivíduos normais. Na prática, o psicopata apático mostra uma acentuada deflação de desejo. Ele não é muito empreendedor, sempre procura uma desculpa para não iniciar uma tarefa, e se começar, o fará com muito pouco entusiasmo, abandonando-a na primeira vez que surgir. Com raciocínio longo e bem fundamentado, com ar de conhecedor experiente, ele explica sua filosofia de que é inútil tentar fazer. Ele é aquele boêmio de outros tempos, com seu jeito de viver faz sofrer quem quer morar com ele.

Até agora as classes de psicopatas: nenhum deles apresenta doença mental básica ou se conforma com tal, segundo Schneider. Segundo a teoria clássica, as psicopatias são condições psicopatológicas que não implicam na incapacidade de saber a diferença entre o que é certo e o que é errado (HARE, 2013).

Os psicopatas, se não tiverem nenhum outro distúrbio mental adicional, são perspicazes. O fato de haver neles a facilidade de se deixar levar por suas próprias inclinações não remove a responsabilidade. A conformação psicopática não significa em nenhum caso um impedimento para compreender a natureza de um ato ou para administrar o próprio comportamento de forma autônoma (GRECO, 2011).

Obviamente, pode-se admitir, em casos muito especiais, a dúvida sobre a capacidade real. Mas essa dúvida viria das circunstâncias, do ambiente, das pressões que poderiam ser submetidas e das certas possibilidades que o sujeito teve de resistir ou não ao ataque de fora. E isso pode acontecer com qualquer sujeito, não apenas um psicopata (GONÇALVES, s/d)

Os psicopatas se situam nos graus mais baixos das classificações psiquiátricas, ocupando o longo e impreciso território que separa os doentes mentais dos normais: ou seja, não estão doentes mas não são saudáveis, ou o são, dependendo das circunstâncias, ambos ao mesmo tempo ou sucessivamente. Eles apresentam: Homogeneidade Individual; Heterogeneidade social tipológica; Perturbação social; e Insanidade sem distúrbios intelectuais (moral perversa) (BARATTA, 2012).

Personalidades psicopáticas não são doenças. A diferença entre doença e psicopatia reside em dois pontos fundamentais: Os psicopatas não reconhecem a existência de um processo,



entendendo-o como uma série de novos eventos que ocorrem no cérebro e que modificam as leis que regem o pensamento; O processo é externalizado por meio de um registro sintomático; tem sintomas, não psicopatia (BARROS, 2019).

E de acordo com Schneider, não existem doenças, exceto no corpo. As personalidades psicopatas adquirem o tipo de distúrbios comportamentais graves que, sem deficiência intelectual, estão associados a desordens profundas das esferas afetiva e volitiva (SILVA, 2008).

Esses defeitos estruturais da personalidade denunciam a falta de amadurecimento dos fatores constitucionais que anulam ou diminuem a capacidade de adaptação social. O ambiente pode moldar as tendências nucleares do psicopata. No direito penal culpa-se a doença criminosa, nos psicopatas culpa-se a personalidade: Declara-se o primeiro imputável, o segundo imputável. O psicopata comete crimes com sua personalidade, o psicótico com sua doença (RUSSO, 2017).

Segundo a teoria da doença mental, não haveria grandes obstáculos doutrinários para classificar uma personalidade psicopática como mórbida, mas apenas quando o diagnóstico de uma causalidade orgânica bem demonstrada apareça no palco: encefalite, lesões cerebrais, tumores, etc. aterosclerose, e assim por diante. Mantém no critério empírico, apenas casos graves, muito graves de psicopatia devem ser comparados com doença mental. Assim haveria três possibilidades de como categorizar o psicopata: a) Ele é considerado culpado e recompensado com uma sentença de liberdade privativa; b) Ele foi declarado incontestável e por causa de sua periculosidade, ele foi admitido por tempo indefinido ao abrigo de uma medida de segurança curativa; e, c) Ele está sujeito a um regime de redução da responsabilização refere aos dependentes químicos ao combinar a medida de segurança com a pena (BATISTA, 2007).

Nesse caso, o juiz imporá, além da pena, medida de segurança curativa e a medida de segurança seria executada previamente, calculando-se a duração da mesma para cumprir a pena. É claro que para o direito não há condição psiquiátrica que implique antecipadamente e per se imputabilidade, nem que um distúrbio psicológico desvinculado de toda causalidade patológica se constitua exclusivo com base nesse estado (BUSNELLO, 2015).

A psiquiatria forense, seguindo as diretrizes da escola "alienista", identifica o conceito de alienação com o de "alteração mórbida e insuficiência das faculdades". Isso cria o problema de estabelecer se, segundo a lei, as doenças mentais que carecem do título de alienação são capazes de criar situações de imputabilidade, ou, pelo contrário, onde o artigo 26 do CP se aplica (PINHEIRO e MACIEL, 2013; . CAPEZ, 2014).

## **2.2 Confinamento civil preventivo**

O Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou uma forma especial de compromisso civil relacionado à justiça criminal para os chamados predadores sexualmente violentos mentalmente anormais desde a década de 1970. Os critérios para tais compromissos são: 1) acusação ou condenação criminal; 2) uma anormalidade mental; 3) periculosidade prevista; e, 4) dificuldade "séria" de se controlar (PENTEADO, 2014).

Este tipo de compromisso é diferente do compromisso civil involuntário tradicional porque requer pelo menos uma acusação de comportamento criminoso, ao passo que o compromisso tradicional pode ser desencadeado simplesmente por uma ameaça de comportamento perigoso (LEAL, 2008).

O STF manteve tais compromissos mesmo quando eles são impostos após o cumprimento de uma pena de prisão exatamente pelo mesmo tipo de comportamento que agora justifica o compromisso involuntário (HARE, 2013).

Embora o padrão de responsabilidade nos sistemas de justiça criminal e de internação involuntária não precise ser o mesmo, essas formas de compromisso têm recebido críticas acirradas porque a racionalidade suficiente para a culpa e punição criminal deve ser suficiente para evitar o cometimento civil involuntário. No entanto, esse tipo de compromisso é constitucional e sua aplicação potencial a psicopatas deve ser considerada (GRECO, 2011).

Embora a psicopatia não seja considerada uma anormalidade legalmente suficiente para sustentar o comprometimento involuntário tradicional, seria suficiente sustentar esse tipo de comprometimento se o psicopata fosse perigoso e tivesse dificuldade “séria” de se controlar (CORDEIRO, 2003).

O STF deixou claro que o estado não está vinculado em seus critérios legais por definições psiquiátricas ou psicológicas de transtorno mental. Pode definir a anormalidade mental de qualquer maneira que seja minimamente racional. Além disso, a psicopatia é uma anormalidade reconhecida, apesar de sua atual exclusão do DSM-IV-TR. Além disso, a psicopatia é um fator de risco proeminente para comportamento violento futuro e seria uma variável incluída racionalmente em uma avaliação de previsão de violência (GONÇALVES, s/d)

Assim psicopatas graves deveriam ser isentos da responsabilidade criminal por motivos cognitivos ou cognitivo-afetivos. Isso satisfaria a justificativa da doença para o confinamento civil e distinguiria os psicopatas de predadores sexuais considerados criminosos. Mas o STF impôs um requisito de não responsabilidade com base na doença de séria dificuldade de controlar o comportamento de alguém, o que não parece ser um critério cognitivo ou cognitivo-afetivo (BARATTA, 2012).

Uma jurisdição quase certamente poderia adotar constitucionalmente um teste afetivo-cognitivo para esse tipo de compromisso em vez de um teste de controle, mas a decisão do Tribunal a respeito do controle requer atenção (BARROS, 2019).

Como sugerido acima, os testes de controle são notoriamente difíceis de conceituar e medir as dificuldades de controle de forma independente é quase impossível (BATISTA, 2007).

No entanto, os testes de controle podem, em última análise, ser assimilados aos testes cognitivos, porque a razão pela qual as pessoas têm dificuldade de se controlar é que não podem ter bons motivos para guiar seu comportamento. Nos casos de pessoas com distúrbios de controle de impulsos, para filias (distúrbios marcados por desejos sexuais anormais que causam sofrimento) e semelhantes, não há racionalidade geral na imparidade. Em vez disso, eles têm dificuldade de

acessar um bom motivo quando estão no auge do desejo ou anseio. Em contraste, os psicopatas não têm tais desejos supostamente “opressores”, mas quando querem violar os direitos dos outros, eles não têm a capacidade de acessar as melhores razões - consciência e empatia - para não fazê-lo (SILVA, 2008).

Conseqüentemente, eles são incapazes de controlar seu comportamento porque não podem guiá-lo pela razão. Em suma, o critério de controle não excluiria os psicopatas dessa forma de compromisso. Este tipo de compromisso especial evitaria alguns dos problemas mais inquietantes associados ao compromisso civil involuntário geral (CAPEZ, 2014).

O comprometimento involuntário tradicional generalizado de psicopatas pode levantar vários problemas de liberdade civil. Embora a psicopatia seja um forte fator de risco para a violência, a conduta violenta grave ainda é um evento infrequente nesta população e haveria um número substancial de compromissos desnecessários com base em previsões de falsos positivos (RUSSO, 2017).

O melhor preditor de comportamento futuro é o comportamento passado, entretanto, e vincular o compromisso quase criminal a uma acusação ou condenação por crime grave reduziria o risco de falsos positivos. Esta forma de compromisso seria justificada para psicopatas graves e proporcionaria uma alternativa à resolução da justiça criminal (CORDEIRO, 2003).

### **2.3 Ciência, psicopatia e direito**

Os avanços científicos em neurociência, psicologia e outras disciplinas podem muito bem mudar a resposta legal justificável aos psicopatas porque podem alterar nossa visão das capacidades dos psicopatas e podem contribuir para uma maior previsibilidade de comportamento futuro (PINHEIRO e MACIEL, 2013).

Antes de considerar essas possibilidades, no entanto, primeiro observe um ponto metodológico. A psicopatia é definida comportamental por deficiências cognitivas e emocionais e conduta antissocial persistente (GONÇALVES, s/d)

Qualquer coisa além do que aprendermos sobre a genética, neurobiologia ou psicologia dos psicopatas depende de nossa habilidade de já identificar psicopatas com segurança. Se não se pode ter certeza de que a população objeto de um estudo são psicopatas, não podemos saber se as descobertas genéticas, neurobiológicas ou psicológicas são realmente sobre psicopatia. Bem, é claro que várias descobertas podem nos fazer repensar os critérios diagnósticos comportamentais (PENTEADO, 2014).

Por exemplo, se psicopatas comportamentais semelhantes têm neurobiologia ou genética amplamente diferentes, isso pode lançar dúvidas sobre se há um transtorno unitário em vez de transtornos discretos com uma apresentação semelhante. Isso seria especialmente verdadeiro se houvesse diferenças de prognóstico ou de tratamento entre os dois grupos. Mas fazer qualquer progresso depende, no início, do estudo de uma população identificada de maneira confiável. Seja

o que for que a investigação científica venha a revelar, para os fins da lei, o comportamento do agente será a pedra de toque da responsabilidade porque todos os critérios de responsabilidade são comportamentais (GRECO, 2011; BUSNELLO, 2015)..

Se o réu for comportamentalmente racional, ele será considerado responsável, não importa o que sua varredura cerebral possa indicar. E vice versa. As ações falam mais alto que as imagens. É possível, entretanto, que futuras descobertas possam persuadir os legisladores de que os psicopatas devem continuar a ser responsabilizados ou o contrário, dependendo do que aprendermos (GRECO, 2011).

Por exemplo, se a visão ampla da irracionalidade psicopática fosse apoiada por estudos adicionais, um caso para desculpas seria reforçado. Além disso, se a psicopatia fosse considerada uma base legalmente suficiente para uma defesa contra a insanidade, então novas técnicas científicas poderiam nos ajudar a diagnosticar a psicopatia com mais precisão, especialmente nos casos em que a evidência comportamental não é totalmente clara (HARE, 2013).

Novas técnicas também podem nos ajudar a prever comportamentos perigosos futuros com muito mais precisão do que fazemos hoje. Se alguns psicopatas fossem dispensados ou se estivessem sujeitos ao confinamento civil involuntário, isso representaria um grande avanço tanto na justiça para o psicopata quanto na capacidade de proteger a sociedade deles em casos apropriados (LEAL, 2008).

Finalmente, como mencionado acima, se tratamentos bem-sucedidos para psicopatia fossem descobertos, isso poderia resolver muitas das preocupações das libertárias civis que o comprometimento involuntário em larga escala representaria (HARE, 20013).

## **2.4 A posição que sustenta a inimputabilidade do psicopata**

Como ponto de partida a doutrina diz que necessário indicar qual é o conceito de culpa do partido. Nesse sentido, a culpa deve ser entendida como uma censura ao autor, julgando-o com base em sua capacidade de julgamento e direção no momento do ato. O autor é acusado de conduta ilícita quando poderia ter se absterido de fazê-lo. A possibilidade concreta de agir de outra forma constitui, então, a base da culpa de acordo com esta concepção. E uma vez que a culpa constitui o fundamento e o limite da pena, é necessário estabelecer, por sua vez, qual é a teoria em que se baseia para determinar o “fim” da pena. Nesse sentido, entendo que a pena é essencialmente retributiva (NUCCI, 2016).

Assim, a pena não tem fim, mas é imposta exclusivamente em resposta ao ato cometido pelo autor do crime. É um verdadeiro reflexo da culpa e do conteúdo do que é injusto. Esta posição é a mais adequada por dois motivos, segundo Casoy (2004)

a) Em primeiro lugar, parte de uma base ética louvável, pois respeita o princípio da “dignidade” da pessoa humana. Dessa forma, não considera o homem um mero instrumento para alcançar fins preventivos, mas parte da concepção do homem como um ser livre e responsável. Quem comete um crime recebe justa pena com base no que fez, sem intenção de obter outros fins (preventivo) (CASOY, 2004).

b) Por outro lado, estabelece-se um limite claro ao poder punitivo do Estado, uma vez que a pena deve ser proporcional à gravidade do crime, sem poder impor pena mais grave por motivos de prevenção. Como aponta Cerezo Mir, "se a pena ultrapassar a gravidade do crime, em virtude dos requisitos gerais de prevenção, o infrator está Diz-se também que quem se comportou de forma ilícita é culpado, ainda que tal possa ser determinado ou motivado de acordo com a lei e com a norma. Desse modo, a ação ilícita será repreensível para o autor quando este pôde ser determinado pela norma e teve o dever legal de não praticar a ação; a omissão, por outro lado, será culpada quando o perpetrador que não agir pudesse ser motivado pelo dever legal à ação imposta usado como meio ou instrumento para a manutenção da ordem social. Isso implica um desconhecimento de sua dignidade humana

Como segunda questão, é necessário fazer uma breve referência ao artigo 26 do CP. Nesse sentido, o CP dota um sistema misto em matéria de capacidade de culpa, de forma que a lei enumera exaustivamente as causas da deterioração espiritual, mas as atribui importância apenas na medida em que excluem a capacidade de compreensão e compreensão (MORAES, 2018).

Portanto, é necessária a concordância de duas premissas: um orçamento biológico ou médico, por um lado, e um orçamento legal ou psicológico, por outro lado. Quanto ao pressuposto biológico, é necessário verificar a ocorrência de um estado de inconsciência, de insuficiência das faculdades mentais ou alterações mórbidas das mesmas; enquanto o orçamento legal exige que tais circunstâncias tenham impedido o autor de compreender a criminalidade de seus atos ou de direcionar suas ações em conformidade (MECLER, 2014).

A psiquiatria tradicional - partindo de Schneider - só considerava os distúrbios graves da razão como doenças mentais, excluindo assim as personalidades do conceito de "doença" (KERNBERG, 2015).

Desse modo, independentemente da natureza, extensão e gravidade da anormalidade psíquica, negou-se o caráter patológico das psicopatias, levando-se em consideração que não há menos nos psicopatas nas funções intelectuais, mas consistem mais bem em alterações do estado mental. - vida emocional (na esfera de sentimentos, instintos e desejos) e em que não há substrato orgânico patológico verificável (CASOY, 2004).

Porém, na psiquiatria moderna, aquelas antigas concepções que limitavam o conceito de doença apenas aos defeitos de inteligência ou vontade, excluindo o afetivo, foram superadas, uma vez que se pressupõe que tais aspectos da personalidade não podem ser concebidos como isolados ou elementos independentes (CASTRO, 2013).

Em outras palavras, o emocional ou afetivo não pode ser separado do intelectual, uma vez que a afetividade tem relações muito próximas com todas as outras funções psíquicas e, principalmente, com a ação voluntária cujos motivos estão impregnados de fatores emocionais (JÚNIOR, 2015).



Nesse sentido, as velhas teorias que partem de uma concepção dualista do homem dividido em corpo e psique devem ser substituídas por uma concepção do homem - e principalmente de seu comportamento - como uma unidade que possui várias formas de expressão (JÚNIOR, 2015).

Com isso Schneider argumentou que "só existem doenças no corpo ... os fenômenos psíquicos são patológicos apenas quando sua existência é condicionada por alterações patológicas do corpo", acrescentando que "não há razão justificada para classificar as personalidades como patológicas. anormal (psicopata) (CASTRO, 2013).

### **3 CONCLUSÃO**

Em primeiro lugar, existe o pressuposto biológico ou médico da imputabilidade, na medida em que o conceito de psicopatia pode ser perfeitamente incluído na categoria "alterações mórbidas" a que se refere o artigo 26 do CP. Sobre este ponto, foi dito que a punição é inadequada para o psicopata, porque pelas suas características afetivas não o intimidam e na maioria das vezes a prisão exerce uma influência negativa sobre ele.

Com efeito, por um lado, são insensíveis aos estímulos coercitivos da prisão, por outro, a sua convivência com pessoas semelhantes, com quem aprendem, aumenta sempre a sua capacidade criminosa para o futuro. Sem falar que são o germe de toda indisciplina. Em consequência, ao saírem da prisão, depois de cumprir a pena, cometem crimes repetidamente, porque seu defeito é para sempre e a prisão não melhorou suas chances de convivência social. E o resto de sua vida será um ciclo alternado de confinamentos e saídas.

Isso porque a palavra "alteração mórbida" deve ser entendida em um sentido amplo; Por outro lado, o pressuposto jurídico também está presente, pois mesmo ao afirmar que a capacidade de compreensão está presente no psicopata, este carece de capacidade de liderar;

É claro que, dada a sua condição, não se pode dizer que o psicopata aja livre e responsabilmente ou que haja uma possibilidade concreta de agir de outra forma. Neste ponto você tem que se lembrar;

Desse modo, se a capacidade de culpa estiver ausente, a pena retributiva ficará sem respaldo. Com efeito, a pena imposta ao sujeito parecerá não apenas injusta, mas também ineficaz, uma vez que o objetivo de ressocialização do psicopata nunca poderá ser cumprido. E diante desse cenário, a única alternativa é impor uma medida de segurança.

Em virtude do exposto, é possível sustentar que a atual jurisprudência majoritária, ao afirmar a imputabilidade do psicopata sem proceder a uma análise mais aprofundada e impor uma pena, consequentemente, encontra a ideia de periculosidade como único fundamento do sancionar. Apesar de no desenvolvimento da exposição termos tido que defender posições antagônicas e extremas, é preciso deixar claro qual é a opinião pessoal dos autores sobre o assunto. Nesse sentido, e seguindo a estrutura do artigo 26 do CP, concorda-se que a presunção se cumpra no psicopata.

### **4 REFERÊNCIAS**



ABDALLA FILHO, E.; SOUZA, P. A. de. Bioética, psiquiatria forense e a aplicação da medida de segurança no Brasil. **Revista Bioética** [online], 2009. Disponível em <http://revistabioetica.co.br> Acesso em: 20 de nov de 2022.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARROS, J. **A deficiência da punição dos psicopatas ao sistema penal brasileiro**. Artigo, 2019 Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/31753/a-deficiencia-da-punicao-dos-psicopatas-no-sistema-penal-brasileiro#\\_ftn17](http://jus.com.br/artigos/31753/a-deficiencia-da-punicao-dos-psicopatas-no-sistema-penal-brasileiro#_ftn17). Acesso em: 20 de nov de 2022.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BUSNELLO, C. **Psicopatia**: o poder da manipulação. Revista Jus Navegandi. Publ. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/35483/psicopatia-o-poder-da-manipulacao>. Acesso em: 20 de nov de 2022.

CAIXETA, M.; COSTA, F. C. O. **Psiquiatria Forense**. 1. ed. São Paulo: Livraria Médica Paulista, 2009.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, Volume 1, Parte Geral. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASOY, I. **Serial killer**: louco ou cruel? 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

CASTRO, M. B. de. **A culpabilidade no direito penal brasileiro**. Jus.com.br [online], fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23766/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro/2>>. Acesso em: 20 de nov de 2022.

CORDEIRO, J. C. D. **Psiquiatria forense**: a pessoa como sujeito ético em medicina e direito. Lisboa: Fundação Caloutr's Gulbenkian, 2003. Disponível em: [www.jovensmedicos.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/viewFile/160/165\\_doenca-mental](http://www.jovensmedicos.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/160/165_doenca-mental)>. Acesso em: 20 de nov de 2022.

GONÇALVES, R. **Psicopatia e processos adaptativos á prisão**: da intervenção para a prevenção. Braga: Universidade do Minho. Homicidas\_e\_sua\_Punibilidade\_no\_Atual\_Sistema\_Penal\_Brasileiro- Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5918/Psciopatas>. Acesso em: 20 de nov de 2022.

GRECO, R. **Culpabilidade**. In: \_\_\_\_\_. Curso de Direito Penal: parte geral. 13. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. Cap. 3, p. 371-412. (Curso de Direito Penal, v. 1).

HARE, R. D. **Sem consciência**: o mundo perturbador dos Psicopatas que vivem entre nós. Tradução Dinese Regina de Sales, revisão técnica José G. V. Taborda. Porto Alegre: Artmed, 2013.

KAUFMANN, A. *Die Dogmatik*. São Paulo: Rodrigues Alves, 1977.

JÚNIOR, A. R. **A culpabilidade como fator de delimitação da pena**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6893/1/Antonio%20Roversi%20Junior.pdf>>. Acesso em 20 de nov de 2022.

KERNBERG, O. F. **Agressão nos transtornos de personalidade e nas perversões**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul Ltda., 2015.

LEAL, L. **Psicologia jurídica**: história, ramificações e áreas de atuação. Revista Diversa. Ano I, nº 2, jul – dez 2008.

MECLER, K. **Estudos mostram que pessoas com transtornos mentais cometem menos crimes**. Saúde Plena [online], maio 2014. Disponível em: <<https://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2014/05/15/noticias-saude,192424/estudos-mostram-que-pessoas-com-transtornos-mentais-cometem-menos-crim.shtml>>. Acesso em: 20 de nov de 2022.

MORAES, A. K. de A. **A inimputabilidade penal por doença mental**. DireitoNet [online], ago. 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10772/A-inimputabilidade-penal-por-com>> Acesso e 20 de nov de 2022.

NUCCI, G. S **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PENTEADO, N. S. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PINHEIRO, C.; MACIEL, J. F. R (Coor.) **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUSSO, A. C. **Uma análise de psicopatia e seu enquadramento jurídico-penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 de nov de 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver&seo=1>. Acesso em: 24 de nov de 2022.

SCHECHTER, H. **Serial Killers**: Anatomia do Mal. 1. ed. São Paulo: Darkside, 2013.

SILVA, A. B. B. **Mentes Perigosas**: o psicopata mora ao lado. 1. Ed. – Fontanar, 2008.

WHITBOURNE, S.; HALGIN, R. P. **Psicopatologia**: perspectivas clínicas dos transtornos psicológicos. 7. ed. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda, 2015.

## O CÔNJUGE SOBREVIVENTE E O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

**SARA RAQUEL COELHO CLARINDO:**  
Graduanda do Curso de Direito do Centro  
Universitário FAMETRO.

MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO OIVEIRA DE SOUZA

(orientadora)

**RESUMO:** O direito real de habitação do cônjuge sobrevivente e a restrição temporária dos direitos de propriedade originados na transmissão da herança, em prol da solidariedade familiar, não acarreta diminuição do patrimônio de quem é afetado por ela, nem tampouco o enriquecimento de quem as aproveite, uma vez que a lei brasileira já limita o direito de propriedade de várias formas, a exemplo dos minerais do subsolo que pertencem à União, enquanto o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente foi criado em prol de uma causa nobre, que é o da solidariedade familiar, espelhada no princípio da dignidade humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito real de habitação do cônjuge sobrevivente. Limitação do direito à propriedade. Desmistificando inverdades.

**ABSTRACT:** The surviving spouse's real right to housing and its reflection on the right to property, in the light of the theory of minimum patrimony, which aims to ensure the citizen's rights worthy of the dignity of the human person, including in relation to movable assets that furnish the housing, for through the exercise of the socio-environmental function of the property, with equal treatment of the Real Housing Right in relation to family assets, with the exception of sumptuous adornments and works of art.

**KEYWORDS:** Surviving Spouse. Real Right to Housing.

### 1 - INTRODUÇÃO

O direito real de habitação do cônjuge sobrevivente e seu reflexo no direito à propriedade tem por objetivo garantir um mínimo de patrimônio ao indivíduo como forma de garantir-lhe a sua dignidade, por meio do exercício da função socioambiental da propriedade, mesmo em relação aos bens de família, o que faz muitos herdeiros atualmente questionarem esse direito, já que não podem dispor livremente desses bens, no momento da abertura da sucessão.

Os herdeiros coproprietários dos bens deixados por seus entes queridos, em sua maioria, desconhecem os institutos jurídicos que limitam, ainda que temporariamente, o direito de dispor livremente desses bens, e ao contrário do que muitos pensam, não se trata de ativismo judicial, mas de simples aplicação de leis que foram criadas ao longo de várias décadas, como complementação dos princípios consagrados na Constituição Cidadã de 1988.

Assim, este artigo se propõe a jogar uma luz sobre o tema, no sentido de proporcionar respostas aos herdeiros, ampliando as formulações teóricas a respeito do tema, pela análise da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência, de forma um tanto geral, sem maiores especificidades, considerando que se trata de um trabalho para conclusão de curso de bacharelado em direito, não tendo, *ad exepulum*, a pretensão de formular uma tese de Doutorado.

## **2 - O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, ao contrário do que muitos pensam, constitui apenas uma limitação temporária ao direito de propriedade originados na transmissão da herança ao impor restrições ao seu exercício pleno, porém, tal limitação não acarreta diminuição do patrimônio de quem é afetado por ela ou enriquecimento sem causa de quem as aproveite, mas simples implementação de políticas sociais em prol da solidariedade familiar, com forte regulamentação legal.

Quando da elaboração da Constituição Federal de 1988[2[i]], o legislador constituinte, por força do poder originário, resolveu impor à propriedade privada uma função que até então não existia no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a denominada “função social” da propriedade, sendo este princípio uma espécie de orientação para o legislador infraconstitucional regular a matéria.

Justen Filho define tal limitação ao direito de propriedade da seguinte forma:

Limitação administrativa à propriedade consiste numa alteração do regime jurídico privatístico da propriedade, produzida por ato administrativo unilateral de cunho geral, impondo restrição das faculdades de usar e fruir de bem imóvel, aplicável a todos os bens de uma mesma espécie, que usualmente não gera direito de indenização ao particular. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 514)[3[iii]]

O direito de propriedade do bem imóvel deve obediência à sua função social, estabelecida no art. 5º, XXIII, da CF/88, uma vez que se trata de uma limitação que é imposta ao proprietário por força do interesse coletivo.

Antes do advento da Constituição Federal de 1999, o exercício pleno do direito de propriedade acabava gerando muitas injustiças, principalmente na área rural, onde grandes extensões de terras eram compradas por especuladores que não produziam absolutamente nada, apenas para lucrarem com sua valorização e/ou usarem como garantia de empréstimos bancários para empreendimentos fora da propriedade, sendo muito corriqueira as vezes que famílias inteiras que moravam e cultivavam a terra há mais de 30; 40 anos, serem despejadas por Ordem Judicial por ação do proprietário e/ou seus herdeiros, sem falar nos “grileiros” de terras comum no Brasil.

Nesse sentido de limitação constituinte ao direito de propriedade, são as palavras de Alexandre Barbosa.

A perspectiva teleológica da propriedade contemporânea, constitucionalizada, assim, se realiza no cumprimento dos relevantes interesses (e necessidade) de proprietários e não proprietários, uma vez que, coexistindo solidariamente, fomentarão o maior aproveitamento das utilidades dos bens, especialmente dos imóveis. Esqueça-se, tão somente, do aspecto das propriedades coletivas. Nelas a convivência, o respeito e interação são indiscutíveis. Fala-se da propriedade em sua mais pura acepção, ou seja, a titularidade dominial e a ligação da pessoa com o bem. Na medida em que o proprietário respeita o não proprietário, e vice-versa, cada qual cumprindo adequadamente com suas participações, nas atividades jurídicas a que se comprometeram, a função social se verificará por si e a liberdade pretendida se efetivará. (SILVA, 2018,p.186) [4[iii]]

Isso porque o direito real de habitação do cônjuge supérstite pode ser classificado como *ex vi legis*, isto é, decorre da própria força da lei e, por isso, origina-se desde o preenchimento dos devidos pressupostos de materialização do art. 1.831 do Código Civil brasileiro, motivo pelo qual uma hipotética sentença proferida *in judicio* que o reconheça possui eficácia meramente declaratória, não havendo que se falar em “ativismo judicial”, como tantos tem alegado ultimamente.

Ademais, mesmo que não conste expressamente de escritura pública, não decai nem prescreve o referido direito, nem tampouco deixa de existir no mundo jurídico, já que sua origem remonta desde a abertura da sucessão, conforme a lição de José Carlos Teixeira Giorgis:

É sucessão anômala que derroga o princípio da unidade da sucessão e, como se trata de um legado *ex lege*, transmite-se ao cônjuge um direito real limitado quanto a objeto individualmente considerado, certo e determinado, separado do patrimônio hereditário para tal fim, caracterizando tipicamente uma sucessão a título singular. A especial natureza do direito real de habitação, como um verdadeiro legado e finalidade definida, impede que ele desocupe o imóvel; mas, ao contrário, tem dele posse imediata, exercida ainda que sobre a legítima dos descendentes e ascendentes, embora a metade do acervo pertença aos sucessores do autor da herança. (GIORGIS, 2005, p. 88-127, p. 124-125) [5[iv]].

Antes, porém, de acusar o cônjuge sobrevivente de usurpação do direito de propriedade dos coproprietários herdeiros do conjugue falecido, convém ressaltar que o referido direito não dá ao seu detentor o exercício pleno da propriedade, como por exemplo, o direito de alienar o bem, nem tampouco emprestá-lo à terceiros para estes venham a habitar o único imóvel, dado que se trata de direito personalíssimo e vitalício, que se extingue com a morte da viúva e apenas por ela pode ser exercido – o que não impede, entretanto, que a mãe resida com os filhos no lar conjugal (aliás, a conservação da unidade familiar constituída é justamente um dos objetivos do instituto). De toda sorte, como o próprio nome sugere, confere-se ao consorte sobrevivente apenas o poder

de moradia, não se permitindo, por exemplo, que arbitre aluguéis ou explore economicamente o imóvel, sob pena de descaracterizar sua natureza protetiva da dignidade familiar.

Não se trata, contudo, de garantir apenas a mera moradia do cônjuge sobrevivente, pois o Código Civil brasileiro de 2002, em atenção ao princípio constitucional antes referido, veio para assegurar ao conjugue a residência no imóvel específico onde se materializou o casamento ou a união estável, considerando que o consorte sobrevivente guarda com ele vínculos afetivos em razão daquilo que viveu com o de cujus no local, de modo que, mais que um meio de não prejudicar a subsistência da viúva ou do viúvo que não possui outro local para morar, o direito real de habitação é, outrossim, inspirado por razões humanitárias e de proteção das memórias familiares vivenciadas desde o matrimônio.

Neste contexto, por força do princípio esculpido no Art. 226 da Constituição Federal de 1988 que textualmente diz: “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*” [6[v]], é que **Paulo Lôbo** justifica a intervenção do Estado ao impor uma limitação ao direito de herança.

O fim social da norma legal é assegurar ao cônjuge sobrevivente a permanência no local onde conviveu com o de cujus, que é o espaço físico de suas referências afetivas e de relacionamento com as outras pessoas. O trauma da morte do outro cônjuge não deve ser agravado com o trauma de seu desenraizamento do espaço de vivência. O direito do cônjuge sobrevivente à vivência ou ao processo de viver prevalece ou é mais relevante que a posse direta do bem adquirido pelos parentes do de cujus. (LÔBO, 2021, p. 62). [7[vi]]

Vê-se, pois, que o direito real de habitação não surgiu por invenção da Doutrina e muito menos por “ativismo judicial”, mas por efetiva aplicação de garantias de princípios constitucionais, previstas na Constituição Federal de 1988, e antes mesmo de ser elevado à categoria de direito social previsto no artigo 6º pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015, o consagrado art. 5º da Carta Magna já havia assegurado esse direito, na medida em que garantiu o direito de propriedade no inciso XXII, para logo em seguida, no inciso XXIII do mesmo dispositivo, limitar o pleno exercício desse direito ao acrescentar um fator subjetivo, que foi a polêmica **função social da propriedade**, veja-se a Lei:

Artigo 5º da carta magna:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [8[viii]]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) [9[viii]]



A legislação infraconstitucional, por sua vez, especialmente o Código Civil de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, prevê no seu artigo 1.225 [10[ix]], na mesma categoria dos direitos reais, tanto a propriedade como a habitação, *in verbis*:

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade;

II - a superfície;

III - as servidões;

IV - o usufruto;

V - o uso;

VI - a habitação;

O Código Civil de 1916 previa tal direito somente em relação ao cônjuge sobrevivente que era casado pelo regime da comunhão universal. Com a vinda, em 2002, do novo Código Civil, que, aliás, já não é tão novo assim, esse panorama mudou. Atualmente, o cônjuge sobrevivente desfruta de tal prerrogativa independentemente do regime de bens adotado. É o que dispõe o § 2º do art. 1.611 do referido Diploma Legal [11[xi]]:

Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977)

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, **casado sob o regime da comunhão universal**, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (Incluído pela Lei nº 4.121, de 1962) (grifei)

De acordo com o referido diploma legal, o Legislador já buscava corrigir distorções na sociedade em relação ao cônjuge desamparado pela morte do marido proprietário da residência do casal por meio da Lei nº 4.121, que previa que o cônjuge ou companheiro sobrevivente deverá utilizar o imóvel para a sua moradia, sendo defeso a ele utilizá-lo para fins de aluguel, ou mesmo emprestá-lo. Mais tarde, essa mesma limitação foi referendada pelo Art.1.414 do Código Civil / 2002 [12[xii]]:

Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

Vê-se, pois, que meio desse dispositivo é transmitida a verdadeira finalidade do direito real de habitação, que nada mais é do que não deixar o cônjuge sobrevivente sem uma casa para morar. Muito embora trate-se de direito real sobre coisa alheia, uma vez que haverá a habitação gratuita no imóvel de propriedade alheia, não pode permitir que o direito de propriedade prevaleça sobre a habitação numa situação na qual, como disse anteriormente Paulo Lôbo: *O trauma da morte do outro cônjuge não deve ser agravado com o trauma de seu desenraizamento do espaço de vivência.*

Importante ressaltar que o direito real de habitação cessa, contudo, uma vez constatada que o seu beneficiário agiu contrariamente as disposições relativas ao usufruto, que são aplicáveis à habitação, conforme inteligência do art.1.416 do código civil / 2002 [13[xii]]:

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.

Com a morte do usufrutuário, bem como em consequência de seu ato atentatório ao objeto do usufruto (venda e/ou deterioração do imóvel), há a extinção do usufruto e o consequente retorno da posse direta ao dono do imóvel e/ou seus herdeiros, não havendo que se falar em expropriação forçada e/ou usurpação do direito de propriedade, conforme inteligência do art. 1.410, I e VII, Código Civil [14[xiii]]:

Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:

I - pela renúncia ou morte do usufrutuário;

(Omissis)

VII - por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395;

Na interpretação dos dispositivos supramencionados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), o direito real de habitação tem como finalidade principal garantir o direito constitucional à moradia ao cônjuge sobrevivente, tanto no casamento como na união estável, conforme consta dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.520.294; e no AREsp 1858382:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COPROPRIEDADE DE TERCEIRO ANTERIOR À ABERTURA DA SUCESSÃO. TÍTULO AQUISITIVO ESTRANHO À RELAÇÃO HEREDITÁRIA. 1. O direito real de habitação possui como finalidade precípua garantir o direito à moradia ao cônjuge/companheiro supérstite, preservando o

imóvel que era destinado à residência do casal, restringindo temporariamente os direitos de propriedade originados da transmissão da herança em prol da solidariedade familiar. 2. A copropriedade anterior à abertura da sucessão impede o reconhecimento do direito real de habitação, visto que de titularidade comum a terceiros estranhos à relação sucessória que ampararia o pretendido direito. 3. Embargos de divergência não providos. (STJ - EREsp: 1520294 SP 2015/0054625-4, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 26/08/2020, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/09/2020);

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. POSSIBILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N. 9.278/96. PRECEDENTES. Não obstante o artigo 1.831, do Código Civil de 2002 atribuir o direito real de habitação somente ao cônjuge sobrevivente, a jurisprudência do STJ assentou o seu entendimento no sentido da possibilidade de arguição desse direito também à companheira, mesmo na vigência do Código Civil em vigor. Prova dos autos que atestou a existência de união estável entre a atual ocupante do imóvel, ora ré, e o falecido possuidor. Imóvel que, à época do óbito, era ocupado pelo casal. Direito real de uso e habitação conferido ao cônjuge supérstite. Direito que somente se extingue com a morte ou com o advento de novo casamento ou união estável. Fato não demonstrado nos autos. O direito de moradia é fundamental e inclui-se dentre aqueles que preenchem o valor da dignidade da pessoa humana, razão porque este se sobrepõe ao fato de que possa a apelada possuir outro imóvel de sua exclusiva propriedade além daquele em que residia na constância de seu casamento com o pai da apelante, devendo ser ressaltado que todos os herdeiros do falecido são maiores e possuem suas moradias. Do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 31 de março de 2022. Ministro MARCO BUZZI Relator. (STJ - AREsp: 1858382 RJ 2021/0078736-5, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 04/04/2022)

Vê-se que a jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que o direito real de habitação é vitalício e personalíssimo, ele emana diretamente da lei (artigo 1.831 do Código Civil de 2002 e artigo 7º da Lei 9.272/1996) e tem por objetivo assegurar moradia digna ao conjugue e/ou companheiro supérstite no mesmo local em que residia com o de cujus.

Ainda no precedente (EREsp 1.520.294), a do STJ declarou que o direito real de habitação é "*instituto intrinsecamente ligado à sucessão, razão pela qual os direitos de propriedade originados da transmissão da herança sofrem um abrandamento temporário em prol da manutenção da posse exercida por um dos integrantes do casal*".

Para o STJ, o direito real de habitação deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrem filhos exclusivos do cônjuge falecido (REsp 1.134.387).

Além disso, devido à sua natureza, a referida Corte Superior tem decidido que, para o instituto produzir efeitos, é desnecessária a inscrição do bem no cartório de registro de imóveis, conforme consta do precedente do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.846.167:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO E ALIENAÇÃO DE IMÓVEL COMUM. INVIABILIDADE. ALUGUÉIS. DESCABIMENTO. JULGAMENTO: CPC/2015. 1. Ação proposta em 06/04/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 28/06/2019 e atribuído ao gabinete em 07/01/2020. 2. O propósito recursal é dizer se a) houve negativa de prestação jurisdiciona; b) o direito real de habitação assegurado à companheira supérstite constitui empecilho à extinção do condomínio do qual participa com os herdeiros do de cujus e c) é possível a fixação de aluguel a ser pago pela convivente e por sua filha, também herdeira do falecido, em prol dos demais herdeiros, em consequência do uso exclusivo do imóvel. 3. O capítulo da sentença não impugnado em sede de apelação e, assim, não decidido pelo Tribunal de origem, impede o exame da matéria por esta Corte, em razão da preclusão consumativa. 4. Se o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte, inexistente ofensa ao art. 1.022. 5. O direito real de habitação é ex lege (art. 1.831 do CC/2015 e art. 7º da Lei 9.272), vitalício e personalíssimo, o que significa que o cônjuge ou companheiro sobrevivente pode permanecer no imóvel até o momento do falecimento. Sua finalidade é assegurar que o viúvo ou viúva permaneça no local em que antes residia com sua família, garantindo-lhe uma moradia digna. 6. O advento do Código Civil de 2002 deu ensejo à discussão acerca da subsistência do direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Essa questão chegou a este Tribunal Superior, que firmou orientação no sentido da não revogação da Lei 9.278/96 pelo CC/02 e, conseqüentemente, pela manutenção do direito real de habitação ao companheiro supérstite. 7. Aos herdeiros não é autorizado exigir a extinção do condomínio e a alienação do bem imóvel comum enquanto perdurar o direito real de habitação ( REsp 107.273/PR; REsp 234.276/RJ). A intromissão do Estado-legislador na livre capacidade das pessoas disporem dos respectivos patrimônios só se justifica pela igualmente relevante proteção constitucional outorgada à família (203, I, CF/88), que permite, em exercício de ponderação de valores, a mitigação de um deles - in casu - dos direitos inerentes à propriedade, para assegurar

a máxima efetividade do interesse prevalente, que na espécie é a proteção ao grupo familiar. 8. O direito real de habitação tem caráter gratuito, razão pela qual os herdeiros não podem exigir remuneração do companheiro sobrevivente pelo uso do imóvel. Seria um contrassenso atribuir-lhe a prerrogativa de permanecer no imóvel em que residia antes do falecimento do seu companheiro, e, ao mesmo tempo, exigir dele uma contrapartida pelo uso exclusivo. 9. Em virtude do exame do mérito, por meio do qual foi acolhida a tese sustentada pelas recorrentes, fica prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ - REsp: 1846167 SP 2019/0326210-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/02/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/02/2021)

Como se vê, o direito real de habitação pode sofrer interpretações em relação à sua aplicabilidade e, como qualquer outro direito, também é passível de sofrer limitações, mas jamais se pode afirmar que o direito de habitação subtraiu e/ou substituiu o direito de propriedade.

Veja-se o caso em que o Cônjuge sobrevivente, sem a participação dos coproprietários herdeiros e sem autorização judicial, vende parte do imóvel que serviu de residência do casal, logo, ele perde o direito real de habitação.

É que, tivesse o Cônjuge sobrevivente algum direito de habitação sobre o imóvel pertencente ao seu falecido marido/esposa, do qual era apenas usufrutuário do imóvel agora pertencente ao espólio do falecido, seria sobre a parte do imóvel que ele e/ou ela vendeu, não havendo dúvida de que se beneficiou da venda, de modo que o imóvel que restou pertence exclusivamente aos herdeiros.

Com a morte do usufrutuário, bem como de seu ato atentatório ao objeto do usufruto (venda do imóvel), há a extinção do usufruto e o conseqüente retorno da posse direta ao dono do imóvel, conforme o já citado art. 1.410, I, Código Civil.

No caso de o Cônjuge ser apenas mero detentor do imóvel, ou seja, quando residia no imóvel como mero cuidador do bem, este por certo pertencente aos legítimos usufrutuários (herdeiros).

A Jurisprudência tem adotado esse entendimento:

TJ-PR - Apelação : APL 14072076 PR 1407207-6 (Acórdão)

DECISÃO: Acordam os integrantes da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento à apelação, a fim de anular a sentença, e, prossequindo no julgamento por força do art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente o pedido, nos termos do voto do Relator. EMENTA: PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL.

AÇÃO NOMINADA DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ... AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TITULARIDADE DA PROPRIEDADE PLENA DEMONSTRADA PELA MATRÍCULA DO IMÓVEL E CERTIDÃO DE ÓBITO DO ANTIGO USUFRUATÁRIO. IMÓVEL INDIVIDUADO. POSSE INJUSTA CONFIGURADA. CONCEITO QUE EQUIVALE À AUSÊNCIA DE MOTIVO JURÍDICO QUE LEGITIME A POSSE OU DETENÇÃO DO IMÓVEL PELO RÉU, NÃO SE CONFUNDINDO COM O ART. 1.200 DO CCB, APLICÁVEL APENAS ÀS AÇÕES POSSESSÓRIAS. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL OU REAL QUE TORNE LEGÍTIMA A POSSE DA RÉ SOBRE O IMÓVEL LITIGIOSO. SUPOSTO COMPANHEIRO DA RÉ (FALECIDO) ERA USUFRUATÁRIO DE PARTE IDEAL DO TERRENO. IMÓVEL QUE ERA BEM EXCLUÍDO DA COMUNHÃO EM RELAÇÃO À ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. INEXISTENTE. IRRELEVÂNCIA PARA O CASO DA DISCUSSÃO QUANTO À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.278/96 APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. NECESSIDADE DE QUE O IMÓVEL ONDE O CASAL HABITAVA ATÉ ENTÃO SEJA DE PROPRIEDADE (COMUM OU PARTICULAR) DO CONSORTE FALECIDO. SUPOSTO COMPANHEIRO DA RÉ QUE ERA APENAS USUFRUATÁRIO DO IMÓVEL. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DO DIREITO REAL DE USUFRUTO. EXTINÇÃO COM A MORTE DO USUFRUATÁRIO (ART. 1.410, I, DO CCB). CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE PLENA EM FAVOR DAS ATÉ ENTÃO NUS- PROPRIETÁRIAS. BEM QUE NÃO INTEGRAVA O PATRIMÔNIO DO DE CUJUS NO MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJPR. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA ANULADA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

TJ-PR - Apelação APL 14072076 PR 1407207-6 (Acórdão) (TJ-PR). Data de publicação: 26/01/2016.

Destarte, com a morte do usufrutuário, bem como por conta de qualquer ato atentatório por parte do Conjugue sobrevivente ao objeto do usufruto (venda do imóvel), há a extinção do usufruto e o conseqüente retorno da posse direta ao dono do imóvel - (art. 1.410, I, Código Civil), não havendo que se falar em usurpação do direito de propriedade e/ou de "ativismo judicial".

### **III - O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO PARA O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE.**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente, a norma esculpida no seu congado art. 5º, inciso XXIII, estabelece que as faculdades correlatas à propriedade do bem imóvel devem obediência à **sua função social**, que tal como antes mencionado, se trata de uma limitação que é imposta ao proprietário por força do interesse coletivo, sem que isso signifique expropriação de bem e/ou enriquecimento sem causa.

O processo de construção do Direito Real de Habitação não surgiu do dia para a noite, é resultado de anos de discussão de teses jurídicas enfrentadas por Juízes e Tribunais de todo o País, bem como por renomados doutrinadores, como por exemplo, com o advento do Código Civil de



2002, surgiu nos tribunais brasileiros a discussão acerca da subsistência do direito real de habitação para o companheiro sobrevivente.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, tal debate ocorreu porque a sucessão do companheiro foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 8.971/1994. Posteriormente, foi editada a Lei 9.278/1996, a qual consagrou o direito real de habitação ao convivente supérstite "*enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento*", conforme consta do já citado REsp 1.846.167.

No julgamento do AgRg no REsp 1.436.350, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino também destacou não terem sido revogadas as disposições da Lei 9.278/1996, "*subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade*".

Ressalte-se que o direito real de habitação é *ex vi legis*, ou seja, decorre por força da lei, isso porque ele é decorrente do direito sucessório (artigo 1.831 do CC/2002), portanto, pode ser exercido desde a abertura da sucessão, conforme ressaltou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do REsp 1.315.606:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. SUCESSÕES. CÓDIGO CIVIL DE 1916. ANTECIPAÇÃO DA LEGÍTIMA. DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE USUFRUTO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE QUE CONTINUOU NA POSSE. IMÓVEL. COLAÇÃO DO PRÓPRIO BEM (EM SUBSTÂNCIA). DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. A colação é obrigação imposta aos descendentes que concorrem à sucessão comum, por exigência legal, para acertamento das legítimas, na proporção estabelecida em lei, sob pena de sonegados e, conseqüentemente, da perda do direitos sobre os bens não colacionados, voltando esses ao monte-mor, para serem sobrepartilhados. 2. A doação é tida como inoficiosa, caso exceda a parte a qual pode ser disposta, sendo nula a liberalidade deste excedente, podendo haver ação de anulação ou de redução. Da mesma forma, a redução será do bem em espécie e, se esse não mais existir em poder do donatário, se dará em dinheiro ( CC, art. 2.007, § 2º). 3. É possível a arguição de direito real de habitação ao cônjuge supérstite em imóvel que fora doado, em antecipação de legítima, com reserva de usufruto. 4. Existem situações em que o imóvel poderá ser devolvido ao acervo, volvendo ao seu status anterior, retornando ao patrimônio do cônjuge falecido para fins de partilha, abrindo, a depender do caso em concreto, a possibilidade de reconhecimento do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente. 5. Na hipótese, a partilha dos bens fora homologada em 18/5/1993, não havendo alegação de nulidade da partilha ou de resolução da doação, além de se ter constatado que o imóvel objeto de reivindicação não era o único bem daquela natureza a inventariar. 6. Recurso especial não provido. (STJ -

REsp: 1315606 SP 2012/0059158-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 23/08/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2016)

A partir do momento da colação obrigatória, o cônjuge ou companheiro sobrevivente pode utilizar-se de instrumentos processuais próprios para garantir o seu exercício do direito de habitação, inclusive por meio de ação possessória para se defender de eventual Ação Reivindicatória movida pelos herdeiros, que é outro instituto de intervenção no direito de propriedade.

Como mencionado no tópico anterior, o direito real de habitação do cônjuge supérstite pode ser entendido como *ex vi legis*, isto é, decorre da própria força da lei e, por isso, origina-se desde o preenchimento dos devidos pressupostos de materialização do art. 1.831 do Código Civil, motivo pelo qual uma hipotética sentença proferida *in judicio* que o reconheça possui eficácia meramente declaratória, não envolvendo a condenação dos proprietários na perda da propriedade.

Ademais, mesmo que o direito real de habitação não conste expressamente de escritura pública devidamente averbada na matrícula do imóvel, não decai nem prescreve o referido direito, nem tampouco deixa de existir no mundo jurídico, já que sua origem remonta desde a abertura da sucessão.

A polêmica em torno do instituto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é se a cessação do estado de viuvez possui eficácia resolúvel quanto ao direito de habitação do conjugue sobrevivente. Isso aconteceu porque o Códex de 1916 expressamente previa sua extinção em tal hipótese, mas o Código Civil de 2002 deixou de fazê-lo, momento no qual surgiram as dúvidas sobre o tema, sendo que até hoje não há uma resposta segura acerca do problema, porém, não cabe aqui analisá-lo, por ora, já que foge da temática proposta pelo presente artigo.

A aplicação desse direito no caso concreto advém da hipótese muito corriqueira que acontece na vida de muitos casais, quando um deles acaba adquirindo a tão sonhada casa própria muito antes do casamento. Nessa hipótese, embora não haja a comunicação dos bens auferidos antes do casamento e/ou união estável, é certo que não se tratará apenas de um bem material como outro qualquer, mas da concretização de um desígnio comum que foi edificado pelo casal, por vezes, durante longos anos de planejamento. Há toda uma questão semiótica por trás do lar que foi escolhido para servir como núcleo da família, de forma que andou muito bem o legislador ao dispor na Lei n.º 10.406/2002 que o direito real de habitação em favor daquele que sobreviveu independe do regime de bens que fora eventualmente pactuado pelos consortes, pois se visa a proteger, sobretudo, a memória familiar.

É que o direito de propriedade no contexto familiar, ou seja, entre os conjugues, é influenciado pelo fenômeno conhecido na seara civilista contemporânea como “despatrimonialização” das relações jurídico-privadas, pois o viés patrimonial-imobiliário que era característico do modelo oitocentista do Código Civil de 1916, inspirado por ideologias liberais, deu lugar ao primado do princípio constitucional da dignidade humana (TEPEDINO, 1997, p. 17 [15[xiv]]), de modo que as mais variadas normas jurídicas, para além de simples postulados

abstratos, devem ter por escopo não apenas a proteção pecuniária, mas a edificação do homem em sociedade enquanto pessoa e sujeito de direitos e deveres.

Nesse contexto, segundo o Ministro Luiz Edson FACHIN, *o aspecto patrimonial e econômico das relações jurídico-privadas deixa de ter fim em si mesmo e incorpora a função de salvaguardar valores muito maiores* (FACHIN, 2002, p. 108 [16[xv]]), razão pela qual, nesse mesmo contexto, segundo a lição de Sílvio RODRIGUES, *o direito real de habitação não pode mais ser visto como apenas um meio de concretização da moradia prevista pela norma do art. 6º da Constituição Federal de 1988, mas sobretudo como um instrumento para preservar as condições de vida, o ambiente e as relações familiares do lar* (RODRIGUES, 2002, p. 116 [17[xvii]]), permitindo que a viúva e seus filhos conservem a afetividade que fora construída no local.

Por conta exatamente disso que o cônjuge supérstite poderá habitar o imóvel com sua família de maneira gratuita, não se admitindo que os herdeiros necessários ou testamentários, por exemplo, arbitrem aluguéis em seu desfavor, nem tampouco exijam quaisquer tipos de valores ou contraprestações pela moradia.

No caso, o teor humanitário do instituto afasta esse tipo de pretensão, como aliás, já decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no multicitado REsp n.º 1846167/SP, que estendeu pela impossibilidade da cobrança de alugueres inclusive quanto à filha que também residia no imóvel com a viúva.

Destarte, é inegável a essência constitucional do direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente nos moldes previstos pelo Código Civil de 2002, uma vez que se trata, sobretudo, de uma garantia de proteção de um bem não somente material, como também imaterial do núcleo familiar, de modo que o direito em análise transcende a função de moradia propriamente dita ao considerar a afetividade como um de seus aspectos basilares, evidenciando que o lar conjugal em si é um instituto que merece a devida tutela pelo Poder Público não apenas em seu sentido patrimonial por meio da figura do bem de família, mas também no que concerne aos valores sentimentais e afetivos que foram engendrados durante o convívio matrimonial entre a viúva e o de cujus.

### **3.1 - A POSSE DE OUTROS BENS NO PATRIMÔNIO PESSOAL DA VIÚVA.**

Como mencionado ao norte, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, nos termos do artigo 1.831 do CC/2002, é garantido independentemente de ele possuir outros bens em seu patrimônio pessoal.

Foi justamente com base nesse fundamento, que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao REsp 1.582.178, que questionava a permanência de uma viúva no imóvel familiar com a alegação de que ela possuía outros imóveis. Veja-se a ementa da Decisão:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DIREITO DAS SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL.

UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE OUTROS BENS. IRRELEVÂNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o reconhecimento do direito real de habitação, a que se refere o artigo 1.831 do Código Civil, pressupõe a inexistência de outros bens no patrimônio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 3. Os dispositivos legais relacionados com a matéria não impõem como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge/companheiro sobrevivente. 4. O objetivo da lei é permitir que o cônjuge/companheiro sobrevivente permaneça no mesmo imóvel familiar que residia ao tempo da abertura da sucessão como forma, não apenas de concretizar o direito constitucional à moradia, mas também por razões de ordem humanitária e social, já que não se pode negar a existência de vínculo afetivo e psicológico estabelecido pelos cônjuges/companheiros com o imóvel em que, no transcurso de sua convivência, constituíram não somente residência, mas um lar. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1582178 RJ 2012/0161093-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 11/09/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2018)

Vê-se, pois, que para Ministro Relator, a única condição que o legislador impôs para assegurar o direito real de habitação é que o imóvel destinado à residência do casal seja o único daquela natureza a inventariar. Nenhum dos mencionados dispositivos legais impõe como requisito para o reconhecimento do direito real de habitação a inexistência de outros bens, seja de que natureza for, no patrimônio próprio do cônjuge sobrevivente, fundamentou.

Ainda na referida decisão, o Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA citou precedente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de 2013 (REsp 1.249.227), no sentido de que o direito real de habitação é conferido em lei independentemente de o cônjuge ou companheiro sobrevivente ser proprietário de outros imóveis.

O Ministro destacou que a parte final do artigo 1.831 faz referência à necessidade de que o imóvel seja "o único daquela natureza a inventariar", mas mesmo essa exigência não é interpretada de forma literal pela jurisprudência. "*Nota-se que até mesmo essa exigência legal – inexistência de outros bens imóveis residenciais no acervo hereditário – é amplamente controvertida em sede doutrinária. Daí porque esta corte, em pelo menos uma oportunidade, já afastou a literalidade de tal regra*", disse o Ministro.

Assim que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente deve ser garantido independentemente de ele possuir outros bens em seu patrimônio pessoal.

### **3.2 - HERDEIROS NÃO PODEM COBRAR ALUGUEL.**

Como esclarecido no tópico anterior, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o direito real de habitação tem caráter gratuito (artigo 1.414 do Código Civil), razão pela qual os herdeiros não podem exigir remuneração do companheiro sobrevivente pelo uso do imóvel, nem a extinção do condomínio e a alienação do bem enquanto perdurar esse direito.

Esse entendimento foi ratificado pela Terceira Turma no julgamento do já citado REsp 1.846.167. De acordo com a Ministra Nancy Andrichi, relatora do recurso representativo da controvérsia, em seu voto condutor, esclareceu que o direito real de habitação reconhecido ao cônjuge ou companheiro sobrevivente decorre de imposição legal, ou seja, não se trata de uma construção jurídica, mas decorre da própria Lei (artigo 1.414 do Código Civil), e foi além, disse que o instituto cria uma espécie de condomínio familiar, que tem natureza vitalícia e personalíssima, o que significa que ele ou ela podem permanecer no imóvel até a sua morte, sem qualquer ônus pelo uso do imóvel.

Dessa forma, na sucessão por falecimento do cônjuge ou companheiro sobrevivente, a extinção do condomínio em relação a imóvel sobre o qual recai o direito real de habitação contraria a própria essência dessa garantia, que visa proteger o núcleo familiar.

Por causa exatamente dessa proteção constitucional e pelo caráter gratuito do direito real de habitação é que é possível exigir do cônjuge ou companheiro sobrevivente ocupante do imóvel qualquer contrapartida financeira em favor dos herdeiros que não usufruem do bem. "*Sua finalidade é assegurar que o viúvo ou viúva permaneça no local em que antes residia com sua família, garantindo-lhe uma moradia digna*", afirmou a ministra Nancy Andrichi.

A Ministra Nancy Andighi defendeu a posição do Superior Tribunal de Justiça – STJ quanto a eventual alegação de "ativismo judicial", dizendo que "*a intromissão do Estado na livre capacidade das pessoas de dispor de seu patrimônio só se justifica pela proteção constitucional garantida à família.*" Dessa forma, afirmou a Relatora, "*é possível, em exercício de ponderação de valores, a mitigação de um deles – relacionado aos direitos de propriedade – para assegurar o outro, a proteção do grupo familiar*".

Destarte, considerando que o direito real de habitação tem caráter gratuito, os herdeiros não podem exigir remuneração do companheiro sobrevivente pelo uso do imóvel, nem a extinção do "condomínio familiar" e a alienação do bem enquanto perdurar esse direito.

### **3.3 - COPROPRIEDADE COM TERCEIRO ANTERIOR À SUCESSÃO.**

A copropriedade com terceiros anterior à abertura da sucessão impede o reconhecimento do direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente ocupante do imóvel, pois há titularidade comum a terceiros estranhos à relação sucessória que ampararia o pretendido direito, segundo afirmou a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião julgamento do já citado EREsp 1.520.294.



Nesse contexto, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, negou o pedido de uma viúva que pretendia ver reconhecido o direito real de habitação sobre o imóvel em que morava, que havia sido comprado pelo seu falecido marido em copropriedade com um filho dele, antes do casamento.

Em seu voto condutor, a Ministra relatora argumentou que, como o direito real de habitação já é uma exceção criada pelo legislador, não pode haver interpretação extensiva para incluir no mesmo tratamento situações não previstas em lei, no caso, na hipótese em que o imóvel seja objeto de copropriedade anterior com terceiros.

A mesma tese foi reafirmada recentemente no julgamento do AgInt no REsp 1.865.202, em 15/03/2021, sob a relatoria do Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, da TERCEIRA TURMA, do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DE COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. IMÓVEL QUE NÃO ERA DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO CÔNJUGE FALECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO À LUZ DA SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 1.021, § 1º, DO CPC/15. 1. Não deve ser conhecido o agravo interno no qual não se encontram especificamente impugnados os fundamentos da decisão agravada, nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC/15. 2. Fundando-se a decisão agravada na Súmula 83/STJ, as razões do agravo interno devem apresentar julgados posteriores ou no mínimo contemporâneos àqueles mencionados na decisão hostilizada, de modo a demonstrar eventual inaplicabilidade do referido enunciado sumular. 3. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. (STJ - AgInt no REsp: 1865202 SP 2020/0053002-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 15/03/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2021)

O Ministro Relator reafirmou o entendimento esposado no REsp: 1865202 (Data de Publicação: DJ 03/12/2020) no sentido de que não há direito real de habitação do cônjuge ou companheiro sobrevivente quando o imóvel em que o casal residia não era de propriedade exclusiva do falecido, uma vez que não podem os demais condôminos se sujeitar a direito surgido apenas posteriormente, em decorrência da sucessão.

### **3.4 – NA HIPÓTESE DE DOAÇÃO DO IMÓVEL ANTES DO CASAMENTO.**

No julgamento do REsp 1.315.606, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, negou a uma viúva o direito de continuar morando no imóvel onde tinha vivido com seu falecido marido, dado que, no caso, em 1953, antes de seu segundo casamento, o homem havia doado o bem aos filhos do primeiro casamento, em antecipação da legítima, por meio de contrato de doação com cláusula de usufruto, razão pela qual permaneceu no imóvel até sua morte.



A viúva recorreu ao STJ por meio do REsp 1.315.606 para permanecer na propriedade, alegando que o bem integrava o patrimônio do falecido.

Para o ministro relator, outras peculiaridades do caso – como o fato de o imóvel não ser o único bem daquela natureza a inventariar – impediram o exercício do direito de habitação pelo cônjuge sobrevivente.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. SUCESSÕES. CÓDIGO CIVIL DE 1916. ANTECIPAÇÃO DA LEGÍTIMA. DOAÇÃO COM CLÁUSULA DE USUFRUTO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE QUE CONTINUOU NA POSSE. IMÓVEL. COLAÇÃO DO PRÓPRIO BEM (EM SUBSTÂNCIA). DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. A colação é obrigação imposta aos descendentes que concorrem à sucessão comum, por exigência legal, para acertamento das legítimas, na proporção estabelecida em lei, sob pena de sonegados e, conseqüentemente, da perda do direitos sobre os bens não colacionados, voltando esses ao monte-mor, para serem sobrepartilhados. 2. A doação é tida como inoficiosa, caso exceda a parte a qual pode ser disposta, sendo nula a liberalidade deste excedente, podendo haver ação de anulação ou de redução. Da mesma forma, a redução será do bem em espécie e, se esse não mais existir em poder do donatário, se dará em dinheiro ( CC, art. 2.007, § 2º). 3. É possível a arguição de direito real de habitação ao cônjuge supérstite em imóvel que fora doado, em antecipação de legítima, com reserva de usufruto. 4. Existem situações em que o imóvel poderá ser devolvido ao acervo, volvendo ao seu status anterior, retornando ao patrimônio do cônjuge falecido para fins de partilha, abrindo, a depender do caso em concreto, a possibilidade de reconhecimento do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente. 5. Na hipótese, a partilha dos bens fora homologada em 18/5/1993, não havendo alegação de nulidade da partilha ou de resolução da doação, além de se ter constatado que o imóvel objeto de reivindicação não era o único bem daquela natureza a inventariar. 6. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1315606 SP 2012/0059158-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 23/08/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/09/2016)

No julgamento anterior, o Tribunal de Justiça de São Paulo (REsp: 1315606 SP 2012/0059158-7), ao rejeitar a pretensão da segunda esposa, havia entendido que ela ficou viúva de um usufrutuário do bem, e não do real proprietário, já que a doação tinha sido concluída antes do seu casamento. Para o ministro Salomão, tal entendimento do TJSP é discutível, pois a doação, feita como antecipação de herança, era passível de revisão futura: "*Aquela simples doação de outrora, com cláusula de usufruto, não afastou, por si só, o direito real de habitação, uma vez que existem diversas situações em que o bem poderá ser devolvido ao acervo, retornando ao patrimônio do cônjuge falecido para fins de partilha e permitindo, em tese, eventual arguição de direito real de habitação ao cônjuge*", argumentou Salomão no REsp 1.315.606 (TJSP).

Embora por fundamentos jurídicos distintos, o ministro chegou à mesma conclusão da corte paulista pela improcedência do pedido da viúva: "*Na hipótese peculiar em julgamento, não havendo nulidade da partilha ou resolução da doação, não há falar em retorno do imóvel ao patrimônio do falecido*", declarou o relator Salomão no REsp 1.315.606 (TJSP).

### **3.5 - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO ARGUIDO EM AÇÃO POSSESSÓRIA.**

As garantias para proteção do direito real de habitação estão espalhadas por todo o ordenamento jurídico, até mesmo em sede de ação possessórias, hipótese na qual, mesmo que o companheiro ou companheira sobrevivente não tenha buscado em ação própria o reconhecimento da união estável antes da morte do companheiro (a), é admissível que invoque o direito real de habitação em ação possessória, a fim de ficar na posse do imóvel em que residia com o falecido.

Como demonstrado ao norte, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o cônjuge ou companheira sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido, onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil.

Com base em tais fundamentos, por decisão unânime no REsp: 1203144 RS, a Quarta Turma do STJ reconheceu ser possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável.

DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. É entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes. 2. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável. 3. No caso, a sentença apenas veio a declarar a união estável na motivação do decisório, de forma incidental, sem repercussão na parte dispositiva e, por conseguinte, sem alcançar a coisa julgada (CPC, art. 469), mantendo aberta eventual discussão no tocante ao reconhecimento da união estável e seus efeitos decorrentes. 4. Ademais, levando-se em conta a posse, considerada por si mesma, enquanto mero exercício fático dos poderes inerentes ao domínio, há de ser mantida a recorrida no imóvel, até porque é ela quem vem conferindo à posse a sua função social. 5. Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 1203144 RS 2010/0127865-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/05/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 15/08/2014)

O Ministro relator do caso, Luis Felipe Salomão, salientou que a preferência do exercício da posse do imóvel após o falecimento do de cujus é do companheiro (a) sobrevivente.

Por isso, para o Ministro Luis Felipe Salomão, é "*plenamente possível a arguição desse direito para fins exclusivamente possessórios, até porque entender de forma diversa seria negar proteção justamente à pessoa para quem o instituto foi desenvolvido e no momento em que ele é o mais efetivo*".

Salomão acrescentou ainda, no caso sob análise, como a companheira era titular de direito real de habitação exercitável diretamente sobre o imóvel, a posse é inerente ao seu direito, pois, se assim não fosse, o direito não estaria assegurado: "*Levando-se em conta a posse, considerada por si mesma, enquanto mero exercício fático dos poderes inerentes ao domínio, há de ser mantida a recorrida no imóvel, até porque é ela quem vem conferindo à posse a sua função social*", concluiu.

Por outro lado, no caso de empréstimo gratuito de imóvel por prazo indeterminado, os usuários do imóvel devem estar cientes da obrigação de restituir a posse quando solicitado pelos herdeiros do Cônjuge Falecido.

Nesse contexto, no caso do cônjuge sobrevivente se negar a restituir a posse, ela se tornou injusta, em razão da PRECARIIDADE e principalmente pelo ABUSO DE CONFIANÇA. Nesse sentido, a lição de TITO FULGÊNCIO:

"Precária é a posse que se origina do abuso de confiança: alguém recebe uma coisa por um título que o obriga à restituição, em prazo certo ou incerto, como por empréstimo ou aluguel, e recusa injustamente a fazer a entrega." (FULGÊNCIO, 1997, p. 39) [18[xvii]]

No mesmo sentido é a lição de ARNOLDO WALD:

"Admite-se até que os interditos sejam utilizados pelo possuidor indireto contra o possuidor direto e por este contra aquele, no caso em que um dos possuidores viola a posse do outro. (...) O interdito também pode ser utilizado pelo comodante contra o comodatário que se recusa a devolver o objeto dado em comodato". (WALD, 1995, p. 65.) [19[xviii]].

Assim Jurisprudência não destoa desse entendimento:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO VERBAL POR PRAZO INDETERMINADO. NOTIFICAÇÃO. ESBULHO CARACTERIZADO. Demonstrada a posse do imóvel e comprovado o seu empréstimo, a título gratuito, configurando comodato verbal, a sua não-desocupação caracteriza esbulho. Precária a posse, cabível a reintegratória. Hipótese em que a demandada residia no imóvel em razão do seu casamento com o filho do proprietário do bem, que deste se retirou após o término da relação conjugal. RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. ART. 744, PARÁGRAFO PRIMEIRO, INCISOS, CPC. Não merece amparo a pretendida indenização por benfeitorias, vez que estas

não dispensam a prova de sua existência, conforme reza o artigo 744, parágrafo 1º, incisos, CPC, e deste ônus não se desincumbiu a demandada, vez que não comprovou qualquer desembolso a título de benfeitorias no imóvel. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70009479114, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 07/12/2004).

No caso em análise, tanto a data do esbulho quanto a perda da posse podem ser comprovadas pela recusa do usufrutuário em restituir a posse dos imóveis aos herdeiros, depois de pessoalmente notificado para tal.

Nos casos em que o esbulho é de mais de ano e dia e estando devidamente instruída a Inicial com documentos comprobatórios dos requisitos estabelecidos no art. 927 do CPC, é certo que não cabe o mandado liminar de reintegração de posse, na forma preconizada no art. 928 do CPC, porém, nada impede que a ordem de reintegração de posse seja concedida após regular citação dos réus e AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO.

#### **4 - CONCLUSÃO**

Vê-se, pois, de acordo com a lei e doutrina assente, pode-se dizer que o direito real de habitação consiste no direito de habitar gratuitamente casa alheia, utilizando-a como residência sua e de sua família. Porém, ao mesmo tempo em que limita temporariamente o pleno exercício do direito de propriedade dos coproprietários herdeiros, impõe severas restrições também para o uso desse direito pelo cônjuge e/ou companheiro sobrevivente, de modo que, ao contrário do que muita gente pensa, não acarreta diminuição do patrimônio de quem é afetado, nem tampouco o enriquecimento de quem as aproveite, o primeiro porque não perde o direito de propriedade e poderá recuperá-lo plenamente após o falecimento do conjugue sobrevivente, o segundo porque o beneficiário desse direito não poderá dispor dos plenos poderes da propriedade, como vender, alugar, doar.

O Direito Real de Habitação nada mais é do que a efetivação das garantias constitucionais atinentes à Dignidade da Pessoa Humana, pois não é moral e nem socialmente aceitável que o Autor da Herança, depois de cessada a sua condição de sujeito de direito com a sua morte, não possa proporcionar ao seu conjugue, pelo menos um lugar para morar.

Essas Garantias emanadas da Constituição Federal de 1988 estão espalhadas por todo o ramo do direito, encontrando no Estatuto do Idoso outro mecanismo de proteção, pois é dever da sociedade proteger e respeitar a vontade da pessoa idosa, que quando em vida, manifestou sua vontade em viver ao lado do Conjugue sobrevivente, seja por meio do casamento e/ou pela União Estável, não deve, portanto, o interesse hereditário prevalecer sobre o direito de habitação.

Não se trata, portanto, de “ativismo judicial”, mas de simples aplicação de diversas leis ordinárias criadas de acordo com princípios constitucionais, que tem a família como pilar da sociedade brasileira, sendo dever de todos, inclusive do Estado, a sua proteção. Daí porque, no choque entre os dois institutos, o direito real de habitação sobrepõe-se ao direito de propriedade, porque está intrinsecamente ligado ao princípio maior, que é o da dignidade humana.

## 5 - REFERÊNCIAS

- [i] 2 Brasil, Constituição da República Federativa do BRASIL de 5 de outubro de 1988;
- [ii] 3 JUSTEN FILHO, Marçal - Curso de Direito Administrativo - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 514;
- [iii] 4 SILVA, Alexandre Barbosa da. Propriedade sem registro. Curitiba: Juruá, 2018, p.186;
- [iv] 5 GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 29, abr/mai., 2005, p. 88-127, p. 124-125;
- [v] 6 Brasil, Art. 266 da Constituição da República Federativa do BRASIL de 1988;
- [vi] 7 LÔBO, Paulo. Direito Civil: Volume 6: Sucessões. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 62;
- [vii] 8 Brasil, Artigo 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição da República Federativa do BRASIL de 1988;
- [viii] 9 Brasil, Artigo 6º da Constituição da República Federativa do BRASIL de 1988;
- [ix] 10 Brasil, Art. 1.225 do Código Civil de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- [x] 11 Brasil, § 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916 - Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916;
- [xi] 12 Brasil, Art. 1.414 do Código Civil de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- [xii] 13 Brasil, Art. 1.416 do Código Civil de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- [xiii] 14 Brasil, incisos I e VII do Art. 1.410 do Código Civil de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;
- [xiv] 15 TEPEDINO, Gustavo. 80 anos de Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país. Revista Del Rey: Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 17, dez. 1997;
- [xv] 16 FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil à luz novo Código Civil Brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 108;
- [xvi] 17 RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: direito das sucessões. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116;
- [xvii] 18 FULGÊNCIO, Tito. Da Posse e Das Ações Possessórias. 9ª ed. Ver. E atual. Por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Vol. I. P. 39.)
- [xviii] 19 WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. 10ª ed. São Paulo: RT, 1995. Vol. III – Direito das Coisas. p. 65.

## **A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO AO CABIMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS**

### **ALINE BACELAR TEIXEIRA SANTOS:**

Mestranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Especialista em Função Social do Direito: Processo, Constituição e Novos Direitos pela Unisul. Assessora de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

### **TÁCIO LACERDA GAMA<sup>21</sup>**

(coautor)

**Resumo:** O artigo aborda o cabimento do incidente de descon sideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais. Discorre sobre diplomas legais que disciplinam esse instituto tanto no âmbito do direito material – Código Civil (CC), quanto no âmbito do direito processual – Código de Processo Civil (CPC). Analisa como a responsabilidade tributária de terceiros é regulada no CTN, e como se dá a defesa do executado nas execuções fiscais (Lei 6.830/80). Relata a importância da interpretação na solução dos casos judiciais. Constata que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por suas Turmas de Direito Público, vem julgando o cabimento do incidente em feitos fiscais de maneira diversa. Ressalta a necessidade de uniformização de jurisprudência sobre essa temática em atenção ao princípio da segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Direito Tributário. Incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Execução fiscal. Interpretação. Superior Tribunal de Justiça.

**Abstract:** The article discusses the appropriateness of the incident of disregard of legal personality in tax enforcement. It discusses laws that regulate this institute both in substantive law - Civil Code (CC), and in procedural law - Civil Procedure Code (CPC). It analyzes how the tax liability of third parties is regulated in the CTN, and how the taxpayer is defended in tax enforcement (Law 6.830/80). Reports the importance of interpretation in the solution of judicial cases. It notes that the Superior Court of Justice (STJ), through its Public Law Sections, has been judging the suitability of the incident in tax cases in a different way. It emphasizes the need to standardize jurisprudence on this subject in attention to the principle of legal certainty.

---

<sup>21</sup> Livre docente em Direito. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Presidente do Instituto de Aplicação do Tributo (IAT) e advogado.



**Keywords:** Tax law. Incident of disregard of legal personality. Tax enforcement. Interpretation. Superior Court of Justice.

**Sumário:** INTRODUÇÃO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica no CC e no CPC. 2. A responsabilidade de terceiros e o regime legal dos feitos executivos. 3. A importância da interpretação na solução de casos judiciais. 4. A divergência no STJ acerca da possibilidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais e a segurança jurídica. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Pretende-se expor e discutir questão, ainda pendente de pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a respeito da possibilidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) no âmbito das execuções fiscais. Por se tratar de um pequeno ensaio, não se pretende dar um tratamento exaustivo ao assunto, mas apenas traçar breves e iniciais linhas sobre essa temática.

A importância do estudo decorre da necessidade de segurança jurídica na responsabilização tributária de terceiros, especialmente porque implica atingir o patrimônio de pessoa jurídica diversa (*v.g.* grupo econômico).

O Código Civil (CC) possui disciplina específica sobre a desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 50 (direito material), e o Código de Processo Civil (CPC) vigente trouxe, em seus arts. 133 e seguintes, o procedimento para se formalizar essa desconsideração com a finalidade de responsabilização de terceiros (direito processual).

Já a Lei de Execuções Fiscais (LEF) – Lei 6.830/80 - não trata da possibilidade de se adotar esse incidente nos feitos executivos, só contemplando a defesa do executado via embargos à execução. Nem existe essa previsão no Código Tributário Nacional (CTN), que regula apenas a responsabilidade tributária de terceiros (hipóteses em que o responsável responde pela dívida tributária).

A metodologia adotada neste trabalho será a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Nesse contexto, deve-se ressaltar a relevância da interpretação na solução de casos judiciais, especialmente nos casos de lacuna da lei, de forma a conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Pode-se adotar uma interpretação mais restritiva ou ampliativa sobre a aplicação do novel procedimento no âmbito do rito executivo fiscal.

Com efeito, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário no tocante à interpretação de matéria infraconstitucional que decidirá pelo cabimento ou não desse incidente.

Sobre o tema, há divergência de entendimento entre os órgãos fracionários que julgam controvérsias atinentes a Direito Público no STJ: enquanto a Primeira Turma possui uma interpretação mais ampliativa, admitindo o uso do incidente de desconsideração da personalidade

jurídica nas execuções fiscais em hipóteses específicas, fora da responsabilidade de terceiros expressamente previstas na legislação tributária, a Segunda Turma tem compreendido que, considerando a disciplina especial da Lei 6.830/80, que não abrange o procedimento de desconsideração, a instauração desse incidente não seria possível.

Esse dissídio deve ser solucionado em âmbito jurisprudencial quando algum processo que verse sobre essa temática seja remetido a julgamento à Primeira Seção, colegiado competente para dirimir divergência de entendimento entre seus órgãos fracionários, possivelmente em embargos de divergência.

De grande valia, pois, que o STJ defina qual dessas interpretações será escolhida, em atenção ao princípio da segurança jurídica e consequente previsibilidade das atuações da Fazenda Pública e do contribuinte quanto ao tema da responsabilidade tributária de terceiros.

### **1. A desconsideração da personalidade jurídica no CC e no CPC**

A pessoa jurídica "é capaz de direitos e deveres na ordem civil" (art. 1º do CC), independentemente dos membros que a compõem. Ou seja, em regra, há uma autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus sócios e administradores (terceiros).

Essa questão ficou mais clara após a Lei 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica) incluir o art. 49-A no CC22, o qual estabelece que os componentes da pessoa jurídica "somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário"<sup>23</sup>.

Flávio Tartuce<sup>24</sup> explica que a regra é que a responsabilidade dos sócios seja subsidiária. Nas palavras de referido doutrinador:

Como é notório, a regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios serem executados. Somente na hipótese de abuso da personalidade jurídica é que os sócios poderão ser responsabilizados diretamente.

No entanto, em hipóteses excepcionais, quando se constatar que a pessoa jurídica afastou-se dos seus princípios e fins, praticando fraudes e lesando terceiros, é possível levantar o véu e alcançar o patrimônio dos sócios.

---

22 Art. 49-A, *caput*, CC. "A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores."

23 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 307.

24 Id *Ibid*, p. 307.

O art. 50 do CC, com a redação dada pela Lei 13.874/19, disciplina a possibilidade de desconconsideração em caso de abuso da personalidade jurídica:

Art. 50, CC. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

De acordo com referido dispositivo, é possível a desconconsideração da personalidade jurídica por abuso de personalidade, atendidos os seguintes requisitos: (i) autorização judicial prévia; (ii) responsabilidade patrimonial; e (iii) abuso da personalidade jurídica (desvio de finalidade ou confusão patrimonial).

Assim, verifica-se que o CC adotou a teoria maior da desconconsideração, segundo a qual o juiz pode ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para prevenir fraudes e abusos praticados através dela (abuso da personalidade jurídica), diferente da teoria menor, que autoriza essa desconconsideração pela demonstração de mero prejuízo ao credor.

Considera-se desvio de finalidade a utilização intencional da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. Esse instituto é regulado nos §§ 1º e 5º do art. 50 do CC, abaixo transcritos:

Art. 50, § 1º, CC: Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

[...]

Art. 50, § 5º, CC: Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

Já a confusão patrimonial se caracteriza pela ausência de separação dos patrimônios pessoais (da pessoa jurídica e o dos sócios e acionistas). Essa hipótese também foi regulada pelo CC, em seu art. 50, § 2º:

Art. 50, § 2º, CC: Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

A Lei 13.874/19 também introduziu o § 4º no art. 50 do CC, preconizando que: “A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”. Por esse dispositivo legal, verifica-se que a lei civil adotou a teoria da “desconsideração econômica ou indireta, pela qual, nos casos de abuso da personalidade jurídica em que for patente a ocorrência de fraude, poderá o magistrado estender as responsabilidades de uma empresa para outra”<sup>25</sup>.

Pretende-se, no âmbito do direito material, resguardar o patrimônio de terceiros, quando não tenham se utilizado da pessoa jurídica de maneira fraudulenta para deixar de cumprir suas obrigações.

Na dimensão do direito processual, o CPC passou a prever a possibilidade de instauração de incidente de desconsideração de personalidade jurídica no Capítulo IV do Título III - “Da intervenção de terceiros” (arts. 133 a 137).

Trata-se, assim, de um procedimento judicial autônomo, realizado nos autos do próprio processo de forma incidental, para eventual reconhecimento da desconsideração da personalidade jurídica.

O art. 133 do CPC26 estabelece os legitimados para a instauração do incidente – parte interessada ou Ministério Público – e a necessidade de observância dos pressupostos legais.

Já o art. 134 do código processual<sup>27</sup> indica os momentos em que é cabível a instauração do procedimento - processo de conhecimento, cumprimento de sentença e execução de título executivo extrajudicial, bem como que, em regra, o incidente implica suspensão do processo em curso.

---

<sup>25</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 320.

<sup>26</sup> Art. 133, CPC. “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.”

<sup>27</sup> Art. 134, CPC. “O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.” [...] § 3º. “A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.”

Na sequência, o art. 135 do CPC28 cuida do prazo para ser exercido o contraditório prévio e a ampla defesa, a saber, quinze dias. O art. 136 do CPC29 especifica que o incidente será resolvido por decisão interlocutória, a qual desafia agravo interno. E, por fim, o art. 137 do CPC30 traz a consequência do acolhimento do pedido de desconconsideração: a ineficácia de eventual alienação ou oneração fraudulenta de bens.

O CPC, em seu art. 795, § 4º<sup>31</sup>, estabelece ainda a obrigatoriedade do manejo desse procedimento para que haja a desconconsideração da personalidade jurídica, considerando que os sócios respondem, nos termos da lei, pelas dívidas da sociedade (art. 795, *caput*, do CPC).

Sobre esse dispositivo, Cássio Scarpinella Bueno<sup>32</sup> entende que, ressalvada a hipótese do art. 134, § 2º, do CPC (quando a desconconsideração for requerida já na inicial), a “instauração do incidente é absolutamente indispensável, justamente para viabilizar o exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa por aqueles que, até então, por serem terceiros não puderam exercê-lo”.

Assim, a desconconsideração da personalidade jurídica tem a finalidade de que “os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico”<sup>33</sup>. Para a configuração do abuso de personalidade jurídica, a lei civil estipulou quais os requisitos a serem preenchidos.

Para viabilizar esse processo de desconconsideração, o CPC incluiu, no rol da intervenção de terceiros, o IDPJ, procedimento que confere maior segurança jurídica e a possibilidade de o terceiro se manifestar, incidentalmente, antes de seus bens serem alcançados para o pagamento da dívida.

## 2. A responsabilidade de terceiros e o regime legal dos feitos executivos

---

28 Art. 135, CPC. “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.”

29 Art. 136, CPC. “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.”

30 Art. 137, CPC. “Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”

31 Art. 795, § 4º, CPC. “Para a desconconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.”

32 BUENO, Cássio Scarpinella. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica: reflexões à luz do processo tributário. *Revista brasileira de direito processual*, v. 28, n. 112, p. 63-90, out./dez. 2020, p. 72.

33 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

Renato Lopes Becho<sup>34</sup> adverte que “a responsabilização tributária de terceiros é uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica”.

Com efeito, a lei tributária permite que o Fisco inclua terceira pessoa, física ou jurídica, distinta da que pratica o fato jurídico tributário, no polo passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável.

No CTN, a responsabilidade de terceiros é disciplinada pelo art. 121<sup>35</sup>, que traz em seu bojo o conceito de sujeito passivo, pelo art. 124<sup>36</sup>, que trata de responsabilidade tributária solidária, e pelo art. 128<sup>37</sup>, que traz a regra geral sobre responsabilidade tributária. Há, ainda, outros dispositivos do referido diploma normativo invocados para justificar a responsabilidade dos grupos econômicos, a saber, arts. 134 e 135 do CTN<sup>38</sup>, que regulam a responsabilidade de terceiros.

O art. 128 desse *codex* contém a regra geral sobre a responsabilidade tributária, podendo-se, por este dispositivo legal, depreender como características: a) deve ser instituída por lei; b) tem natureza tributária; e c) a lei elege um terceiro vinculado ao fato gerador para ser o responsável pelo pagamento do tributo.

O art. 121 do CTN, por sua vez, explicita o conceito legal de sujeito passivo para fins tributários, e adota a seguinte classificação: (I) contribuinte - aquele que realiza o fato gerador; (II)

---

34 BECHO, Renato Lopes. Dos Impactos do Novo CPC no Direito e o Processo Tributário. *Revista de Estudos Tributários*, n. 110, ano XIX, p. 621, jul.-ago. 2016, Editorial Síntese, p. 621.

35 Art. 121, CTN. “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

36 Art. 124, CTN. “São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

37 Art. 128, CTN. “Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

38 Art. 134, CTN. “Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório”.

Art. 135, CTN. “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.



responsável - qualquer outra pessoa que esteja obrigada, por força de lei, a pagar o tributo, seja no lugar do contribuinte ou em conjunto com ele (direta, solidária ou subsidiariamente).

Renato Lopes Becho<sup>39</sup> leciona que se devem entender por modalidades de sujeição passiva tributária “os grupos de pessoas que compõem o polo passivo da relação jurídico-tributária”.

A responsabilidade por solidariedade está inserida no Capítulo IV do CTN, fazendo parte do Título II do Livro Segundo, intitulado Obrigação Tributária.

Nesse passo, o art. 124 do CTN prevê a existência de duas espécies de solidariedade: (1) por interesse comum; e (2) por disposição expressa de lei.

A solidariedade, na lição de Fábio Pallaretti Calcini<sup>40</sup>, deve ser compreendida como uma forma de responsabilidade tributária decorrente do interesse comum no “fato gerador da obrigação ou por força de lei específica (art. 124), possibilitando ao credor a exigência do crédito tributário tanto do contribuinte como do responsável, sem ordem de preferência”.

O interesse comum, conforme ensinamento de Kiyoshi Harada<sup>41</sup>, é interesse jurídico pertinente à realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador, e não pode ser confundido com interesse econômico no resultado ou proveito da situação.

Em adendo, Tácio Lacerda Gama<sup>42</sup> esclarece que esse interesse comum não corresponde ao “simples interesse econômico na realização de determinado fato jurídico tributário”, mas deve existir efetivo “interesse jurídico, entendido como a própria imposição legal de realização concomitante do fato jurídico tributário por parte dos responsáveis”.

Maria Rita Ferragut<sup>43</sup>, em complemento, ensina que o interesse comum é “aquele derivado de uma relação jurídica da qual o sujeito de direito seja parte integrante, e que interfira em sua esfera de direitos e deveres e o legitime a postular em juízo em defesa do seu interesse”.

---

39 BECHO, Renato Lopes Becho. As modalidades de sujeição passiva tributária no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista dialética de direito tributário*. n. 192, p. 113, set. 2011.

40 CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária e solidariedade. Algumas considerações ao art. 124 do Código Tributário Nacional. *Revista dialética de direito tributário*. n. 167, ago. 2009, p. 41.

41 HARADA, Kiyoshi. *IPTU: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 117. Nas palavras de referido autor: “O interesse comum não se confunde com o interesse econômico no resultado ou proveito da situação, que constitui o fato gerador da obrigação principal. Trata-se de interesse jurídico que diz respeito à realização comum ou conjunta da situação que constitui o fato gerador. É solidária a pessoa que realiza conjuntamente, com outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária”.

42 GAMA, Tácio Lacerda. Inconsistência argumentativa, responsabilidade tributária e grupos econômicos. *Interesse público*, v. 22, n. 119, p. 163-186, jan./fev. 2020, p. 167.

43 FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária*. 4. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2020, p. 224.

Ramon Tomazela Santos<sup>44</sup> compreende que o interesse comum, hábil a permitir a atribuição de responsabilidade tributária solidária, “depende da participação direta da sociedade que exerceu o poder de decisão na situação de fato ou na situação de direito que compõe o antecedente normativo da regra de incidência tributária”.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil editou o Parecer Normativo COSIT/RFB Nº 04/2018<sup>45</sup>, indicando que o interesse comum apto a ensejar a responsabilidade solidária (tributária) “demanda que a pessoa a ser responsabilizada tenha vínculo com o ato e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição”, bem como de prova do “nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo”.

Assim, para que seja autorizada a desconsideração da personalidade jurídica de grupos econômicos, faz-se necessária a comprovação da existência, no mínimo, de indícios que demonstrem “a ocorrência de fraude ou conluio, desvio de finalidade, abuso de personalidade jurídica, confusão patrimonial ou dilapidação de bens que compõem o ativo mercantil, com o intuito de evitar o pagamento de tributos”<sup>46</sup>.

O art. 134 do CTN inaugura o capítulo da responsabilidade de terceiros e cuida das hipóteses de responsabilidade subsidiária (e não solidária). Sobre esse tema, Regina Helena Costa<sup>47</sup> leciona que esse dispositivo legal “considera a culpa dos terceiros apontados para atribuir-lhes responsabilidade tributária, em razão do descumprimento de deveres de fiscalização e de boa administração”.

---

44 SANTOS, Ramon Tomazela. Responsabilidade tributária e grupo econômico. *Revista dialética de direito tributário*, n. 238, jul. 2015, p. 122. “Registre-se que mesmo o exercício concreto do poder de decisão não revela, por si só, a participação da sociedade investidora no fato gerador da obrigação tributária, para efeito de caracterização do interesse comum que permite a atribuição de responsabilidade tributária solidária. Isso porque, em última análise, o interesse comum depende da participação direta da sociedade que exerceu o poder de decisão na situação de fato ou na situação de direito que compõe o antecedente normativo da regra de incidência tributária. Assim, pode-se afirmar que, nos casos em que o suporte fático da regra tributária está vinculado a determinado negócio jurídico, o responsável solidário deve integrar, juntamente com o contribuinte, o polo da relação jurídica descrita na lei como necessária e suficiente à ocorrência do fato gerador. Por igual forma, nos casos em que a regra tributária descreve situação de fato que não depende da efetiva caracterização de negócio jurídico, o responsável solidário deve participar ativamente do fato ocorrido na realidade social (e não apenas por meio de influência), realizando em conjunto com o contribuinte o fato jurídico tributário.” (p. 122).

45 Parecer Normativo COSIT nº 4, de 10 de dezembro de 2018. DOU 12/12/2018. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=97210&visao=compilado>.> Veja como ficou redigida a parte relativa ao interesse comum: “A responsabilidade solidária por interesse comum decorrente de ato ilícito demanda que a pessoa a ser responsabilizada tenha vínculo com o ato e com a pessoa do contribuinte ou do responsável por substituição. Deve-se comprovar o nexo causal em sua participação comissiva ou omissiva, mas consciente, na configuração do ato ilícito com o resultado prejudicial ao Fisco dele advindo.”

46 FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária*. 4. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2020, p. 232.

47 COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222.

Na sequência, o art. 135 do CTN traz as hipóteses de responsabilidade tributária pessoal. Renato Lopes Becho<sup>48</sup> ensina que esse dispositivo cuida da responsabilidade tributária dos terceiros pela realização de atos praticados “*contra* o interesse do contribuinte e que signifiquem descumprimento da legislação que liga um e outro (contribuinte e responsável)”, e, “como o responsável terá agido *contra os interesses do contribuinte*, este será excluído da ação de cobrança (responsabilidade *pessoal* do terceiro)”.

Esses últimos dois dispositivos, em alguns casos, são invocados como embasamento legal à responsabilidade tributária dos grupos econômicos, mas sempre vinculados ao art. 124, I, do CTN.

Nesse sentido, a lição de Ives Gandra da Silva Martins<sup>49</sup>:

A característica, portanto, da responsabilidade, é a vinculação a operação, e a solidariedade decorre de ter o responsável, de alguma forma, participado do fato gerador. Ora, não ocorrendo esta vinculação, a luz da mera informação da existência de um grupo econômico, empresas sem qualquer vinculação com o fato gerador, não podem ser responsabilizadas, pois o artigo 124, inciso I, do CTN está subordinado a ocorrência das hipóteses dos artigos 128, 134 e 135.

Já no âmbito da LEF, a defesa da parte executada ocorre por meio de oferecimento de embargos à execução, cuja admissão está condicionada à apresentação de garantia (art. 16, *caput* e § 1º), oportunidade em que o “executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas” (art. 16, § 2º).

A natureza jurídica dos embargos, leciona Anderson Soares Madeira<sup>50</sup>, é de “ação autônoma, em separado, de natureza constitutiva negativa, uma vez que sua oposição tem como finalidade a destituição, total ou parcial, do título executivo (certidão de dívida ativa)”.

Não há uma disciplina específica no tocante ao procedimento para atribuir responsabilidade tributária a terceiros, especialmente no tocante aos grupos econômicos.

De outro lado, o art. 1º da LEF dispõe que a execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública será regida, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Questiona-se: a análise deste aparato legislativo nos permite inferir o cabimento do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais?

---

48 BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 572.

49 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Grupos econômicos e responsabilidade tributária. *Revista dialética de direito tributário*, n. 236, maio 2015, p. 100 e 101.

50 MADEIRA, Anderson Soares. *Lei de execuções fiscais: (lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980): anotada e comentada sob a égide jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 287.

### 3. A importância da interpretação na solução de casos judiciais

Para Carlos Maximiliano<sup>51</sup>, interpretar o Direito “não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”.

Na lição de Hans Kelsen<sup>52</sup>, na hipótese em que “o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas”. Nesse passo, a interpretação pode ser compreendida como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

Referido doutrinador<sup>53</sup> considera como autêntica a interpretação criadora de Direito realizada pelo órgão aplicador, que se concretiza ao se escolher “uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma” ou também com a produção de “uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.

Paulo de Barros Carvalho compreende que “interpretar o direito é conhecê-lo, atribuindo valores aos símbolos”<sup>54</sup>. E acrescenta que surgirá “o texto quando promovermos a união do plano de conteúdo ao plano de expressão, vale dizer, quando se manifestar um empírico objetivado, que é o plano expressional”<sup>55</sup>.

É importante destacar que, nessa perspectiva, a interpretação é tida como uma atividade criadora, feita pelo intérprete, que não desvenda o sentido do texto, mas cria um significado para esse suporte físico.

Ademais, leciona Tácio Lacerda Gama<sup>56</sup> que a construção do sentido da mensagem normativa perpassa pelo confronto entre textos de direito positivo e da Ciência do Direito, considerando que “os sentidos produzidos pela Ciência influenciam decisões no direito positivo, assim como as disposições do direito positivo constituem o próprio objeto das considerações da Ciência Jurídica”. E, assim, dialogicamente (intertextualmente), “textos da Ciência e do direito positivo se condicionam mutuamente [...], sem que os dois sistemas linguísticos percam sua respectiva autonomia”.

A controvérsia discutida no presente trabalho diz respeito ao cabimento (ou não) do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos feitos executivos fiscais.

---

51 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 8.

52 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Capítulo III, p. 387.

53 Id Ibid, p. 394.

54 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 204.

55 Id ibid, p. 189.

56 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020, p. 319.

Isso porque, conforme indicado nas linhas anteriores, a instauração desse incidente é novidade trazida pelo vigente CPC, regulamentando o procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do CC.

As normas tributárias, a saber, o CTN, editado em 1966, e a LEF, em 1980, não possuem disciplina específica sobre essa temática, apesar desta última lei permitir, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária do CPC.

Pode-se adotar uma interpretação mais restritiva, e também ancorar-se no princípio da especialidade, considerando o CTN e a LEF leis especiais em face do CPC, para se compreender pela incompatibilidade da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal.

De outro lado, acaso se leve em conta o diálogo entre as fontes<sup>57</sup>, a autorização de aplicação subsidiária do CPC nos feitos fiscais, bem como o devido processo civil constitucional, é possível concluir pela possibilidade de instauração do IDPJ.

Na doutrina, são favoráveis à instauração do IDPJ nas execuções fiscais: Cássio Scarpinella Bueno<sup>58</sup>, Renato Lopes Becho<sup>59</sup>, Maria Rita Ferragut<sup>60</sup>, dentre outros.

Cássio Scarpinella Bueno<sup>61</sup> defende que a prévia observância do contraditório e da ampla defesa “sobrepõem-se às escolhas feitas pelo legislador, justamente porque encontram fundamento (bastante) no modelo constitucional do direito processual civil”.

Renato Lopes Becho<sup>62</sup>, em igual sentido, entende que o IDPJ “visa melhorar o sistema de defesa dos apontados como responsáveis tributários” e que “sua aplicação melhorará a prática atual nas execuções fiscais”.

---

57 Sobre a tese do diálogo entre as fontes, Flávio Tartuce explica a funcionalidade da sua aplicação: “É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um *Big Bang Legislativo*, como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desorientado. O diálogo entre as fontes serve como um leme nessa tempestade”. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 116.

58 BUENO, Cássio Scarpinella. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: reflexões à luz do processo tributário. *Revista brasileira de direito processual*, v. 28, n. 112, p. 63-90, out./dez. 2020.

59 BECHO, Renato Lopes. Dos Impactos do Novo CPC no Direito e o Processo Tributário. *Revista de Estudos Tributários*, n. 110, ano XIX, p. 621, jul.-ago. 2016, Editorial Síntese.

60 FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e grupos econômicos. *O Novo CPC e seu impacto no direito tributário*. Coord. Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo. São Paulo: Fiscosoft, 2015.

61 BUENO, Cássio Scarpinella. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: reflexões à luz do processo tributário. *Revista brasileira de direito processual*, v. 28, n. 112, p. 63-90, out./dez. 2020, p. 87.

62 BECHO, Renato Lopes. Dos Impactos do Novo CPC no Direito e o Processo Tributário. *Revista de Estudos Tributários*, n. 110, ano XIX, p. 621, jul.-ago. 2016, Editorial Síntese, p. 621.

Maria Rita Ferragut<sup>63</sup>, alinhada a esse posicionamento, considera que o “incidente de desconconsideração da personalidade jurídica supre uma lacuna legal, ao permitir que, antes da apreciação do pedido de corresponsabilidade, a parte defenda-se, apresente provas e tenha sua defesa apreciada”, concluindo que o “contraditório será observado desde o início, sendo assegurado a todos o devido processo legal”.

De outro lado, compreendendo pelo descabimento do IDPJ nos feitos executivos fiscais, podemos citar Edson Antônio Sousa Pontes Pinto e Carlos Eduardo M. Gasperin<sup>64</sup>, para quem “a atividade de lançamento é privativa da Administração Pública, de tal modo que a qualificação do sujeito passivo, seja ele contribuinte, seja responsável, deve ser feita em procedimento de lançamento”, com respeito ao contraditório e ampla defesa (participação efetiva do terceiro); e que “não pode o Poder Judiciário, via incidente, ou até mesmo em decisão de redirecionamento, incluir terceiro que não estava determinado sob o argumento de que incorreu em uma das hipóteses dos arts. 134 e 135 do Código Tributário Nacional”.

Verifica-se, assim, a existência de fortes fundamentos, em âmbito doutrinário, tanto pelo cabimento do incidente, quanto pela incompatibilidade desse procedimento com o rito das execuções fiscais. E, tratando-se de controvérsia de índole infraconstitucional, vai caber ao STJ dar a última e definitiva interpretação ao problema aqui trazido.

#### **4. A divergência no STJ acerca da possibilidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais e a segurança jurídica**

Com relação à necessidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, divergem as Turmas de direito público do STJ.

A Segunda Turma firmou o entendimento de que é “prescindível o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para o redirecionamento da execução fiscal na sucessão de empresas com a configuração de grupo econômico de fato e em confusão patrimonial”<sup>65</sup>.

Um dos fundamentos para não se admitir o processamento do incidente seria a incompatibilidade entre a LEF e o CPC, conforme se depreende do seguinte excerto do voto condutor desse julgado:

A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, na execução

63 FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e grupos econômicos. *O Novo CPC e seu impacto no direito tributário*. Coord. Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo. São Paulo: Fiscosoft, 2015, p. 15.

64 PINTO, Edson Antônio Sousa Pontes; GASPERIN, Carlos Eduardo M. É cabível a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos casos de responsabilidade tributária de terceiros? Ainda sobre a incompatibilidade do novo instituto com o direito processual tributário. *Revista dos Tribunais*, vol. 983, ano 106. São Paulo: Ed RT, setembro 2017, p. 304.

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.786.311/PR*. Rel. Min. Francisco Falcão. Data de Julgamento: 9 mai. 2019. Disponível em: < [scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp](http://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp) > Acesso em: 1 jul. 2022.



fundada em título executivo extrajudicial, não implica a sua incidência na execução fiscal, regida pela Lei 6.830/80, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei Geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015.

Outro alicerce utilizado pela Segunda Turma do STJ foi o princípio da especialidade, pois a previsão na lei geral da hipótese de cabimento do incidente de descon sideração na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134 do CPC) “não implica sua incidência automática em execução de título extrajudicial regulada por lei especial, como no caso da execução fiscal, regida pela Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)”.

Considerou-se, ainda, que a exigência de instauração do incidente de descon sideração dificultaria a persecução de bens do devedor e facilitaria a dilapidação patrimonial, além de “transferir à Fazenda Pública o ônus desproporcional de ajuizar medidas cautelares fiscais e tutelas provisórias de urgência para evitar os prejuízos decorrentes do risco que se colocaria à satisfação do crédito”.

Por fim, reputou-se contraditório afastar a instauração desse procedimento para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para alcançar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos com a finalidade de blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, por “descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em descon sideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito”.

Já a Primeira Turma do STJ, em sentido diverso, compreende ser necessária a instauração do incidente de descon sideração da personalidade da pessoa jurídica devedora “para o redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico, mas que não foi identificada no ato de lançamento (Certidão de Dívida Ativa) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN”<sup>66</sup>.

Interessante notar que, nesse caso, afastou-se a utilização de referido procedimento considerando inclusive a jurisprudência do STJ, que admite o redirecionamento da execução fiscal ao corresponsável indicado na CDA, cabendo à parte executada defender-se por meio de embargos do devedor (Tema 103/STJ<sup>67</sup>).

Compreendeu-se, também, que se o pedido de redirecionamento da execução fiscal for feito após a comprovação, pelo fisco, da caracterização de hipótese legal de responsabilização dos

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.775.269/PR*. Rel. Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 21 fev. 2019. Disponível em: < scon.stj.jus.br/SCON/ pesquisar.jsp > Acesso em: 1 jul. 2022.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.104.900/ES*. Rel. Min. Denise Arruda. Data de Julgamento: 25 mar. 2009. Disponível em: < scon.stj.jus.br/SCON/ pesquisar.jsp > Acesso em: 1 jul. 2022.

terceiros indicados (arts. 134 e 135 do CTN), o juiz poderá decidir pela sua inclusão no “polo passivo sem a instauração do incidente de desconconsideração, pois a responsabilização de terceiros tratada no Código Tributário Nacional não necessita da desconconsideração da pessoa jurídica devedora”.

Dessa forma, também se baseou no princípio da especialidade quando considerou que, não obstante o art. 134 do CPC estabeleça o cabimento do incidente de desconconsideração na execução de título executivo extrajudicial, seria desnecessária a instauração desse procedimento incidental nas execuções fiscais “quando o fundamento legal em que se apoia o pedido fazendário se arrimar em responsabilidade pessoal, solidária ou subsidiária, daquele que se quer incluído no polo passivo.”<sup>68</sup> Ou seja, na hipótese em que a Fazenda Nacional baseou seu pedido na responsabilidade tributária pessoal prevista no art. 134 do CTN, torna-se despicienda a instauração de referido incidente.

Depreende-se do quanto exposto que há convergência de entendimento entre as Turmas julgadoras no tocante à existência de hipóteses legais que autorizam o redirecionamento à sociedade empresária (arts. 134 e 135 do CTN) sem a imposição da instauração de referido incidente.

No entanto, a Primeira Turma enxergou a possibilidade de instauração do incidente quando o redirecionamento tem a finalidade de alcançar pessoa jurídica integrante do mesmo “grupo econômico a que pertence a sociedade empresária originalmente executada, que não está indicada na Certidão de Dívida Ativa e à qual não é atribuída a responsabilidade, na qualidade de terceiro (arts. 134 e 135 do CTN)”.

O órgão julgador da Corte Superior alicerçou-se na premissa de que “o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos das outras”.

A ementa do AgInt no REsp 1.963.566/SP69 sintetiza bem o entendimento jurisprudencial da Primeira Turma do STJ a respeito desse assunto:

[...]

---

68 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1.173.201/SC*. Rel. Min. Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 01 mar. 2019. Disponível em: < [scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp](http://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp)> Acesso em: 1 jul. 2022. “[...] 2. A atribuição, por lei, de responsabilidade tributária pessoal a terceiros, como no caso dos sócios-gerentes, autoriza o pedido de redirecionamento de execução fiscal ajuizada contra a sociedade empresária inadimplente, sendo desnecessário o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica estabelecido pelo art. 134 do CPC/2015. 3. Hipótese em que o TRF da 4ª Região decidiu pela desnecessidade do incidente de desconconsideração, com menção aos arts. 134 e 135 do CTN, inaplicáveis ao caso, e sem aferir a atribuição de responsabilidade pela legislação invocada pela Fazenda Nacional, que requereu a desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica para alcançar outra, integrante do mesmo grupo econômico.”

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.963.566/SP*. Rel. Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 17 fev. 2022. Disponível em: < [scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp](http://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp)> Acesso em: 1 jul. 2022.

II - A instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica - IDPJ, em sede de execução fiscal, para a cobrança de crédito tributário, revela-se excepcionalmente cabível diante da:

(i) relação de complementariedade entre a LEF e o CPC/2015, e não de especialidade excludente; e (ii) previsão expressa do art. 134 do CPC quanto ao cabimento do incidente nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais.

III - O IDPJ mostra-se viável quando uma das partes na ação executiva pretende que o crédito seja cobrado de quem não figure na CDA e não exista demonstração efetiva da responsabilidade tributária em sentido estrito, assim entendida aquela fundada nos arts. 134 e 135 do CTN.

Oportuno trazer à baila que o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)70 sobre essa temática, tendo fixado, em conformidade com o entendimento exarado pela Primeira Turma do STJ, tese jurídica pelo cabimento do IDPJ fora das hipóteses legais de responsabilidade tributária:

[...] "Não cabe instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados".

Ocorre que a existência de diferentes entendimentos jurisprudenciais gera insegurança jurídica, que se traduz em prejuízo tanto para os contribuintes (ou responsáveis), quanto para a Fazenda Pública, que não sabem como atuar nesses casos de responsabilidade tributária de terceiros.

Humberto Ávila<sup>71</sup> nos ensina que o Direito, para servir efetivamente de orientação ao corpo social, precisa, necessariamente, ser compreendido pelo destinatário. Deve ser claro e preciso,

70 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *IRDR n. 0017610-97.2016.4.03.0000/SP*. Rel. Des. Baptista Pereira. Data de Julgamento: 10 fev. 2021. Disponível em: < <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1> > Acesso em: 1 jul. 2022.

71 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 48.

porque não se pode obedecer a uma norma cujo conteúdo não possa ser apreendido por quem deve cumpri-la.

Sobre a segurança jurídica, Roque Antonio Carrazza, Nelson Nery Junior e Tércio Sampaio Ferraz Junior<sup>72</sup> lecionam que esse princípio “ajuda a promover os valores supremos da sociedade, influenciando não só na edição das leis e dos atos administrativos, como no próprio alcance das decisões judiciais”.

Paulo de Barros Carvalho<sup>73</sup> qualifica a segurança jurídica como um sobreprincípio, que, apesar de não estar no ordenamento de modo explícito, pode ser percebido pela conjugação de outros princípios tributários, como a igualdade, a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade.

Mister, então, que a Corte responsável por dar a última interpretação em matéria infraconstitucional se posicione, o quanto antes, sobre essa questão.

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STJ, verifica-se que já existem embargos de divergência admitidos no STJ. Esse recurso, como cediço, tem a finalidade de dirimir eventuais diferenças de entendimentos entre os órgãos fracionários da Primeira Seção (Primeira e Segunda Turmas), e está previsto nos arts. 1.043 e 1.044 do CPC.

Os EREsp 1.823.488/PR (DJe 9/8/2021), os EREsp 1.706.614/SC (DJe 9/8/2021) e os EREsp 1.851.508/PE (DJe 1/10/2021) foram admitidos pela Min. Relatora Assusete Magalhães. Em sua decisão monocrática, considerou estar demonstrada, em princípio, o dissídio pretoriano quanto ao cabimento do IDPJ nas execuções fiscais.

De igual modo, ao analisar os EAREsp 1.778.323/RS, o Relator, Min. Benedito Gonçalves, decidiu processar o recurso, por compreender que, em “um juízo preliminar, perfunctório, aparentemente está instaurada a divergência em torno da (des)necessidade de instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica” (DJe 1/7/2022).

Dessa forma, importante que o Superior Tribunal de Justiça se pronuncie, pela sua Primeira Seção, de modo definitivo sobre esse tema, e confira a melhor interpretação possível, com base nas normas constantes em nosso ordenamento jurídico, para trazer almejada segurança jurídica aos contribuintes e ao fisco.

## CONCLUSÃO

---

72 CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2.ed. Barueri: Manole, 2009, p. 44.

73 CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e os primados que lhe objetivam no direito positivo brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*. v. 10 n. 58. Porto Alegre: Magister, Set-Out/2016, p. 44.

O presente artigo buscou analisar o debate sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais, para a responsabilização tributária de terceiros.

Iniciou-se fazendo um breve estudo sobre a desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código Civil, a qual contempla o abuso da personalidade jurídica, que pode se dar por desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50 do CC).

Na sequência, apresentou-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, procedimento realizado nos autos do próprio processo de forma incidental, possibilitando o contraditório prévio antes de terceiros eventualmente integrarem o processo de execução, novidade trazida pelo vigente Código de Processo Civil (arts. 133 a 137 do CPC).

Especificamente em matéria tributária, descortinou-se as hipóteses em que a lei permite que o Fisco inclua terceira pessoa, física ou jurídica, distinta da que pratica o fato jurídico tributário, no polo passivo da obrigação tributária, na qualidade de responsável (arts. 121, 124, 128, 134 e 135 do CTN).

Em se tratando da Lei de Execuções Fiscais, constatou-se que a defesa do executado se dá por meio de embargos à execução, ação autônoma, cuja admissão está condicionada à apresentação de garantia (art. 16, *caput* e § 1º, da LEF). Observou-se, também, que referida norma autoriza a aplicação subsidiária do CPC, na falta de disciplina específica sobre determinada matéria.

Verificou-se que a interpretação, na solução de demandas judiciais, tem o importante papel de criar um sentido para o texto contido na lei. Antes disso, a doutrina tem a função de trazer argumentos para melhor fundamentar a decisão do julgador, em uma relação dialógica com o direito positivo.

Pela compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, abalizados doutrinadores alicerçam-se no modelo constitucional do direito processual civil, na necessidade de melhoria do sistema de defesa dos apontados como responsáveis tributários, na constatação de que esse procedimento supre uma lacuna legal, sendo autorizada pela própria LEF a aplicação subsidiária do CPC.

Já compreendendo pelo descabimento desse incidente na via dos feitos executivos fiscais, doutrina e jurisprudência baseiam-se na impossibilidade de o Poder Judiciário incluir terceiro fora das hipóteses legais, no princípio da especialidade e pela incompatibilidade entre o rito executivo e o rito processual, e que a responsabilização de grupos econômicos é pessoal e direta pelo ilícito.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os órgãos fracionários de direito público apresentam divergência de entendimento.

A Primeira Turma compreende ser necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora quando a pessoa jurídica que

integra o mesmo grupo econômico não foi identificada no ato de lançamento (Certidão de Dívida Ativa), e não se enquadra nas hipóteses previstas no CTN.

A Segunda Turma, por sua vez, defende a prescindibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para o redirecionamento da execução fiscal na sucessão de empresas com a configuração de grupo econômico de fato e em confusão patrimonial.

Ocorre que esse dissídio jurisprudencial gera insegurança jurídica, que se traduz em prejuízo tanto para os contribuintes, quanto para a Fazenda Pública, que não sabem como atuar nesses casos de responsabilidade jurídica de terceiros.

Dessa forma, desejável que o Poder Judiciário defina qual desses entendimentos prevalecerá. Cuidando-se de matéria infraconstitucional, tal encargo é atribuído ao STJ. E, nesse propósito, verifica-se a existência de recursos de embargos de divergência já admitidos no STJ, aguardando oportuna inclusão em pauta.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BECHO, Renato Lopes Becho. As modalidades de sujeição passiva tributária no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista dialética de direito tributário*. n. 192, p. 113, set. 2011.

BECHO, Renato Lopes. Dos Impactos do Novo CPC no Direito e o Processo Tributário. *Revista de Estudos Tributários*, n. 110, ano XIX, p. 621, jul.-ago. 2016, Editorial Síntese.

BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: reflexões à luz do processo tributário. *Revista brasileira de direito processual*, v. 28, n. 112, p. 63-90, out./dez. 2020.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária e solidariedade. Algumas considerações ao art. 124 do Código Tributário Nacional. *Revista dialética de direito tributário*. n. 167, ago. 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e os primados que lhe objetivam no direito positivo brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*. v. 10 n. 58. Porto Alegre: Magister, Set-Out/2016.



COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e grupos econômicos. *O Novo CPC e seu impacto no direito tributário*. Coord. Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo. São Paulo: Fiscosoft, 2015.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade* 3. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

GAMA, Tácio Lacerda. Inconsistência argumentativa, responsabilidade tributária e grupos econômicos. *Interesse público*, v. 22, n. 119, p. 163-186, jan./fev. 2020.

HARADA, Kiyoshi. *IPTU: doutrina e prática*. São Paulo: Atlas, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MADEIRA, Anderson Soares. *Lei de execuções fiscais: (lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980): anotada e comentada sob a égide jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Grupos econômicos e responsabilidade tributária. *Revista dialética de direito tributário*, n. 236, maio 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINTO, Edson Antônio Sousa Pontes; GASPERIN, Carlos Eduardo M. É cabível a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de responsabilidade tributária de terceiros? Ainda sobre a incompatibilidade do novo instituto com o direito processual tributário. *Revista dos Tribunais*, vol. 983, ano 106. São Paulo: Ed RT, setembro 2017.

SANTOS, Ramon Tomazela. Responsabilidade tributária e grupo econômico. *Revista dialética de direito tributário*, n. 238, jul. 2015.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

## O BLOQUEIO DO WHATSAPP E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO IMPOSTOS AO ESTADO EM CASOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OBSTRUÇÃO DE JUSTIÇA

**RAISA FEITOSA DA COSTA PINTO:**

Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário Fametro - Manaus

**RESUMO:** O presente trabalho em questão tem como relevância social principal analisar os limites de intervenção que são impostos ao Estado no que tange ao bloqueio judicial do *WhatsApp*, dentro da perspectiva da Investigação Criminal. Amplia a discussão de alguns direitos fundamentais e princípios pertinentes à temática em questão, buscando esclarecer se houveram as limitações impostas e respeito aos princípios na hora da investigação. Analisa se as legislações que são impostas, serão aplicadas de forma pertinente, conforme o que pede o Estado Democrático de Direito, bem como se os princípios foram respeitados em cada decisão registrada ou ferem os preceitos constitucionais. Observa as fontes legislativas competentes ao tema, os princípios constitucionais. Analisar em quais os momentos cabem o bloqueio judicial do *WhatsApp* por meio de investigação criminal. Demonstrar algumas posições, tanto favoráveis quanto contrárias referentes ao que o Estado impõe no bloqueio judicial do *WhatsApp*. Abordar os principais princípios e direitos fundamentais para que os meios de investigação sejam feitos de forma correta, sem que se tenha obstrução da justiça. Estudar as fundamentações utilizadas nas decisões judiciais que levam à suspensão do aplicativo.

**Palavras-chave:** Investigação. Obstrução. Justiça. WhatsApp.

**ABSTRACT:** The main social relevance of this work in question is to analyze the limits of intervention that are imposed on the State with regard to the judicial blockade of *WhatsApp*, within the perspective of the Criminal Investigation. It broadens the discussion of some fundamental rights and principles pertinent to the theme in question, seeking to clarify whether there were the limitations imposed and respect for the principles at the time of investigation. It analyzes whether the laws that are imposed will be applied in a relevant manner, according to what the Democratic Rule of Law requests, as well as whether the principles have been respected in each decision registered or violate the constitutional precepts. It observes the relevant legislative sources on the subject, the constitutional principles. Analyze the moments are the legal blockade of *WhatsApp* through criminal investigation. Demonstrate some positions, both favorable and contrary regarding what the State imposes on the judicial blockade of *WhatsApp*. Address the main principles and fundamental rights so that the means of investigation are done correctly, without obstruction of justice. Study the grounds used in court decisions that lead to the suspension of the application.

**KEYWORDS:** Research. Obstruction. Justice. WhatsApp.

### 1 INTRODUÇÃO

O direito digital é um ramo novo e difundido, pois todos os outros ramos são incorporados e agregados, então o cerne do trabalho descrito no trata de dados e privacidade em mídia digital e enfoca o direito geral. Proteção de dados pessoais.

Aproximam-se as normas, aplicações, informações e relações jurídicas advindas do mundo virtual. Em decorrência dessa influência mútua e da disseminação de informações sobre o meio digital, passou a ser um dever zelar pela legalidade das informações e dos contratos fornecidos pelos certificados digitais. Somando-se a essa tecnologia, está a competência em fornecer aos operadores legítimos ferramentas de computação que simplificam e melhoram suas tarefas.

No entanto, argumenta-se que tal tecnologia reformou e facilitou muito a ocorrência de crimes como violação de direitos autorais, difamação, difamação e as trágicas consequências da difamação, até mesmo assassinato, que para muitos foi apenas uma continuação do que já havia sido visto.

Sabe-se que o Judiciário utiliza meios virtuais para realizar seus objetivos, apresentar-se por meio de redes sociais, realizar o processo judicial eletrônico, celebrar contratos e impugnar as partes por meio do sistema WhatsApp, entre outros. Neste caso, deve-se levar em consideração que qualquer decisão que impeça o funcionamento dos aplicativos afeta o funcionamento da própria instituição.

Como argumento contra a ingerência do Estado, não só viola o direito fundamental à privacidade, como também viola o direito fundamental à comunicação previsto no artigo 5º da Constituição Federal, independentemente da comunicação entre cidadãos em suas relações particulares, seja a comunicação comercial ou aquela entre os servidores públicos em todo o país, para os fins de suas atividades funcionais.

No mesmo sentido, argumenta-se que não foi seguido o princípio da proporcionalidade e da prudência, nem o bem comum, que constitui o bem coletivo, o bem maior, pelo qual a maioria, a coletividade, prejudica seu comportamento. um pequeno grupo de criminosos. Posições favoráveis incluem posições onde o equilíbrio entre os direitos fundamentais de liberdade de comunicação e segurança conduz ao predomínio deste último, dada a proteção dos interesses comuns sobre o indivíduo.

O estudo trata de um tema atual onde a lei, a doutrina e a jurisprudência somente caminham para um entendimento que possa garantir direitos sem prejudicar os demais cidadãos.

Assim, buscou-se compilar os entendimentos favoráveis e contrários à intervenção, neste caso, a fim de colaborar com o avanço dos estudos nessa matéria, dentro da ciência jurídica.

## **2 DO CONCEITO DE DIREITO DIGITAL**

Para um primeiro entendimento é necessário conceituar o que é Direito Digital, que segundo Alves (2009) nada mais é do que "resultado da relação entre a ciência do Direito e a Ciência da Computação sempre empregando novas tecnologias. Trata-se do conjunto de normas, aplicações, conhecimentos e relações jurídicas, oriundas do universo digital." O Direito Digital surgiu com intuito de regular a relação da pessoa humana com a tecnologia, de forma, que, ainda

que fosse difícil acompanhar o avanço da sociedade, manter-se atualizado uma vez que se tornaria um ramo requisitado.

O instituto denominado “privacidade” tem evoluído cada vez mais nas legislações, sendo elas internacionais e nacionais. No entanto, ainda necessita ser discutido, pois a população almeja por direitos que os amparem, desse modo será visto a importância da privacidade e como foi evoluindo ao longo dos anos e décadas. Neste sentido, Maciel explicita bem a relevância de se tratar sobre o histórico do Direito Digital e a privacidade.

Para compreendermos a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, fundamental fazermos uma volta ao passado e encararmos como a privacidade tornou-se um direito fundamental, sujeito à proteção pelo estado jurisdicional e como permaneceu ou, até mesmo, tornou-se ainda mais importante com o avanço das tecnologias. (MACIEL, 2019, p.7)

O Direito Digital e a privacidade no Brasil têm um longo histórico, já no ano de 1824, como a Constituição do Império já se falava na privacidade, principalmente no que se referia ao Segredo de Carta e a Inviolabilidade da Casa, pois são termos materiais e, na época, já havia necessidade de rompimento de matéria física.

Maciel (2019, p. 07) explica que:

naquele momento, a privacidade estava submetida a um conceito mais lastreado na propriedade, ou seja, a carta magna protegia o meio físico e não o conteúdo em si. Por isso, vê-se apenas referência ao sigilo da correspondência e à inviolabilidade do domicílio. Perceba-se que não há uma proteção da privacidade por si só, pelo seu conteúdo ou por um aspecto mais subjetivo. O que se protegia ali era a invasão, o ato de romper barreiras físicas.

O surgimento do Direito Digital decorre das relações sociais e do alcance dentro e fora do seu meio de atuação, as mudanças mui rápidas em curto espaço de tempo forçam uma característica a ser construída; a da celeridade de leis em torno das sociedades altamente informatizadas tal o impacto causado por essa busca de saída normativa. Como acertadamente resumiu o professor Paiva “sem a ajuda atual da informática entrariam em colapso”.

### **2.1 1 Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)**

Em 2011 vigorou a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que para Maciel (2019, p. 11):

[...] trouxe a definição de informação pessoal como sendo aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, determinando aos órgãos públicos e entidade do poder público a proteção da informação sigilosa e pessoal, observando a sua “disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

A Lei nº 12.527, sancionada em 18 de novembro de 2011, regulamenta o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas e é aplicável aos três poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Esta Lei representou um importante passo para a consolidação do regime democrático brasileiro e para o fortalecimento das políticas de transparência pública.

A Lei institui como princípio fundamental que o acesso à informação pública é a regra, e o sigilo somente a exceção. Para garantir o exercício pleno do direito de acesso previsto na Constituição Federal, a Lei define os mecanismos, prazos e procedimentos para a entrega das informações solicitadas à administração pública pelos cidadãos. A Lei igualmente determina que os órgãos e entidades públicas deverão divulgar um rol mínimo de informações proativamente por meio da internet.

É válido relatar sobre o caso da atriz Carolina Dieckmann, que no ano de 2012 teve seu computador invadido por *hackers* e espalharam suas fotos íntimas. Naquele ano o caso tornou-se conhecido nacionalmente, sendo sancionada a Lei 12.732/2012, intitulada Lei Carolina Dieckmann que tem como objetivo tipificar penalmente a invasão nos dispositivos informáticos que tenham como objetivo obter vantagens ilícitas ou excluir e adulterar informações sem autorização do titular dos dados, no entanto, haveria aumento de pena caso a invasão resulta-se na obtenção de conteúdo considerado de natureza privada.

Com a instituição do Marco Civil da internet, não se explicou expressamente o que seria o dado pessoal. No entanto, a Lei Geral de Proteção de Dados traz em seu conceito que o dado pessoal é "qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável".

### **3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES AO BLOQUEIO JUDICIAL**

Para um primeiro entendimento é necessário conceituar o que é Direito Digital, que segundo Alves (2009) nada mais é do que "resultado da relação entre a ciência do Direito e a Ciência da Computação sempre empregando novas tecnologias. Trata-se do conjunto de normas, aplicações, conhecimentos e relações jurídicas, oriundas do universo digital." O Direito Digital surgiu com intuito de regular a relação da pessoa humana com a tecnologia, de forma, que, ainda que fosse difícil acompanhar o avanço da sociedade, manter-se atualizado uma vez que se tornaria um ramo requisitado.

Para Pinheiro (2010, p. 67):

A grade de ensino da graduação em direito não mais atende às exigências atuais do mercado de trabalho. Como passar cinco anos sem ser instruído sobre Privacidade Online, Crimes Eletrônicos, Territorialidade em Fronteiras da Informação, Coleta de Provas Eletrônicas, Processo Eletrônico, Fisco Eletrônico, Uso Social dos Direitos Autorais, Consumidor Online, Legítima Defesa na Internet, Perícia Digital, Distinção de Dolo e Culpa em

Equipamentos computacionais, e tantos outros temas que desafiam o pensamento jurídico vigente no Brasil e também no mundo?

O Direito Digital e a privacidade no Brasil têm um longo histórico, já no ano de 1824, como a Constituição do Império já se falava na privacidade, principalmente no que se referia ao Segredo de Carta e a Inviolabilidade da Casa, pois são termos materiais e, na época, já havia necessidade de rompimento de matéria física.

Maciel (2019, p. 07) explica que:

naquele momento, a privacidade estava submetida a um conceito mais lastreado na propriedade, ou seja, a carta magna protegia o meio físico e não o conteúdo em si. Por isso, vê-se apenas referência ao sigilo da correspondência e à inviolabilidade do domicílio. Perceba-se que não há uma proteção da privacidade por si só, pelo seu conteúdo ou por um aspecto mais subjetivo. O que se protegia ali era a invasão, o ato de romper barreiras físicas.

Já em 1988, a Constituição Federal promulgou a Privacidade aos Dados Pessoais, na qual é prevista no rol de direitos fundamentais, vide:

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:

[...]

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

No mesmo sentido, a Constituição também traz prevista no seu rol o *Habeas Data*, sendo este um remédio constitucional que consta no artigo 5º, com intuito de assegurar que o cidadão tenha direito de ter acesso a dados e informações suas que estão sendo utilizados pelo governo ou até mesmo por empresas privadas. Vide rol do artigo 5º, inciso LXXII que diz:

LXXII - conceder-se-á habeas data:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;



Em 2011 vigorou a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que para Maciel (2019, p. 11):

[...] trouxe a definição de informação pessoal como sendo aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, determinando aos órgãos públicos e entidade do poder público a proteção da informação sigilosa e pessoal, observando a sua “disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

É válido relatar sobre o caso da atriz Carolina Dieckmann, que no ano de 2012 teve seu computador invadido por *hackers* e espalharam suas fotos íntimas. Naquele ano o caso tornou-se conhecido nacionalmente, sendo sancionada a Lei 12.732/2012, intitulada Lei Carolina Dieckmann que tem como objetivo tipificar penalmente a invasão nos dispositivos informáticos que tenham como objetivo obter vantagens ilícitas ou excluir e adulterar informações sem autorização do titular dos dados, no entanto, haveria aumento de pena caso a invasão resulta-se na obtenção de conteúdo considerado de natureza privada.

Com a instituição do Marco Civil da internet, não se explicou expressamente o que seria o dado pessoal. No entanto, a Lei Geral de Proteção de Dados traz em seu conceito que o dado pessoal é “qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.

Para Maciel (2019, p. 30) dado pessoal é conceituado como

toda informação que pode identificar um indivíduo ainda que não diretamente. Portanto, incluem-se na referida definição, por exemplo, os números de Internet Protocol – IP, número de identificação de funcionário dentro de uma empresa, e até mesmo características físicas. Isso em razão da presença do léxico “identificável”, que amplia a definição de dados pessoais.

Já Bioni (2019, p. 119) vem conceituando o que seriam dados sensíveis e sua importância.

Os dados sensíveis são uma espécie de dados pessoais que compreendem uma tipologia diferente em razão de o seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade: discriminação. Quando se pensa em dados que exprimem a orientação sexual, religiosa, política, racial, estado de saúde ou filiação sindical, surge a preocupação em haver distinção ou diferenciação de uma pessoa por conta de tais aspectos da sua personalidade. Ainda que, assim como um dado anônimo pode se tornar um dado pessoal, um dado “trivial” pode também se transmutar em um dado sensível; particularmente, quando se têm disponíveis tecnologias (e.g., Big Data) que permitem correlacionar uma série de dados para prever comportamentos e acontecimentos, tal como ocorreu com a loja de departamentos que identificou quais consumidoras estariam grávidas, precisando, inclusive, o

período gestacional. É possível, portanto, identificar individualidades mais sensíveis das pessoas, tais como orientação sexual, raça e estado de saúde, a partir de informações triviais.

No entanto, vale destacar que, atualmente, há outro tipo de dado (anônimo), no qual Maciel e Bioni conceituam com conforme diz a Lei Geral de Proteção de Dados.

Também não é considerado dado pessoal o dado anônimo, considerado como aquele em que o indivíduo “não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”. Um dado pessoal pode deixar de ser alvo de proteção, caso seja anonimizado, com a “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”. Ainda, deixa de ser anônimo um dado, se o “processo de anonimização ao qual foi submetido for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido”.

Para melhor compreensão, é necessário demonstrar posições jurídicas das quais se posicionam a favor da Intervenção do Estado. O caso a seguir trata-se de uma nota emitida pelo Tribunal de Justiça de Sergipe:

O Juiz da Vara Criminal de Lagarto, Marcel Maia Montalvão, determinou, nesta segunda-feira, 02.05, nos autos do Processo nº 201655000183, que tramita em segredo de Justiça, a suspensão de 72 horas dos serviços do aplicativo WhatsApp, em todo território nacional. Segundo a decisão, as operadoras devem efetivar a suspensão imediatamente após a intimação. O magistrado atendeu a uma medida cautelar ingressada pela Polícia Federal, com parecer favorável do Ministério Público, em virtude do não atendimento, mesmo após o pedido de prisão do representante do Facebook no Brasil, da determinação judicial de quebra do sigilo das mensagens do aplicativo para fins de investigação criminal sobre crime organizado de tráfico de drogas, na cidade de Lagarto/SE. O Juiz informou ainda, que a medida cautelar está baseada nos arts. 11, 12, 13 e 15, caput, parágrafo 4º, da Lei do Marco Civil da Internet. (TJSE, 2016)

Vale ressaltar o argumento de violação do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade neste caso em concreto. O Professor Pedro Lenza, em sua obra, elucida com maestria esse Princípio de fundamental importância, que serve de parâmetro nos julgamentos dos magistrados. Assim vejamos seu trabalho:

Ao expor a doutrina de Karl Laenz, Coelho esclarece: “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos, muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza

axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”. Trata-se de princípio extremamente importante, especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados. Como parâmetro, podemos destacar a necessidade de preenchimento de 3 importantes elementos: a) necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa; b) adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; c) proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição. Finalmente, lembramos dois importantes dispositivos legais que explicitamente adotam o princípio da proporcionalidade (que, no plano constitucional, não está enunciado de modo formal e categórico, mas decorre do devido processo legal, em sua acepção substantiva – artigo 5º, LIV); (LENZA, 2012, p. 159/160).

O professor de Direito, Carlos Aurélio Mota de Souza, da UNESP, sustenta que o bem comum, antes de tudo, contempla o bem supremo das comunidades, o fim mais elevado para o qual tendem as ações sociais do homem, tornando-se critério de elaboração de leis justas. Outra questão muito importante a ser considerada é a de que o bem comum não é a soma dos bens particulares. Assim vejamos sua sustentação:

Uma imagem clássica e clara para a compreensão do conceito de bem comum pode ser encontrada na antiguidade, na obra do filósofo grego Parmênides, que viveu entre o V e o IV século a.C. Parmênides afirma que o “Ser” se apresenta ao mesmo tempo Uno (Todo ou Universal) e Múltiplo (Partes ou Particulares). Por exemplo, em qualquer organismo vivo uma célula é um todo em si mesma, mas contém partes menores que a integram. Um órgão vital é um todo em si, mas parte de um ser maior: o corpo humano. O próprio homem, dotado de vida física, psíquica e espiritual, é um ser completo, uma unidade ou individualidade que não está só, mas convive com outros homens e mulheres e com eles forma outras entidades ou unidades, que podem ser uma comunidade (singular) ou uma coletividade (a sociedade em geral). São um ser-para outros seres. Portanto, as células, os órgãos e os seres são partes inseridas num todo mais amplo, num Universo, como as sociedades

dos povos (o universo político) e o conjunto de planetas (o Universo planetário ou galáctico). Entre o Uno e o Múltiplo subsiste uma relação de complementaridade, uma dialética de vida, pela qual as duas entidades convivem em estado natural – e não podem deixar de conviver, sob pena de perecimento do ser (a falência de um órgão faz o corpo perecer). Assim, o todo tem deveres para com as partes (Justiça distributiva), e as partes em relação ao todo (Justiça social), bem como as partes têm deveres entre si (Justiça comutativa), e ambas têm, reciprocamente, direitos, conforme a teoria aristotélica sobre a Justiça. Além disso, o bem comum se identifica com o Bem supremo, bem geral, bem de todos, interesse público e expressões correlatas. Está contraposto aos bens das partes, ou seja, bens ou interesses particulares, sem os anulares, pois um dos fins últimos do bem comum é garantir a cada um a sua perfeição para servir a comunidade.

Segundo Jacques Maritain (em: A pessoa e o bem comum), ele não é sequer “a simples coleção dos bens privados, nem o bem próprio de um todo, que somente diz respeito a si próprio e sacrifica as partes em seu proveito. O bem comum da cidade é sua comunhão no bem-viver; é, pois, comum ao todo e às partes, sobre as quais ele transborda e as quais devem tirar proveito dele”. A terceira constatação é de que os governantes devem ter dois olhares: para o interesse geral e para os interesses particulares. O interesse particular não é necessariamente mal, mas, por natureza, é “menos belo e menos divino que o interesse comum”, conforme afirmou Aristóteles em *Ética a Nicômaco*. Em *Política*, ele identifica interesse comum com interesse mútuo, por estar fundado na reciprocidade dos serviços prestados. Na politeia, governo da maioria, os homens agem em prol do interesse comum, e as leis da cidade são justas quando assumem como finalidade o bem comum. Para distinguir bem comum de bem particular, Johannes Messner – jurista e político austríaco – associa os conceitos de “ser” e “valor”. “O bem comum” – afirma – “é uma realidade social com categoria supraindividual de ser e valor, em virtude da pluralidade dos membros da sociedade que dela dependem no seu ser humanamente perfeito; o bem particular é uma realidade com categoria de ser e valor suprassocial, própria da pessoa humana”. Essas normas acentuam o caráter do bem comum expresso no dever de solidariedade das partes no interior do todo familiar, por exemplo: o amor, a convivência, assistência, zelo material e moral, enfim, o cuidado com outro. Essa pauta de regras também oferece um conceito central que deve ser entendido como “somos todos irmãos”, fundamento do conceito de fraternidade (de frater, fratris, irmão). Não é uma expressão sentimental ou religiosa, mas uma categoria jurídica consagrada desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao afirmar que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”, ampliada em 1948, com

a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao proclamar que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Ainda na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 29, § 1º, afirma que “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. É interessante notar que o conceito de fraternidade não escapou à sensibilidade social dos nossos constituintes: já no preâmbulo da Constituição Brasileira instituíram um Estado democrático de direito destinado a construir uma sociedade baseada em “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, tendo como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I). (DE SOUZA, 2012)

É necessário destacar que a decisão se deu em decorrência de investigação criminal a respeito do crime organizado de tráfico de drogas, que é equiparado a crime hediondo.

Outro caso semelhante aconteceu no Rio de Janeiro no ano de 2016, onde a juíza Daniela Barbosa Assumpção, da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias – TJRJ, determinou o bloqueio do aplicativo, porque a empresa *Facebook*, responsável pelo aplicativo, descumpriu determinação judicial para fornecer informações sobre uma investigação que estava sendo realizada na época.

Falando novamente do Marco Civil da Internet, conceitua-se a privacidade como aquilo que diz respeito a alguém em particular, a sua vida privada.

Para Maciel (2019, p. 47),

As tradicionais políticas de privacidade, costumeiramente publicadas com sem maiores reflexões, precisam se atentar à previsão do artigo 9º. São as políticas de privacidade que costumeiramente dão sustentação ao direito do titular de acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, devendo serem disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensivas [...].

Portanto, salienta-se que se os crimes mostram um desprestígio para o combate à obstrução de justiça, os termos de crime devem ser repensados e suas penas também. É necessário que o Direito faça uma adaptação às novas tecnologias e desafios, no entanto, que não sejam feitas *gambiaras* de interpretação. É necessário pensar na coletividade em busca de soluções pontuais, para que outros problemas deste tipo sejam evitados.

### **3.1 Dos julgados sobre bloqueio do WhatsApp**

A Constituição já estabelece que sigilo das comunicações telefônicas não é absoluto, sendo que a relativização desses direitos é confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem o entendimento de que o direito à privacidade não é absoluto e deve ceder diante do interesse público, como é observado em vários julgados, por exemplo, RE 464.182/RS, relator Ministro Cezar Peluso; AI 627.751/SC, relator Ministro Marco Aurélio; RE 219.780/PE, relator Ministro Carlos Velloso; AI 710.106/SP, relatora Ministra Ellen Gracie e AI 655.298-AgR/SP, relator Ministro Eros Grau, este assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. PROCEDIMENTO LEGAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, STF, 2007)

Conforme já descrito, o aplicativo para smartphones WhatsApp é usado para comunicação, com mensagens de texto, imagens, vídeos e conversa de voz, similares a ligações telefônicas.

Para os ministros da Terceira Turma do STJ, o sigilo das comunicações somente poderá ser levantado: por decisão judicial, no caso de necessária investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, inciso XII, da CF); mediante consentimento dos participantes; ou nos casos em que "(...) a exposição das mensagens tiver como objetivo resguardar um direito próprio do receptor", sendo necessário analisar o caso concreto nessa última hipótese, para ponderar se o direito à liberdade de informação ou o direito à privacidade prevalecerá.

É interessante chamar atenção para o entendimento do STJ em matéria de processo penal. As turmas especializadas em direito penal vêm firmando seu entendimento pela ilicitude da prova obtida a partir do acesso a mensagens trocadas por meio do WhatsApp sem que tenha havido autorização judicial para tanto, por entender que a conduta viola as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada.

De acordo com a Sexta Turma, "[e]ventual exclusão de mensagem enviada (na opção 'Apagar somente para Mim') ou de mensagem recebida (em qualquer caso) não deixa absolutamente nenhum vestígio, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado, e, por conseguinte, não pode jamais ser recuperada para efeitos de prova em processo penal, tendo em vista que a própria empresa disponibilizadora do serviço, em razão da tecnologia de criptação ponta-a-ponta, não armazena em nenhum servidor o conteúdo das conversas dos usuários".

Diante do volume de informações trocadas diariamente via WhatsApp, o entendimento da Terceira Turma do STJ delinea e atualiza o conceito de sigilo das comunicações assegurado constitucionalmente, constituindo importante avanço na proteção das garantias constitucionais à privacidade e à intimidade dos emissores de mensagens eletrônicas.



Contudo, embora não tenha sido abordado com profundidade no acórdão, os ministros da Terceira Turma consideraram os casos em que será necessário a um dos polos das conversas mantidas no WhatsApp usar seu conteúdo para defender o próprio direito, hipótese em que será mitigada a ilicitude da divulgação pública de *prints* de conversas sem que haja autorização dos envolvidos ou autorização judicial.

Por entender que o risco causado pelo uso da criptografia ainda não justifica a imposição de soluções que envolvam acesso excepcional ou ainda outras soluções que diminuam a proteção garantida por uma criptografia forte, penso que não há como obrigar que as aplicações de internet que ofereçam criptografia pontam a ponta quebrem o sigilo do conteúdo de comunicações.

Em maio de 2016, uma decisão da Vara Criminal de Lagarto (SE) havia determinado que as operadoras de telefonia fixa e móvel bloqueassem o aplicativo por 72 horas. A determinação do bloqueio foi motivada porque a empresa não havia cumprido uma ordem judicial anterior de fornecimento de conteúdo de conversas que subsidiariam uma investigação. Posteriormente, o bloqueio foi revertido pelo TJ sergipano.

Em julho do mesmo ano, outra decisão, desta vez da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, também determinou a suspensão do aplicativo. A decisão foi derrubada no Supremo, pelo ministro Ricardo Lewandowski, à época presidente da Corte.

A ADI 5.527 foi proposta pelo Partido Liberal (à época, Partido da República) para questionar a constitucionalidade de dispositivos do Marco Civil. Essa ação é relatada pela ministra Rosa Weber.

Em especial, preocupa a legenda os dispositivos que serviram para fundamentar as decisões que determinaram o acesso a troca de mensagens e as ordens de suspensão do aplicativo no país. São eles: o parágrafo 2º do artigo 10 (segundo o qual o conteúdo de comunicações privadas “somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial”) e o artigo 12, incisos III e IV. Eles preveem a hipótese de suspensão temporária e proibição do exercício das atividades da empresa que desrespeitar a lei e os direitos à privacidade.

Já a ADPF 403 discute se a decisão de Duque de Caxias violou ou não preceito fundamental — no caso, o inciso IX do artigo 5º da Constituição da República, segundo o qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Ela é relatada pelo ministro Fachin.

Em síntese, a utilização das mensagens eletrônicas como meio de prova ainda encontra cenário nebuloso a ser delineado pela jurisprudência, a exemplo das ponderações trazidas pela Sexta Turma do STJ sobre a possível ausência de autenticidade das mensagens trocadas por meio do WhatsApp e sua completa invalidade como meio de prova. Com o avanço da tecnologia, espera-se que a jurisprudência enfrente, cada vez mais, questões como as tratadas nesse julgamento, que desafiam os conceitos definidos pelo legislador e levam à necessidade de o Judiciário interpretá-los.

## 4 CONCLUSÃO

Considerando tudo o que foi abordado neste artigo, há uma clara contradição na questão de suspender o WhatsApp, pois, por um lado, é assegurada a proteção dos dados do usuário, os direitos e garantias do indivíduo e o interesse público. Por outro lado, porque os juízes aplicaram esta medida de suspensão porque a empresa WhatsApp impossibilitou o fornecimento das informações solicitadas pelos juízes nos casos descritos em acima.

Assim, há uma óbvia contradição entre princípios onde, por um lado, a supremacia do interesse público e, por outro, a privacidade, intimidade, dignidade humana, proporcionalidade e liberdade de comunicação.

Nesse sentido, os magistrados não podem impor apenas o artigo 12 da referida lei, considerando que a finalidade desse artigo é proteger os usuários, ou seja, na hipótese de violação do disposto nos artigos 10 e 11 acerca de sua imagem, privacidade, intimidade ou honra. Portanto, eles não podem usá-lo como uma ferramenta para criar incerteza e violar seus direitos.

Ressalta-se que é necessário equilibrar os princípios do tratamento justo e aderente às regras básicas do Estado Democrático de Direito, o que não foi seguido nas medidas de suspensão aqui analisadas anteriormente, onde milhões de usuários foram lesados e sua privacidade também foi comprometido.

No entanto, se fica clara a desproporcionalidade das ordens de suspensão, onde aplicam sanções em todo o território do país, mas não respeitam a distribuição de suficiência, necessidade e proporcionalidade em seu verdadeiro sentido, são contrárias às conquistas democráticas trouxeram. cerca de. A Constituição Federal de 1988 e os princípios de um estado justo e igualitário, porque a ordem extrapola os direitos fundamentais e assegura e atinge toda a sociedade, que não está relacionada com a atividade principal, sofre sanções, que muitas vezes não; feito ciente e cuja privacidade e intimidade foram violadas.

Com base no exposto, conclui-se que restringir o acesso ao aplicativo de mensagens WhatsApp é uma violação real dos princípios do Estado Democrático de Direito, pois sufoca os direitos e garantias individuais de milhões de usuários, como a liberdade de expressão e comunicação recebe uma cláusula de ferro e sua privacidade não é totalmente respeitada para atingir outro objetivo, por outro lado, constatou-se que essa meta não foi alcançada mesmo com essa medida desproporcional e ineficaz.

A observância do princípio da proporcionalidade é fator importante para a tomada de uma decisão justa, que alcance objetivos públicos e proteja os direitos fundamentais, o que neste caso não é seguido.

Conforme já afirmado neste artigo, uma decisão justa significa que ela segue as diretrizes do devido processo legal e baseia-se na cooperação para construir um processo democrático em que as partes devem agir juntas, mostrando que o efeito do conflito é apresentado como uma garantia. e não apenas uma surpresa, porque o raciocínio estruturado é necessário acima de tudo.

#### 4 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>
- BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.
- BRASIL. LEI Nº 12.965. Brasília, DF: Presidência da República, 2016.
- BRASIL. Serviço Federal de Processamento de Dados, SERPRO e LGPD: segurança e inovação.
- BIONI, Bruno Ricardo, Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- DE SOUZA, Carlos Aurélio Mota. Bem Comum, bem de todos. Chave de Leitura Direito, Revista Cidade Nova, nº 10. Publicado em outubro. 2012.
- LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 16. ed. rev., atual, e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACIEL, Rafael Fernandes. Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18) - 1ª Edição. Goiânia: RM Digital Education, 2019.
- PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. São Paulo. Saraiva, 2010.

## INFRAÇÕES AS BASES PRINCIPIOLÓGICAS QUE REGEM O PROCESSO ADOTIVO BRASILEIRO

**MARIA LAURA DE SOUSA SILVA:**

Graduanda no curso de direito pela Associação Vitoriense de Educação, Ciência e Cultura - AVEC Centro Universitário FACOL - UNIFACOL.

**RESUMO:** O estudo trata de temas que visam compreender os fundamentos principiológicos que servem de base ao instituto da adoção. Inicialmente, para o correto desenvolvimento da análise, é necessário debruçar-se sobre o procedimento jurídico imposto a criança, antes que seja cogitada sua retirada no seio familiar biológico, nesta fase, uma série de critérios são observados para que a medida aplicada a criança, conforme tange o art. 101 da Lei nº 8.069/1990, corresponda a ela como o melhor ao seu interesse e bem-estar. Observando a realidade do instituto da adoção, compreende-se um processo moroso e cercado de percalços que se estendem por anos, é nesse contexto que surge a adoção à brasileira, como um meio de fuga do processo legal, mas que por sua vez infringe direitos e garantias constitucionais voltadas à criança e ao adolescente. A partir disso, analise a infração ao princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse para a criança, onde o processo judicial que conduz o instituto se afasta do fim último, que concerne na proteção do direito da criança/adolescente à convivência família.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios. Adoção. Convivência familiar.

**ABSTRACT:** The study deals with themes that aim to understand the principled foundations that serve as the basis for the adoption institute. Initially, for the correct development of the analysis, it is necessary to look into the legal procedure imposed on the child, before its removal from the biological family is considered, at this stage, a series of criteria are observed so that the measure applied to the child, as per art. 101 of Law No. 8.069/1990, corresponds to it as best to your interest and well-being. Observing the reality of the adoption institute, it is understood a lengthy process and surrounded by mishaps that extend for years, it is in this context that Brazilian adoption arises, as a means of escape from the legal process, but which in turn infringes rights and constitutional guarantees aimed at children and adolescents. From this, analyze the violation of the principle of human dignity and the best interest for the child, where the judicial process that leads the institute moves away from the ultimate end, which concerns the protection of the child/adolescent's right to family life.

**KEYWORDS:** Principles. Adoption. Family living.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca a compreensão das bases principiológicas que regem o instituto da adoção e como esses fundamentos são afetados por um processo moroso que apresenta uma série de critérios a serem seguidos, antes que a criança/adolescente seja realocada em uma família substituta. É necessário destacar que, os princípios que regem o instituto da adoção, são resultado de uma série de alteração legislativas e por isso devem ser compreendidos como base para a concretização do objetivo do instrumento jurídico.

Destaca-se que, conforme o desenvolvimento histórico, as leis acerca da adoção, que antes visavam a garantia do pátrio poder e a proteção do instituto familiar, mudaram o paradigma ao observar a criança e ao adolescente como sujeito a ser especialmente protegido. Tal consideração trouxe ao redor das décadas, garantias que sobretudo observassem a proteção daqueles que já foram tão marginalizados pela sociedade e pela instituição familiar.

Por isso, inicialmente, visa-se analisar como ocorre o procedimento aplicado a criança quando é verificada a situação de vulnerabilidade com a infração de seus direitos. Destaca-se então acerca das medidas que são impostas a criança, visto que, em razão da adoção ser a última *ratio*, a criança ao ser acolhida passa por uma série de profissionais especializados que analisarão sua condição física e psicológica, e com o afastamento familiar, como as autoridades competentes se baseiam para determinar se o afastamento será temporário ou definitivo.

Posteriormente, o estudo debruça-se acerca da adoção à brasileira, como um meio de burlar o processo judicial que conduz o instituto da adoção. Verifica-se que, a maioria dos casos de adoção a brasileira, ocorre em razão do fortalecimento de um estereótipo social imposto às crianças e adolescentes que se encontram em lares de acolhimento. Ao ser cadastrado no sistema nacional de adoção e acolhimento, o adotante ao impor filtros que corresponde a minoria das crianças acolhidas, ao passar anos na fila de espera por uma criança que se enquadre aos critérios, ao encontrar, fora dos meios legais a criança pretendida, em ato de registrá-la como seu filho biológico, burlando todo um sistema judicial, comete adoção a brasileira e infringe o direito da criança de conhecer sua origem, podendo responder criminalmente pelo ato praticado.

Em seguida, destaca-se que, todos os profissionais que atuam no processo de adoção, devem sobretudo, ter observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse para a criança. Tudo isso deve servir de base para que a criança que se encontra em situação de vulnerabilidade, com o direito de convivência familiar sendo infringido, tenha seu sofrimento reduzido, e seja assegurada a ela, condições de vida digna, para o seu correto desenvolvimento.

Portanto, o trabalho elenca os princípios mais importantes que tangem o processo adotivo e como a flexibilização deles, proporcionam condições infratoras aos direitos da criança e do adolescente, apontando a necessidade e obrigação de cumprimento das garantias elencadas na constituição não só pela família, mas também pelo estado e pela sociedade como um todo.

## **2 O PROCEDIMENTO APLICADO A CRIANÇA OU ADOLESCENTE NO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL ATÉ A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR**

Conforme anteriormente elucidado, o processo adotivo encontra-se como uma medida legal a ser recorrida para aqueles que querem expandir seu núcleo familiar. Mas, antes de chegar ao patamar de calma e conforto e vislumbrar pretendentes e crianças completamente aptos para participar do processo adotivo, a criança que fora retirada de uma situação de vulnerabilidade vivenciou uma série de contextos que pudessem efetivar a sua retirada da família biológica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente regimenta o instituto da adoção amparado em uma série de procedimentos a serem seguidos desde o acolhimento da criança que possui seu direito transgredido até o tratamento de causas que podem a vir a efetivar a perda do poder familiar. A medida judicial retro mencionada reflete como uma forma do indivíduo por consequência de seus atos, entregar seus filhos ao Estado a fim de que tutele a segurança da criança ou adolescente. (LYRA, 2019, p. 14).

Tendo como amparo o texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente artigo 45 é claro ao mencionar que a adoção deverá ser precedida de autorização dos pais biológicos da criança, trazendo como ressalva o caso de serem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, conforme previsão do artigo 1.638 do Código Civil.

A lei traz uma série de previsões que permitem a autoridade judicial intervir no núcleo familiar a fim de preservar o melhor interesse para a criança ou adolescente que, de acordo com o caso concreto, possui direitos sendo transgredidos pela família sanguínea.

Para Dias (2021, p. 315), o Estado atua na instituição familiar de forma fiscalizadora, e sendo identificada a infração prevista em lei, terá cabimento para intervir, suspendendo ou extinguindo o poder familiar.

A lei é clara ao expor no artigo 1.638 e incisos que, castigar de forma imoderada, abandonar, atuar com atos contrários a moral e aos bons costumes, ou ainda, abusar de sua autoridade, não agindo de acordo com as responsabilidades impostas perante os filhos, poderão os pais, perder o poder familiar, visto que é dever do Estado, garantir o bem estar dos incapazes.

Um exemplo de vetor para utilização das medidas de proteção trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é o da infração dos direitos em razão da falta, omissão ou abuso dos pais, conforme artigo 98 do mencionado aparato legal. Analisado tal ponto, mais adiante, o art. 101 aponta quais as medidas a serem utilizadas visto que o direito da criança ou adolescente foi infringido.

É preciso salientar que, a lei a todo momento ressalta que a intenção não é de imediato a destituição do poder familiar, mas sim, uma reintegração segura da criança no seio familiar biológico, visto que o instituto da adoção só é recorrido como última medida, conforme inciso IX do art. 101. Vejamos: Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: [...] IX - colocação em família substituta (BRASIL, 1990).

Quando a criança é encontrada em uma situação de perigo aos seus direitos e garantias, o ato de encaminhamento do indivíduo até uma instituição de acolhimento, não pode ser efetuado de forma autônoma pelo membro do conselho tutelar, devendo a situação ser informada a autoridade judicial a fim de que determinada expedição de guia de acolhimento para que a criança ou adolescente seja amparada no ambiente adequado, conforme dispõe o §3º, art. 101 do ECA, após a análise e cumprimento de uma série de exigências a serem seguidas. Sendo necessário requerer pela suspensão ou destituição do poder familiar, o Ministério Público ou



outro interessado inicia o procedimento apresentando petição nos moldes do art. 156 do ECA a competente autoridade judiciária.

Recebida a petição, havendo fundada motivação de cunho grave, a autoridade poderá decretar liminarmente ou incidentalmente a suspensão do poder familiar, nos termos do art. 157 do ECA. Não havendo grave motivação, será determinada a citação e posterior estudo do caso concreto, com análise dos profissionais competentes, a fim de identificar se o caso realmente se enquadra como causa de suspensão ou extinção do poder familiar.

Dias (2021, p. 316) apresenta a suspensão como uma sanção mais leve a ser aplicada em face dos pais, não como forma de punir, mas sim de preservar os interesses da criança ou adolescente. Por sua vez, a autora trata de destituição do poder familiar através de dois termos: a perda, que se dá através de uma sentença judicial, e através da morte, com a extinção do sujeito passivo.

Conforme previsão legal do art. 158 do ECA, o requerido será citado para que se manifeste no prazo de 10 (dez) dias, indicando as devidas provas que pretende produzir, documentação e rol de testemunhas. Não havendo contestação e findado o estudo social ou perícia o processo é encaminhado ao Membro do *Parquet* para vistas no prazo de 5 (cinco), exceto se ele for o requerente. Quando o processo volta para a autoridade judiciária, ele terá mais 5 (cinco) dias para proferir decisão.

Havendo contestação o processo segue, sendo designada data para realização de audiência de instrução e julgamento. Serão ouvidas as testemunhas que possam comprovar a situação de risco vivenciada pela criança ou adolescente, será colhido o parecer técnico, logo após, tem a palavra o requerente, o requerido e o Ministério Público, quando este não for o requerente, como prevê o §2º do art. 162 do ECA. Destaca-se também que os pais eles serão ouvidos, sempre que seja possível identifica-los, conforme art. 161, §4º do ECA. Vejamos:

Art. 161. Se não for contestado o pedido e tiver sido concluído o estudo social ou a perícia realizada por equipe interprofissional ou multidisciplinar, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, salvo quando este for o requerente, e decidirá em igual prazo. [...] § 4º É obrigatória a oitavos pais sempre que eles forem identificados e estiverem em local conhecido, ressalvados os casos de não comparecimento perante Justiça quando devidamente citados (BRASIL, 1990).

A decisão poderá ser proferida em audiência ou no prazo de 5 (cinco) dias e essa sentença será averbada no registro de nascimento da criança ou do adolescente, conforme §3º do art. 162 e art. 163, parágrafo único. Em sendo pedido de colocação em família substituta, o pedido deverá atender os requisitos legais previstos no artigo 165 do ECA. Há hipóteses há serem consideradas, elencadas no art. 166 do mesmo Estatuto, onde é exposto que, se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos do poder familiar, ou tiverem concordado com a colocação em família substituta,

o pedido poderá ser feito diretamente no cartório, salientando-se que tal ato, extingue o poder familiar. Os pais deveram expressar consentimento que deverá ser ratificado na audiência, conforme §4º do art. 166 do ECA. Vejamos:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. [...] § 4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o § 1º deste artigo (BRASIL, 1990).

Os devidos profissionais repassam todas as informações necessárias as partes, para que todos seus direitos e deveres daquele dia em diante fiquem claros perante a criança ou adolescente que está sendo realocado de sua família. O processo seguirá os mesmos tramites legais anteriormente mencionados, quais sejam, análise de estudo social, perícia por equipe interprofissional e acompanhamento do Ministério Público, tudo isso a fim de identificar se essa medida de fato corresponderá como o melhor para os interesses da criança ou adolescente e por fim a autoridade judiciária proferirá decisão e a criança se destituída do poder familiar, será cadastrada no Sistema Nacional de Adoção e acolhimento.

### **3.ADOÇÃO À BRASILEIRA COMO RESULTADO DO PROCEDIMENTO UTILIZADO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Como anteriormente elucidado, a pratica da adoção foi difundida por pelo decorrer dos séculos. Apesar de ser um ato antigo, a questão normativa desse instituto no Brasil é consideravelmente recente, tendo em vista as atuais reformas legislativas que permeiam o instituto.

A fim de viabilizar a aproximar o instituto das partes requerentes foi criado o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Tal sistema serve como núcleo de informações daqueles que pretendem ampliar seu conjunto familiar, nele, são cadastradas as partes que pretendem encontrar um filho, bem como, a criança que está apta a ser adotada, sendo exigido cumprimento de uma série de requisitos anteriormente mencionados (MARCHI; TEIXEIRA, 2018. p. 12).

Com a complexidade do processo judicial, bem como, a maior burocratização em razão da morosidade, muitos pretendentes recorrem a meios ilegais para conseguir o tão sonhado filho, de forma a registrar como seu, filho concebido por outrem, sem que seja observado todos os requisitos legais ou cobrança de qualquer exigência, o que denomina-se de “Adoção à brasileira” (FRANCO, 2020, p. 18).

Percebe-se que, a realidade destoa do que prevê o texto legal uma vez que, o processo adotivo tem uma curta duração, como elencado no §10º do art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mas o que ocorre de fato é que, em razão da falta de atualização cadastral, a desistência de pretendentes sem comunicação e devida alimentação do sistema, resulta no

congestionamento dos processos, fazendo com que aquele que realmente tenha o interesse de adotar e seguir os trâmites legais passe anos a fim de conseguir um filho.

Como consequência dos muitos filtros exigidos junto ao sistema nacional de adoção e acolhimento, vem a ocorrer a mora processual, onde muitos indivíduos recorrem a adoção à brasileira. Vale salientar que, o Código Penal tipifica tal ato como crime contra o estado de filiação, trazendo disposição no art. 242, visto que o ato vai de encontro com direito do jovem de conhecer sua origem (DIAS, 2021, p. 233).

As consequências desencadeadas desse ato são de níveis extremos, uma vez que, o registro de nascimento da criança pode vir a ser anulado, a adoção é colocada numa situação de vulnerabilidade, uma vez que o vínculo foi estabelecido, além da detenção dos sujeitos ativos do fato típico (FRANCO, 2020, p. 19).

Um ponto importante a ser destacado trata-se da questão da irrevogabilidade, prevista no §1º do art. 39 do ECA. Quando tratar-se de um caso de adoção à brasileira, devem ser considerados uma série de pontos, antes de elencar questionamentos acerca da revogação do ato. A adoção à brasileira é identificada, por exemplo, através do indivíduo que durante a relação, registrou como seu o filho concebido por outrem, mas que com o término do relacionamento, deseja eximir-se da responsabilidade, neste caso, não seria cabível ato anulatório, uma vez que não houve erro e a paternidade foi exercida de forma espontânea (DIAS, 2021, p. 220).

O instituto da adoção é tratado como irrevogável prezando pela dignidade da criança que compõe o vínculo jurídico. Ao dar atenção apenas a forma irregular de estabelecimento do vínculo sem considerar que ali fora construída uma relação com efeitos sociais, jurídicos e psicológicos, cogitar a revogação do instituto seria uma infração mais gravosa ao direito da criança (SANTOS, 2010, p.11).

Outro ponto que favorece a adoção à brasileira seria os critérios apresentados no sistema nacional de adoção de acolhimento, uma vez que as características exigidas frente a criança pela maioria dos pretendentes proporcionam a mora processual.

A conservação de estereótipos da criança perfeita afunila cada vez mais a esperança daqueles que vivem em lares de acolhimento. Observa-se por exemplo que, 72,7% dos pretendentes a adotar uma criança, tem preferência pelo filho de cor branca, mas o que conclui-se é que, os indivíduos buscam crianças que se assemelhem as características dos membros do núcleo familiar, apresentando preferências sobre a cor, idade ou até se a criança porta doença, fazendo com que o leque de possibilidade de crianças aptas fique cada vez mais restrito (AMIM; MENANDRO, 2007, p. 248).

Dessa forma, quando o pretendente encontra uma criança que se enquadra nos moldes de sua preferência, sem seguir os trâmites legais, burlar o sistema reconhecendo como seu filho gerado por outra pessoa, torna-se muito mais fácil do que seguir os requisitos legais e aguardar

por anos em uma fila de espera por um filho que se enquadre nas descrições especificadas junto ao sistema nacional de adoção e acolhimento.

Por fim, compreende-se que o ato de adotar sem seguir os trâmites legais, reconhecendo como filho biológico, aquele que fora concebido por outrem e assim o registrar, além de ser considerado como ato criminoso e lesar o processo adotivo, é também um ato ocasionado pela implantação de ferramenta que traz possibilidade de delimitação de crianças aptas, fazendo com que o pretendente conserve um estereótipo de criança pretendida e torne o processo moroso.

#### **4. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE PARA A CRIANÇA FRENTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser conceituado como um conjunto de direitos básicos que proporcionam o bom convívio em sociedade, protegido constitucionalmente, ele tido como direitos de primeira dimensão. A dignidade do indivíduo comporta uma série de direitos dentre os quais o Estado tem o dever de proteção, sendo eles, elencados no art. 5º da Carta Magna (MELO, 2017, p. 20).

Para Dias (2021, p. 65) o princípio da dignidade da pessoa humana é a ordem máxima a ser observada nos casos concretos, visto que é dele que advém outros direitos constitucionais. Seria com base na atenção a esse princípio que o estado regeria sua conduta perante o indivíduo, seja o amparando, ou o controlando.

O processo adotivo surge como forma de suprir a lacuna que existe na vida da criança que esteve em estado de vulnerabilidade, buscando através da adoção a efetivação da garantia constitucional da convivência familiar prevista no art. 227 do Texto Constitucional, bem como no art 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É se amparando no instituto da adoção que a dignidade da criança é restabelecida, uma vez que, saindo da situação de vulnerabilidade do núcleo familiar biológico, sua criação é muitas vezes imposta a familiares indiferentes a seu bem estar, não a restando outra saída que não seja o acolhimento institucional para conseguir posteriormente uma família substituta (BORGES; EBAID, 2020, p. 26).

Conforme anteriormente pontuado, diversos são os fatores considerados que ocasionam a retirada de uma criança ou adolescente de sua família biológica, sempre visando a ideia de que a adoção deve ser a última medida a ser recorrida. O fato é que, por vezes, a criança encontra-se em uma situação de marginalidade em razão da falta de amparo familiar e estatal, devido a superlotação dos lares de acolhimento, sendo a adoção uma forma de suprir a dignidade que lhe foi retirada (CACHAPUZ, 2005, p. 355).

Antes à adoção da teoria da proteção integral da criança, prevalecia o Código de Menores e nele, a ideia de acolhimento era levada como meio que efetivava o desvinculo familiar. Nesse contexto, a criança era tida marginalizada até nos abrigos, tendo em vista, não se

enquadrava nos moldes familiares determinados, visto que havia um estereótipo preservado na época (SILVA, 2004, p. 290).

Logo, é possível fazer um comparativo com o que prevalecia entre os anos de 1927 a 1979 com o que é vivenciado pelas crianças que não se enquadram no padrão mais solicitado junto ao Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento nos dias atuais. Independentemente de cor da pele, dos olhos, necessidades especiais, ou faixa etária, a toda criança deveria ser proporcionada a oportunidade de reintegração ao convívio familiar, a fim de que sejam preservados valores e ensinamento que apenas a instituição familiar pode prestar a criança ou adolescente, assegurando a dignidade que foi perdida com a situação de vulnerabilidade.

O processo adotivo em prática fere a dignidade da criança e adolescente que vê seu tempo perdido no lar de acolhimento, por simplesmente não se enquadrar no padrão requisitado pelos pretendentes (BITTENCOURT, 2018, p.14). Isso ocorre em razão do procedimento adotado pelo judiciário no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, onde é concedida margem para que o adotante crie ainda mais obstáculos para a criança que já se encontra sem o convívio familiar, ferindo sua garantia constitucional.

Portanto compreende-se que a dignidade da pessoa humana voltada ao processo adotivo no dever de convivência familiar, é antes de tudo, o cuidado pelo tempo que a criança passa sem a instituição familiar que lhe é devida. Esse fator pode vir a lhe causar uma série de traumas, frustrações e consequências futuras que o estado teria o dever de prevenir.

Quando refere-se ao processo adotivo, os cuidados processuais devem ser de atenção redobrada, uma vez que o interesse tutelado é voltado ao indivíduos especialmente protegidos pelo estado. Desde o acolhimento da criança, até a destituição do poder familiar, bem como, a inserção da criança em um novo núcleo familiar, um princípio norteia todo o procedimento a fim de garantir a criança a melhor saída para sua condição de vulnerabilidade: o princípio do melhor interesse da criança.

Tal princípio ganhou atenção especial com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que adotou a teoria da proteção integral, regida pelo princípio do melhor interesse, onde amparado ao auxílio da família, possa assegurar a criança, adolescente ou jovem os direitos previstos no art. 4º do retro mencionado Estatuto (DIAS, 2021, p. 72).

A teoria da proteção integral em conjunto com o princípio do melhor interesse da criança, trouxe a ideia do menor como sujeitos de direitos. Nesse contexto, todas as medidas e atos utilizados seja no acolhimento, ou na destituição do poder familiar, bem como, na adoção, sempre devem visar o melhor interesse aos direitos da criança ou adolescente (BITTENCOURT, 2018, p. 7).

Nesse diapasão, pode-se entender que, quando a criança ou adolescente encontra-se em estado de marginalidade, não lhe sendo assegurado os direitos previstos no artigo 4º do ECA, tanto o Estado, como a família, como a sociedade em geral, deixou a desejar no seu dever perante



esse indivíduo. Sobrevindo a essa situação, o instituto da adoção, que surge como meio de reparação dessa falta.

Dessa forma, o texto legal do ECA, dispõe no art. 43, que a adoção deverá ser deferida, quando havendo motivos legítimos, apresentar reais vantagens para o adotando, ficando claro a base principiológica da previsão normativa. Tendo isso em atenção, não deve-se considerar que a destituição da criança do seu âmbito familiar biológico seria uma forma de punição daqueles que a colocaram em estado de vulnerabilidade, mas sim, um meio de efetivar seus direitos e garantias que foram anteriormente violados.

Portanto, é possível compreender que, seja no procedimento de retirada da criança do núcleo familiar sanguíneo, ou perante a situação de adoção à brasileira, as autoridades competentes devem visar a proteção da criança ou adolescente que ali se encontra com seus direitos em risco, de forma que todo o caso concreto deve ser analisado visando a solução mais favorável a esse indivíduo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao finalizar o estudo, compreende-se, portanto, que os princípios são fontes necessárias e de suma importância, que conduzem as ações de todas as partes envolvidas no instituto da adoção. Por isso, o agir do profissional envolvido no processo adotivo deve ter atenção nas medidas que irão proporcionar a segurança da criança/adolescente, bem como o afastamento da situação de vulnerabilidade, infratora do bem estar e da dignidade do sujeito, alvo da proteção.

Nessa perspectiva, compreende-se a necessária atuação do judiciário no processo adotivo, bem como, o cumprimento de todas suas etapas. Contrariamente ao estipulado, a adoção à brasileira é um crime que além de burlar o controle judicial acerca do instituto, infringe ainda mais os direitos dos sujeitos tutelados, zelados pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, norma infraconstitucional, além de trazer mora excessiva ao processo que por si, já encontra obstáculos para finalização.

Aponta-se que, a toda criança/adolescente é assegurado o direito de conhecer sua família biológica, bem como, o de conviver em ambiente familiar que protejam seus interesses. Tendo isso em observância, destaca-se que, o não cumprimento do devido processo legal, bem como, a falta de foco à condição de vulnerabilidade da criança/adolescente, apresentam-se como afastamento/flexibilidade dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse para a criança.

Neste diapasão, compreende-se que, as ações das partes quando não observados os princípios, fogem no fim ultimo do instituto, que se ampara em proteger as crianças e adolescentes, garantindo o máximo de dignidade na instituição primária, que, via de regra, deveria proteger seus interesses. Portanto, destaca-se a necessidade de cuidado com os direitos dos menores que encontram marginalizados pela sociedade e pela família, tendo atenção especial ao zelo pelos princípios constitucionais que regem o instituto da adoção, para que a criança/adolescente possa ser removido da situação de vulnerabilidade da melhor maneira.



## REFERÊNCIAS

AMIM, Isabela Dias; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Preferências por características do futuro filho adotivo manifestadas por pretendentes à adoção. **Interação em Psicologia**. Curitiba, v. 11, n.2, p. 241-252, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/7653/8145>. Acesso em: 7 nov. 2021.

BITTENCOURT, Pollyana Conte. **Morosidade no processo de adoção**. 2018. 23f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2018. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/766/1/Trabalho%20de%20Conclus%C3%A3o%20de%20Curso%20TCC.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BORGES, Sarah Carolina Colorado; EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. A busca pela realização da dignidade da pessoa humana no instituto da adoção. **Colloquium Socialis**. Presidente Prudente, v.4, n.2, p. 20-30. 2020. Disponível em: <https://revistas.unoeste.br/index.php/cs/article/view/3847/3110>. Acesso em: 13 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 09 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e da outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 12 out. 2021.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Da adoção sob a égide do princípio da dignidade humana. **Revista Jurídica Cesumar**, v.5, n.1, p. 349-358. 2005. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/351>. Acesso em: 13 nov. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

FRANCO, Gabriela Cenci. **Os entraves burocráticos encontrados no processo de adoção no Brasil**. 2020. 32f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2020. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/7289/1/FRANCO%2c%20GABRIELA%20CENCI.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2021

LYRA, Luara da Silva. **Destituição do poder familiar e adoção**: uma análise dos dados da Comissão Judiciária Estadual de adoção do Espírito Santo, e a necessária busca pela celeridade e eficiência do Poder Judiciário brasileiro nos processos de destituição do poder familiar. 2019. 54f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/816>. Acesso em: 02 nov. 2021.

MARCHI, Daniel Souza; TEIXEIRA, Humberto Gustavo Drummond. **Adoção – uma análise reflexiva diante dos entraves burocráticos do sistema jurídico brasileiro**. 2018. 23f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Sociais Aplicadas, Direito), Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2018. Disponível em:  
<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/583>. Acesso em: 13 out. 2021.

MELO, Ana Cláudia Alves Silva de. **A lei da adoção à luz da lei de biossegurança e do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2017. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em:  
<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11939>. Acesso em: 7 nov. 2021.

SANTOS, Yamana Gomes Tito de Azevedo. **Paternidade socioafetiva: a irrevogabilidade da adoção à brasileira**. 31f. 2010. Trabalho de Conclusão de Pós-Graduação (Especialista em direito para a carreira de magistratura), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:  
[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2010/trabalhos\\_12010/yama-naazevedo.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/yama-naazevedo.pdf). Acesso em: 6 nov. 2021.

SILVA, Enid Rocha Andrade da. **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: Ipea/Conanda, 2004. Disponível em:  
[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/1/Livro\\_%20Apresenta%3%a7%3%a3o\\_Pref%3%a1cio\\_Notas\\_biogr%3%a1ficas\\_e\\_sum%3%a1rio](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3050/1/Livro_%20Apresenta%3%a7%3%a3o_Pref%3%a1cio_Notas_biogr%3%a1ficas_e_sum%3%a1rio). Acesso em: 18 nov. 2021.

## **AMOR INDENIZÁVEL: O ROMPIMENTO DO CASAMENTO E A REPARAÇÃO PECUNIÁRIA DO CÔNJUGE**

**MARIA DE JESUS RIBEIRO DE PÁDUA:**  
Acadêmica do curso de Direito, Centro  
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

**JOÃO PAULO SOARES AZEVEDO**<sup>74</sup>

(coautor)

**ANA LETÍCIA ANARELLI ROSATI LEONEL**<sup>75</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Este artigo tem como tema a indenização por danos morais em decorrência do rompimento do casamento quando motivado por culpa unilateral, decorrente da quebra de algum dos deveres desse instituto que une os cônjuges, visto que possui como base a fidelidade e respeito mútuo que visam proteger a honra e a dignidade dos envolvidos. Essa reparação busca compensar o sofrimento do cônjuge judicialmente declarado vítima, com o objetivo de ressarcir a honra afetada e sua integridade moral decorrente da violação aos deveres do casamento, devendo assim, a parte lesada apresentar o prejuízo, além da culpa do agente e o nexo causal, para justificar o direito à indenização. Em meio ao contexto, este estudo teve o objetivo de analisar se o cônjuge que se sente moralmente lesionado por terceiro tem a possibilidade de recorrer às vias judiciais para buscar compensação pelo constrangimento. A metodologia se fez por meio de um levantamento bibliográfico com base em livros, artigos científicos e leis que possuem os requisitos inerentes a esta pesquisa. Concluiu-se que o dano moral pela dissolução do casamento é devido em casos que ofenda a honra, imagem, a integridade física ou psíquica, desde que devidamente comprovados.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Relacionamento afetivo. Dano moral.

**ABSTRACT:** The subject of this article is compensation for moral damages as a result of the breakup of marriage when motivated by unilateral guilt, resulting from the breach of any of the duties of this institute that unites the couple, since it is based on fidelity and mutual respect that aim to protect the honor and demand of those involved. This seeks to compensate the suffering of the spouse judicially reported as a victim, with the objective of compensating the hospitalized honor and its moral integrity resulting from the violation of the duties of marriage, thus the injured party must present the damage, in addition to the agent's fault and the causal link, to justify the right to compensation. In the midst of this context, this study aimed to analyze whether the morally spouse who feels morally injured by a third party has the possibility of going through the questioning paths to seek to compensate for the embarrassment. The methodology was done through a bibliographic

<sup>74</sup> Acadêmico do curso de Direito, Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

<sup>75</sup> Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

survey based on books, scientific articles and laws that have the requirements inherent to this research. Concluding that the moral damage for the conversion of marriage is due in cases that offend the honor, image or physical or mental integrity provided that it is properly preserved.

**Keywords:** Civil liability, Affective relationship, Damage moral.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de família surge devido à necessidade de regular as relações existentes e a influência que exercem sobre os indivíduos e seus bens, uma vez que, a família é considerada a base da sociedade. Sua formação ocorre por meio de um vínculo formado entre duas partes, independentemente da sua forma e que gera deveres entre ambos os cônjuges como “fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos”, conforme determina o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.566 (BRASIL, 2002).

Apesar de não haver no ordenamento jurídico brasileiro norma expressa determinando a indenização em caso de dissolução do casamento, isto não impede que se fale em obrigação de indenizar os danos daí advindos, visto que, quando a quebra desses deveres ofende de alguma forma a honra de um dos cônjuges, deverá haver reparação civil com base no artigo 186 do Código Civil que prevê tal possibilidade (BRASIL, 2002), já que comprovado abalo à honra da vítima, nasce o direito de ser indenizada moralmente pelo cônjuge ofensor, ensejando reparação por dano moral.

Diante disso, a problemática trazida por este artigo é responder em que circunstâncias o direito resguarda a possibilidade de se indenizar um dos cônjuges ao fim do relacionamento conjugal, dado que a omissão do agente quanto aos deveres previstos no casamento gera um prejuízo moral a vítima, configurando assim a relação de causalidade entre o ato culposo e o dano gerado. Dessa forma, essa pesquisa tem por objetivo analisar em que circunstâncias haveria, ou não, a possibilidade de se reparar, de forma pecuniária, o dano moral causado a algum dos cônjuges pelo término do relacionamento.

Para isso, esse trabalho estruturou-se no início em conceituar o casamento, os princípios norteadores do direito de família e questões relacionadas à quebra dos deveres previstos no ordenamento pelo casal. Depois, analisa-se a responsabilidade civil e a existência de dano moral nas relações familiares, passando-se à análise das repercussões sobre infidelidade conjugal e, ao final, de que forma a legislação brasileira pode ser aplicada à questão.

O presente trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, classificada como descritiva, exibindo noções teóricas que buscam explicar pontos ligados à responsabilidade civil dos cônjuges pela quebra dos deveres do casamento, bem como examinar fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legais que demonstram conceitos e reflexões sobre a responsabilidade civil, vinculado ao dano moral.

## 2 PRÍNCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA, DO CASAMENTO E DAS SUAS CONSEQUÊNCIAS PATRIMONIAIS

A constituição brasileira traz que a família é uma instituição extremamente importante para a sociedade, inclusive, a considera como base da constituição. Oriunda do atual Estado Democrático de Direito, esta visão da família propiciou uma legitimação do direito civil, fazendo com que o indivíduo deixe de focar no indivíduo proprietário, valorizando a afetividade e a realização dos indivíduos dentro do ambiente familiar, havendo, uma despersonalização da família – fato que ocorreu também nas mais diversas áreas abrangidas pelo direito civil. O amor, o respeito e a cooperação com o advento da constituição atual passaram a ser atitude prioritária entre os companheiros, o afeto passou a ser o centro do ordenamento jurídico.

O direito de família hoje é norteado por alguns princípios constitucionais, e que possuem importância considerada no direito contemporâneo brasileiro, e são de importância ímpar para o esclarecimento deste projeto. São eles: Princípio da Dignidade da Pessoa humana; Princípio da liberdade e o Princípio da solidariedade familiar.

O Princípio da dignidade da pessoa humana revela como um meio de fortalecimento da família, consagrado na Constituição da República de 1988, como fundamento estruturador do Estado Democrático de Direito.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana, o fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Considerado como princípio fundamental em qualquer regime jurídico democrático, pelo simples fato de se tratar de um direito humano fundamental a ser aplicado e observado de tal maneira a garantir que a vida das pessoas seja o minimamente digna. A dignidade da pessoa humana, para o direito familiar se fortalece nas relações familiares, com a constitucionalização da família foi promovida no âmbito das relações conjugais, através da igualdade e afetividade entre os cônjuges e companheiros. As relações familiares devem sempre buscar a proteção da vida e a integridade dos membros da família, se baseando no respeito e assegurando os direitos de personalidade.

O princípio da liberdade, também conhecido como princípio da não intervenção familiar, está presente no art. 1513 do Código Civil, nele é determinado que fosse estritamente proibido a qualquer pessoa, tanto de direito público quanto de direito privado, intervir na comunhão de uma família já instituída (BRASIL, 2002). Este princípio compreende a interferência nas relações familiares, quando for de forma coativa, o casal tem a autonomia e liberdade de gerenciar a sua vida social. A conceituada autora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2008, p. 27) no informa que:

O princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder

familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.

Esse princípio mantém relação com o princípio da autonomia da vontade, que também, deve existir no do direito familiar. No direito de família, esta vontade ocorre quando se pode escolher com quem irá se casar ou tiver uma união estável.

Vale ressaltar que o artigo 1.513 menciona a proibição de interferência do Estado na vida da família, porém, isso não impede que o mesmo venha a incentivar o controle de natalidade e o planejamento familiar, por exemplo, criar ações públicas a qual seja possível à autonomia da vontade ocorrer sem que haja falta de conhecimento ou de informações, promovendo assim, campanhas educacionais. O estado também é o responsável por criar mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar, assegurando a família assistência para todos os seus integrantes.

O princípio da solidariedade familiar busca uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo nas relações familiares. Tal princípio possui assento constitucional, estando consagrado nos artigos 3º, 226, 227 e 230 da Constituição Federal de 1988. Portanto, se tem o ponto de vista da Carta Maior, um exemplo onde este princípio é empregado é no direito à alimentos, que tem como base o princípio da solidariedade, e que implicará respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2011):

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officiumpietatis*, ou na caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural.

O Código Civil de 2002 avançou nessa direção, mas está muito aquém das demandas da contemporaneidade, impondo pugnar-se por avanços legislativos, preferencialmente, em um corpo legal orgânico e sistemático, como a proposta de um Estatuto das Famílias autônomo, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família.

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros ou conviventes, principalmente, quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado. Em uma palavra, de solidariedade. O casamento, por exemplo, transformou-se de instituição autoritária e rígida em pacto solidário. Com o casamento, o casal formula uma promessa de adesão aos deveres que a lei estabelece como necessários à consecução dos seus fins essenciais. Portanto, a celebração do matrimônio cria deveres recíprocos que se impõe aos cônjuges como condição infestável de sobrevivência da união conjugal. Esses deveres foram impostos no artigo 1.566 do Código Civil, a



saber: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, assim como respeito e consideração mútuos (BRASIL, 2002).

A instituição do casamento, assim como outras matérias constantes da lei, tem seus princípios, para os quais se destacam os seguintes: autonomia privada, indivisibilidade do regime de bens, variedade de regime de bens e; mutabilidade justificada.

Princípio da autonomia privada é o direito que os nubentes possuem de regulamentar seu matrimônio nas questões patrimoniais, presente no artigo 1.639 do Código Civil (BRASIL, 2002) que informa que: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver”, ou seja, é a liberdade que os cônjuges possuem para regulamentar o regime de bens.

Já no princípio da indivisibilidade, o regime é único para ambos os consortes, é possível criar regimes jurídicos viáveis que não estejam previstos em lei (TARTUCE, 2020), ou seja, é ilícito fracionar os regimes em relação aos cônjuges, pois marido e mulheres possuem isonomia constitucional.

Falando agora do princípio da variedade de regime de bens, o Código Civil relaciona quatro possibilidades de regimes de bens aos nubentes, onde se deve escolher um dos regimes. Caso as partes envolvidas fiquem em silêncio o regime adotado será o regime da comunhão parcial, que o padrão adotado no Código Civil (art. 1.640, caput, do CC). O regime de bens tem validade a partir da data do casamento.

Quanto ao princípio da mutabilidade justificada é a possibilidade que os cônjuges possuem de alterar o regime de bens mediante autorização judicial, onde o pedido deve ser provocado por ambos, expondo razões e justificativas para essa alteração (TARTUCE, 2020).

A escolha de um regime patrimonial de bens ou até mesmo a celebração do pacto antenupcial deve ser feita com cautela, sempre com o auxílio de um advogado. O instituto do regime de bens tem grande relevância para o planejamento matrimonial, dado seus reflexos jurídicos na sucessão.

O casamento não deve ser visto apenas em termos de sua influência na governança, costumes, culturas ou outras escolhas, mas também é importante dizer que é uma relação que envolve deveres e responsabilidades de ambos os lados.

Com relação aos direitos e deveres, o Código Civil informa que os cônjuges são tratados de forma isonômica, ou seja, possuem o mesmo direito que é corroborado pelo artigo 1.511: “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2002). No entanto, introduz o artigo 226 da Constituição Federal, que trata da família, em seu parágrafo 5º, que consta: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

Considerando esses objetivos das leis pertinentes, destaca que os deveres e direitos decorrentes do casamento são: fidelidade recíproca; vida em comum domicílio conjugal; mútua assistência; sustento; guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

A condição de fidelidade recíproca ou lealdade mútua é uma das obrigações mais importantes entre os cônjuges, conforme § 2º da Lei nº 9.278 de 1996. “São direitos e deveres iguais dos conviventes: respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproco; guarda; sustento e educação dos filhos comuns” (BRASIL, 1996).

A fidelidade conjugal não é apenas afetiva e sexual, mas também econômica e financeira, e que está contida no conceito de lealdade. A traição afetiva e sexual constitui muito mais uma categoria de regra moral e religiosa do que propriamente jurídica. Isto porque a sanção correspondente à sua infração perdeu o sentido, especialmente após a Emenda Constitucional nº 66/2010 que eliminou do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, em que se podia ficar buscando o culpado pelo fim do casamento. Em 2005, o adultério deixou de ser crime, com as alterações promovidas pela Lei 11.106/2005 no Código Penal.

O Código Civil não define a natureza jurídica do casamento, mas sua condição básica pode ser vista no artigo 1.511, ao descrever que os cônjuges devem criar uma coabitação que sustente a igualdade de direitos e obrigações. Foi ainda referido que o artigo 226.º, n.º 5, da Constituição Federal venha a citar sobre a gratuidade do casamento civil para os casais que declaram pobreza, para garantir uma grande oportunidade para todos (BRASIL, 1988).

Segundo Lisboa (2013), o dever de fidelidade decorre do dever de assistência não material, tem uma contribuição indireta para o direito exclusivo do casamento e os direitos dele decorrentes, em que tem o dever de não cometer adultério. Assim, o dever de fidelidade decorre do dever de não trair aquele com quem se casou. Essa lealdade inclui o uso físico, bem como a lealdade psicológica.

Nesse sentido, Madaleno (2015, p. 103) diz que: “a fidelidade supõe exclusividade do débito conjugal, pois, como no casamento, também na união estável cada cônjuge ou convivente renuncia à sua liberdade sexual [...]” de acordo com essa ideia, a lealdade mútua deixa de existir quando a fronteira da União é quebrada.

Além disso, enfatizando ainda mais a lealdade como obrigação mútua, sua violação está sujeita ao disposto no Código Civil de acordo com o artigo 1.573.

Art. 1.573. Pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - Adultério;

II - Tentativa de morte;

III - Sevícia ou injúria grave;

IV - Abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - Condenação por crime infamante;

VI - Conduta desonrosa. Parágrafo único.

O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum (BRASIL, 2002).

Acrescenta o autor que ao ler o artigo 1.724 do Código Civil, não há dúvida de que as relações pessoais envolvem o dever de lealdade, que é pré-requisito para uma aliança estável, com exceção dos relacionamentos. O parágrafo 1º do artigo 1.723 também dispõe que um casamento anterior sem separação impede que outra conjugação ocorra ao mesmo tempo, mas se o casado não conviver com o cônjuge, a barreira não existe mais.

Sobre a vida em comum no domicílio conjugal também conhecida como obrigação de coabitação, é a segunda obrigação mútua entre marido e mulher, ou seja, devem viver juntos e viver em harmonia. Azevedo (2009, p. 196-197) introduziu o conceito dessa responsabilidade, lembrando que é “a imposição legal, de ordem pública, aos cônjuges, de seu relacionamento fisiológico, sexual, recíproco, enquanto durar a convivência no lar conjugal”.

A coabitação é o conceito de dever conjugal, multiplicado pela finalidade de ser uma expressão religiosa a finalidade da procriação, que leva à satisfação das necessidades conjugais de ambas as partes. No entanto, sabendo que este não é um elemento essencial do casamento, e que nenhum deles pode constituir a sua nulidade, estas disposições não se aplicam às disposições do casamento (DINIZ, 2016).

Esta obrigação implica que um dos cônjuges pode ser obrigado a satisfazer os desejos do outro para satisfazer os desejos sexuais deste. Quanto à ausência de relações sexuais, em razão da recusa de um dos cônjuges, isso não implica na possibilidade de indenização ou danos morais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Quanto às obrigações de mútua assistência, concordou em incluir o tópico substantivo, que destaca questões econômicas, como no caso de suplementos nutricionais e questões pessoais. “A mútua assistência não é só material, mas também moral” (ALMEIDA JR., 2004, p. 143).

Mútua assistência, respeito e consideração, mais que regras, inserem também na categoria de princípio constitucional de solidariedade. A mútua assistência vai além do sustento, e pensão alimentícia em caso de dissolução de casamento. Significa também atenção, amparo e afeto, e cuidado um com o outro, cujo descumprimento pode ter como consequência uma reparação civil (PEREIRA, 2021, p. 925).

É dever garantir que os cônjuges se ajudem, independentemente do nível de ajuda material, moral e espiritual que seja mútuo. Em suma, é uma questão de companheirismo mútuo que constrói autênticos laços de solidariedade (DINIZ, 2016).

Além disso, de acordo com o artigo 1.724 do Código Civil Brasileiro, “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos” (BRASIL, 2002), que dependem do cumprimento dos seus deveres e obrigações por parte dos cônjuges.

Outro dever é o sustento, guarda e educação dos filhos, que apesar de saber que a *prole* não é necessária para o casamento, indica um componente essencial da existência do casamento. A orientação escolar em casa e na escola é fundamental porque é uma obrigação dos pais, tanto em termos de condições de alimentação como de provisão. A obrigação de garantir que as necessidades dos filhos menores sejam atendidas, orientando-os e criando-os mesmo após o divórcio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Guarda e educação dos filhos é a regra que traduz hoje o princípio constitucional da paternidade responsável, que vai além de uma obrigação decorrente do casamento. Estas regras, associadas ao princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade que embasam o raciocínio jurídico de reparação civil por abandono afetivo, além é claro, de traduzir-se também como pensão alimentícia (PEREIRA, 2016, p. 369).

Venosa (2015) descreve o cuidado e a educação dos filhos como traços entre pais e filhos, estabelecidos como direitos e obrigações; No entanto, a pensão alimentícia é uma obrigação apenas porque os filhos são dependentes de seus pais, mesmo em caso de separação conjugal, eles ainda estão nesse estado.

A obrigação de respeito e consideração mútuos se fundamenta nos princípios da dignidade humana, Almeida Jr. (2004, p. 155) complementa que “o maior respeito que um cônjuge pode render ao outro é quanto à vida de seu parceiro, em todos os seus desdobramentos, quer morais, quer físicos, quer psíquicos”.

Esse dever de respeito garante que eles não se ofendam ou os acusem de fazer declarações falsas ou palavras e ações insultuosas. De fato, para efeitos desses atos, insulto significa qualquer atentado à honra, à moral e à dignidade do cônjuge, seja por meio de ações ou palavras. No entanto, como o artigo 1.566 do Código Civil faz referência a certas obrigações conjugais, conforme anunciado anteriormente, essa longa lista acarreta o reconhecimento teórico de que esses direitos não se aplicam de forma alguma aos cônjuges, especialmente aos que são obrigados a fazer: ordem e interesse público.

Neste caso, pode-se também invocar uma sincera responsabilidade de respeito à honra e dignidade e responsabilidade familiar, para não colocar a outra parte em situação humilhante e não levar a uma posição inferior moral dentre outros casos (MADALENO, 2018).

Juntas, essas obrigações são consideradas de grande importância para a convivência saudável entre os cônjuges e estão associadas à igualdade de direitos e obrigações de não prejudicar nenhuma das partes. Além disso, é importante dizer que existe a possibilidade de divórcio, em razão do qual os cônjuges descumprem suas obrigações, o que afeta diretamente seu relacionamento.

### **3 DANO MORAL NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO**

Após a entrada em vigor da Constituição Federal em 1988, foi possível controlar o surgimento de novos dispositivos, que obrigaram a estabelecer a responsabilidade civil nos casos de dano moral. Portanto, devido às necessidades de cada indivíduo, há a oportunidade de interpretar as fontes legais e garantir que as disposições da legislação sejam adequadas para cada caso individual (SPEISS, 2017).

Quanto à indenização por dano moral, esta está regulamentada nos incisos V e X do artigo 5º. Além disso, a mesma possibilidade de indenização pode ser observada nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, que contêm aspectos passíveis de reparação (BRASIL, 2002).

Cavaliere Filho (2010, p. 235) informa o dano como “um prejuízo a um bem jurídico, independentemente de seu caráter, seja patrimonial ou extrapatrimonial, neste último, o bem que sofre o dano é a honra, a imagem, a liberdade, a saúde (mental ou física)”.

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONÇAVES, 2018, p. 223).

Segundo a concepção de Diniz (2004), o dano mental é causado por eventos lesivos e pertence ao dano não patrimonial, ou seja, qualquer dano que fira os direitos de outrem terá efeito de interesse próprio. Portanto, o critério de distinção entre dano psíquico e dano físico nada tem a ver com a natureza do direito subjetivo adquirido, mas com o interesse que fundamenta o direito.

Além disso, Diniz (2004, p. 91) afirma que outro pressuposto estabelecido para o direito ao dano é que “ao efeito da lesão jurídica, isto é, ao caráter de sua repercussão sobre o lesado, pois somente desse modo se poderia falar em dano moral, oriundo de uma ofensa a um bem material, ou em dano patrimonial indireto, que decorre de evento que lesa direito extrapatrimonial”.

Segundo Diniz (2014), existe dois tipos de danos morais, diretos e indiretos. A primeira é definida como o ataque a interesse visando à obtenção de bens jurídicos extrapatrimoniais relativos os direitos da personalidade ou características humanas que possam afetar a dignidade da pessoa prevista na Constituição Federal. Os danos morais indiretos, por outro lado, referem-se a danos relacionados à satisfação do bem que causa “prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido

a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial” (DINIZ, 2014, p. 104).

Alguns pontos relevantes são importantes para analisar a ocorrência do dano moral e assim cumprir sua obrigação de indenizar. Além disso, é difícil identificar o dano moral e é preciso analisar alguns pontos, como aponta Diniz (2004, p. 94-98):

Efemeridade do dano moral;

Escândalo da discussão em juízo, sobre sentimentos íntimos de afeição e decoro;

Incerteza, nos danos morais, de um verdadeiro direito violado e de um dano real;

Dificuldade de descobrir-se a existência do dano;

Impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral;

Indeterminação do número de lesados; Imoralidade da compensação da dor com o dinheiro;

Perigo de inevitabilidade da interferência do arbítrio judicial conferindo ao magistrado poder ilimitado na apreciação dos danos morais, ao avaliar o montante compensador do prejuízo;

Enriquecimento sem causa;

Impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação.

Considerando a avaliação dos pontos acima, cabe ao juiz interpretar se a obrigação de indenizar por danos morais foi dada ou não. De acordo com a Lei de Processo Civil de 2015, em seu artigo 17 dispõe que: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”, sendo assim a parte prejudicada poderá solicitar o pedido de danos morais, só precisa estar apta, e poder provar o dano ocorrido para julgamento a fim de reparação. (BRASIL, 2015).

Uma realidade que não se pode negar, é que a dissolução de união conjugal, de forma generalizada, provoca desconforto emocional a uma das partes, cujo sentimento é agravado quando da união resultaram filhos. Os motivos da dissolução da união conjugal decorrem dos mais diversos motivos entre eles, podemos destacar a alteração de sentimentos recíprocos, do término dos laços afetivos, ou ainda quando uma das partes deixa de cumprir com os seus deveres conjugais, o que impede a continuidade da união.

Há que se considerar que a ruptura do casamento, não prevê multa ou cláusula penal, mas, apenas se limita a observância dos procedimentos legais, de acordo com a opção de comunhão ou separação de bens escolhida pelo casal, guarda dos filhos e estipulação de pensão alimentícia aquela que dela necessitar. No entanto, o que se constata com frequência é que uma das partes



lesada emocionalmente pelo descumprimento da união, e que tal fato causa dor de grandes dimensões, além de desestruturar a unidade familiar, principalmente quando da união resulta em filhos, e mais ainda, quando o cônjuge se encontra sob dependência econômica do outro.

Neves (2007) já explicou que o casamento representado pela união dos cônjuges, é o responsável pelo nascimento do vínculo entre eles, é o momento em que nasce o vínculo da vida entre este casal, que formará uma nova família. A partir desse momento, os casamentos são feitos com responsabilidade mútua.

Com o casamento, a que se pode chamar também de sociedade conjugal, muda-se do estado civil de solteiro para casado, e estabelece-se o vínculo de parentesco por afinidade com os parentes do outro cônjuge, mesmo que com eles não se tenha nenhuma afinidade. Os pais dos cônjuges tornam-se sogros e os irmãos cunhados. Com o fim do casamento o parentesco em linha reta, ou seja, sogro, sogra, genro e nora, não se dissolvem (PEREIRA, 2021, p. 2012).

A reparação de danos morais por um dos cônjuges em favor do outro será requisitada se um dos envolvidos praticar ato ilícito que cause prejuízo moral ao outro. Contudo, a reparação por danos morais decorrentes do divórcio, não deve visar apenas o ressarcimento por infração dos deveres conjugais, mas também aplacar o sentimento de abandono que aflige a parte inocente, as dificuldades emocionais que experimenta em função da dissolução da sociedade e a imagem perante sua família e sociedade. Para Cavalieri Filho (2010, p. 235) o dano é avaliado como sendo "um prejuízo a um bem jurídico, independentemente de seu caráter, seja patrimonial ou extrapatrimonial, neste último, o bem que sofre o dano é a honra, a imagem, a liberdade, a saúde (mental ou física)".

É importante ressaltar que a indenização por dano moral não é apenas uma tentação, mas uma grande insatisfação pública que prejudica a imagem da vítima. De acordo com Azevedo (2018, p. 145) "o nobre instituto não tem por objetivo amparar as suscetibilidades exageradas e prestigiar os chatos".

A questão fundamental é a possibilidade de obrigar o cônjuge que causou prejuízo, seja este material ou imaterial, a ressarcir mediante indenização os danos causados para com o outro. Motta (2020, p. 40) exemplifica de maneira assertiva a importância da discussão: "começamos falando de amor e terminamos sempre falando de dinheiro". Todos os casais desejam ser indenizados pelo prejuízo sofrido com o término de uma relação afetiva. Mas, apesar de a culpa não mais ser uma hipótese para o divórcio, a mesma ainda pode ser discutida na esfera civil, mediante ação de indenização.

E inquestionável que a dissolução da sociedade conjugal por expressão de vontade unilateral, causa à outra parte grande desconforto e problemas emocionais, perante os filhos, se estes existirem, perante a família e a sociedade, além de desestruturação financeira, mudança

forçada de objetivos, bem como, grande mágoa, pois que certamente uma das partes nutre e estima pela outra, alimentada durante o tempo da união.

Todos estes sentimentos, resultantes do rompimento de laços afetivos e base familiar, certamente acarretam direito de reparação por danos morais, dada a sua importância na sociedade. Outro ponto importante para análise desta questão é o fato da inclusão do inciso V, no art. 1566, do novo Código Civil, que trata do respeito e consideração mútuos, como dever de ambos os cônjuges, alegando assim o compromisso e responsabilidade entre estes, bem como, configura mais uma possibilidade de indenização por danos morais provenientes da dissolução da sociedade conjugal, intentada por um dos cônjuges em detrimento do outro.

Como o respeito e consideração mútuos foram compreendidos entre os deveres dos cônjuges, subentende-se que o legislador demonstra uma preocupação de ordem moral no relacionamento conjugal e a ofensa a este dever, possibilita a reparação de danos morais, uma vez que respeito e consideração são dois fatores eminentemente subjetivos.

Além disso, com a indenização face à agressão sofrida pelo cônjuge, não é pretendido que o amor seja indenizado, mas sim, que seja reparado o dano causado ao cônjuge inocente e vítima de conduta criminosa, ofensiva à sua integridade moral, produzindo dor martirizante de profundo mal-estar e angústia. O crime desonra o agredido, acarretando-lhe um dano moral, aliás, muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro, porquanto, se o marido empurra a mulher, arranca-lhes os cabelos, esbofeteia-a, derruba-a ao solo, fere-a, terá praticado sevícia, tendo-se abandonado o tempo em que a mulher absorvia silenciosamente pressões morais e seu cônjuge, e tudo em nome do amor e da manutenção da unidade familiar.

Explicando os deveres que os indivíduos têm de acordo com o disposto no artigo 5º, artigo X da Constituição Federal, encontrou: [...] "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" [...]. (BRASIL, 1988).

De fato, os cidadãos cujos direitos básicos foram violados, especialmente no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, esperam que o Estado restaure seus valores degradados e cumpra a difícil tarefa de restaurar os juízes por meio do princípio de equivalência, moralidade corrompida por herança (CARUSO, 2019, p. 142 e 143).

Dessa forma, diante da aceitação pacífica pela indenização decorrente de danos exclusivamente morais, tem-se que a ruptura de união conjugal seja imotivada ou com base no descumprimento dos deveres conjugais, bem como, pela prática de ilícitos penais, deve receber guarida do instituto da responsabilidade civil no que tange a indenização decorrente de danos morais, face ao sofrimento e constrangimento advindos da dissolução.

#### **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A INFIDELIDADE CONJUGAL**

Nas palavras de Corrêa e Muniz (1998): "O dever de fidelidade tem por objeto a dedicação exclusiva e sincera, como consorte, de cada um dos cônjuges ao outro, o que vale dizer uma leal dedicação de vida, tanto na dimensão física quanto espiritual".

A fidelidade é um dos deveres do casamento. Esse dever possui um conceito bastante aberto que se relaciona a todo relacionamento humano, não só o casamento. Esse dever implica na escolha do cônjuge em deixar de praticar relações de caráter sexual e amoroso com outras pessoas. Seu descumprimento gera o adultério, o que ofende a honra do outro cônjuge visto que leva o nome do traído gerando assim situações embaraçosas e vexatórias.

No campo do direito privado, o adultério é justa causa para a separação judicial litigiosa. Quanto à infidelidade moral, não está munida de sanção eficiente, apesar da sua importância, os deveres do casamento são juridicamente inócuos, já que no nosso ordenamento jurídico não existe qualquer previsão pra isso, embora a sua quebra seja uma afronta direta ao artigo 1.566 do Código Civil, cabe apenas aos cônjuges avaliar o seu relacionamento intimamente e decidir o seu rumo, servindo apenas como causa para a separação judicial litigiosa.

Paulo Luiz Netto Lobo (2004) traz que os deveres de fidelidade recíproca, coabitação e, até mesmo, o de respeito e consideração mútuos são juridicamente inócuos, pois não há qualquer sanção jurídica para seu inadimplemento durante a convivência conjugal, restando aos cônjuges, exclusiva e intimamente, avaliarem se a conduta contrária pode tornar suportável ou não seu relacionamento, uma vez que servem apenas como causa de separação judicial litigiosa, enquanto perdurar no direito brasileiro a imputação da culpa.

A fidelidade é um dos mais importantes deveres conjugais, e a quebra desse dever é uma das mais graves violações do casamento por ofender os bons costumes. Corroborando a isso, e até o ano de 2005 era um crime previsto no código penal brasileiro com pena de 15 dias a 6 meses para o indivíduo que cometesse adultério, porem atualmente se configura a *abolitio criminis* já que o ordenamento o considera como crime.

Atualmente, pessoas que sofrem com a infidelidade conjugal no seu casamento e se sentem lesadas com a quebra desse dever não se encontram em total amparo jurídico, restando apenas às vias cíveis a fim de buscar restituição pelos danos morais sofridos. Essa procura tem como fundamento o artigo 1.566 do Código Civil, que reconhece a fidelidade recíproca dos cônjuges como dever do casamento, e a quebra desse dever poderá ensejar na reparação pelos danos sofridos. Para Cavalieri Filho (1996, p.76):

[...] só se admite o tutelamento jurídico do dano moral representado pela dor efetiva, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfiram intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

Evidentemente, só dos acontecimentos chegarem ao conhecimento da vítima já torna a situação constrangedora, vexatória e de grande angústia gerando na grande maioria das vezes problemas psicológicos que serão suportados pelo cônjuge ofendido. Nas palavras do Prof. Sapia Gonçalves (1999):

A família é lugar privilegiado para o desenvolvimento de importantes dimensões na realidade social e vida psíquica dos indivíduos que a compõem. Contudo, nela também é possível verificar que muitos comportamentos são nocivos a tal propósito.

Apesar dessa situação, existem divergências entre as decisões dos magistrados, em que a traição por si só não configura ato ilícito que enseje em reparação a danos morais, devendo ser acompanhado de atos em conjunto que atingem a honra e a reputação da pessoa traída, como a publicidade e exposição do ato, o que fere o direito de personalidade e somente assim faça jus de reparação judicial.

## **5 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Como já tratado anteriormente, o ordenamento brasileiro é inócuo nesse sentido, apesar de ninguém poder ser obrigado a manter uma relação familiar, e o primeiro efeito dos descumprimentos de um dos deveres familiares é ser causa de separação conforme estabelecido nos artigos 1572 e 1573 do Código Civil de 2002. Embora atualmente tenham sido poucas as questões enfrentadas por nossos Tribunais, relativas às ações de responsabilidade civil entre marido e mulher, em outros países, por exemplo, já existem dispositivos que regulam a reparação de danos na dissolução do casamento.

O Código Civil Francês no seu artigo 226 dispõe que será responsabilizado civilmente, em caso de divórcio no qual a culpa é exclusiva de um dos cônjuges, por possíveis danos materiais e morais, aquele cônjuge que deu *azo* ao rompimento do casamento, dando a sua devida importância e relevância positivada no seu Código Civil.

Já o código Civil Peruano (PERU, 1984), estabelece de forma inequívoca: *“Artículo 351. Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”*.

No ordenamento brasileiro, em 2016 surgiu a PL nº 5716/16, um projeto de lei que tramitou na Câmara dos Deputados que estabelecia a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges. Se estivesse sido aprovado, a proposta acresceria ao Código Civil Brasileiro o artigo: Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge.

Na justificativa do projeto, tinha-se que a quebra da fidelidade recíproca é uma afronta ao Código Civil e deve ser motivo suficiente para embasar a reparação por danos morais visto que gera culpa conjugal e civil. Caso fosse aprovado, haveria uma relevante alteração na legislação civil, porém em 31 de janeiro de 2019, foi arquivada nos termos do artigo 105 do regimento interno da câmara dos deputados.

## **6 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, os conceitos jurídicos mencionados, e a tentativa de responder às questões apresentadas neste trabalho, ainda que o assunto não pudesse ser esgotado, o direito civil como um todo, legislação, doutrina e jurisprudência juntas protegem o direito de o indivíduo receber uma indenização pelos danos causados. É certo que, ao contrário do dano moral, a cobrança de valores indicativos de dano material é muito mais tangível devido a sua subjetividade. Tratando-se de responsabilidade civil extracontratual nas relações amorosas, a tarefa parece ser ainda maior e mais trabalhosa, considerando as características das relações e de cada indivíduo e, portanto, a complexidade de cada relação.

É possível traçar os caminhos comuns percorridos quando se trata do cabimento ou não da indenização por dano moral. A legislação vigente é categórica em seu texto quanto à necessidade de indenização, a ação e o nexo causal, mas a pesquisa jurídica é fundamental para poder definir e delinear o que é considerado dano dentro da relação. Em relacionamentos que focam na subjetividade dos sentimentos humanos e são baseados no afeto, nem sempre é possível se comportar de forma totalmente racional.

Ao introduzir os deveres e responsabilidades dos cônjuges, foi possível assegurar que em caso de descumprimento, pode-se criar a obrigação de indenizar o dano moral causado pelo rompimento conjugal. O conceito de casamento também foi desenvolvido porque os deveres dos cônjuges são: fidelidade; lealdade; vida comum; dever de assistência; obrigação de apoiar e cuidar das crianças, além de respeito e consideração mútuos. Analisando que os deveres de trabalho podem ser violados, o correto é corrigir a vibração criada.

Constatou-se que, por força da lei, não se pode esperar que a mera insatisfação ou desilusão com a convivência conjugal leve o juiz a manter o regime tutelar a tal ponto que uma pessoa que não esteja satisfeita com suas expectativas pessoais e afetivas. No entanto, o ordenamento jurídico não se exime da proteção jurídica de reparação aos danos morais no artigo 927 do Código Civil para quem se sentir lesado. Com base nessa ótica, supõe-se que existam pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade civil no caso concreto.

No terceiro capítulo foram analisados os danos morais e seus efeitos na responsabilidade civil do cônjuge em caso do rompimento conjugal, desde que caracterizada por humilhação, sofrimento excessivo, violação da vida privada, dano à honra e reputação humana.

Foi constatado que existem manifestações isoladas no sentido de reconhecer o direito à reparação de danos do cônjuge e cujos manifestos se limitam em atribuir tal direito no caso de traição, agressões físicas ou descumprimento dos deveres conjugais. Contudo, forçoso reconhecer o direito à reparação diante de questões puramente morais, aquelas que não provêm da prática de um ilícito, seja do descumprimento dos deveres conjugais, seja de ilícitos penais.

Até por lógica assim deve ser, pois, da mesma forma que um indivíduo que se sente moralmente lesionado por terceiro tem a possibilidade de recorrer às vias judiciais para buscar compensação pelo constrangimento, tal direito assiste também aquele que se sentiu constrangido e anulado emocionalmente em virtude de separação judicial. O dano deve ainda constituir e ser



indenizável se o fato tiver causado injúria pública grave ou tiver lesado a honra, a reputação ou a dignidade humana da pessoa, salvo nos casos de violência doméstica em que o tribunal preveja o dano alegado e a necessidade de certificar sua remoção. Indicou-se, entre outros pressupostos, que a boa intenção e a objetividade venham a ser uma componente chave da análise da situação, como se espera nas relações amorosas, assim como o comportamento ético, honesto e probó.

Consideram-se atingidos os objetivos propostos por este estudo, trazendo satisfação acadêmica quanto ao cunho de pesquisa, inferindo maiores conhecimentos a sua formação.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Curso de direito civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2018.

Brasil. **Código civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 06/04/2022

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 06/04/2022.

BRASIL. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm), Acesso em: 15 de set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência, 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: 25 de 10. 2022.

CARUSO, Maria Regina Fernandes. **Casamento e separação**: o desenvolvimento emocional necessário. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 6: direito das sucessões. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO Pablo Stolze. Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2012.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3 esquematizado**: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, volume VI: Direito de Família**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. VI v. São Paulo: Saraiva, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, **A repersonalização das relações de família**, Revista Brasileira de Direito de Família, n. 24, jun./jul. 2004, p. 136-156.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Conduta conjugal culposa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: RT, 2020.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito civil 5: direito de família**. São Paulo: Barra Funda, Editora Saraiva, ano de 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). **Apelação cível nº 2289854100**. Apelante: M. A. DOS S. Apelado O. F. DE M. Relator: desembargador Vito Guglielmi. São Paulo, 4 de junho de 2020. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo - 4ª Edição** Rio de Janeiro: Saraiva 2021.

SCHREIBER, Anderson. **A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

SPEISS, Larissa. A responsabilidade civil dos filhos pelo abandono afetivo de pais idosos em asilos e a possibilidade de reparação. **Revista dos Tribunais**. Cascavel/PR, v. 975, p. 155 – 171, jan. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. v. 5, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil uo**. São Paulo: Atlas, 2015.

## **PARQUES ZOOBOTÂNICOS, SUSTENTABILIDADE, TRANSPORTE PÚBLICO E MOBILIDADE: discutindo a reestruturação ecológica das estações municipais de ônibus de Belo Horizonte**

### **VAGNER LUCIANO COELHO DE LIMA ANDRADE:**

Educador e Mobilizador socioambiental, Bacharel/Licenciado em Geografia e Análise Ambiental (UNI-BH) e graduado em Biologia/Licenciatura (Patrimônio Natural) e História/Licenciatura (Patrimônio Cultural) com oito especializações na área pedagógica. Monitoro XI Educação para o Risco Socioambiental (GEEDA/SMMA/PBH) em 2008/2º

### **INTRODUÇÃO**

A cidade de Belo Horizonte dispõe apenas de sete terminais de ônibus urbanos, mesmo tendo população superior a 2.500.000 habitantes. Neste contexto, as estações projetadas no ano de 1999: Carlos Luz, Dom Bosco, Salgado Filho e Waldomiro Lobo não foram implantadas. A Estação Diamante, foi o terminal inicialmente implantado em 1997, unificando as linhas alimentadoras do Barreiro com as troncais que se direcionam ao Hipercentro, BH Shopping e à Área Hospitalar. Segundo fonte não oficial, diariamente, 50 mil pessoas passam pela estação, que possui em suas adjacências, a mata da Olaria. A Estação Venda Nova, por sua vez, foi estabelecida em 2000, localizando-se na região homônima e agregando as linhas da respectiva Regional. Dados dizem que 65 mil passageiros utilizam, por dia, as quinze linhas alimentadoras e as quatro troncais. Próximo à estação estão as matas do Candelária e Cenáculo. Já a Estação João Gomes Moreira (lei municipal nº 10.153, de 30 de março de 2011) foi o primeiro terminal interligado à linha 1 (azul) do trem metropolitano de Belo Horizonte (Eldorado/Vilarinho). A finalidade é unir o Sistema Tronco-Alimentado com a linha 1 (azul) do trem metropolitano (Eldorado/Vilarinho) e cobrir mais mobilidade urbana para a região, que possui muitos parques zoológicos. A estação se encontra no bairro São Gabriel e tem uma circulação de 40 mil pessoas por dia. Em sua proximidade está a região ecológica da Fazenda Capitão Eduardo, que carece de estudos socioambientais visando sua efetiva preservação. Esporadicamente, determinadas linhas interurbanas e interestaduais da Rodoviária de Belo Horizonte são transferidas para o Terminal, para afiançar mais mobilidade e para começar a mudança da Rodoviária, única e oficialmente projetada para essa localidade.

A Estação Deputado Álvaro Antônio (lei municipal nº 8.872 de 23 de junho de 2004) é o maior dos terminais BHBUS em operação, com cem mil usuários por dia. Assim como a Estação Diamante, integra as linhas do Barreiro com as linhas Troncais em direção ao Centro, Barro Preto, BH Shopping, Hospitais e Savassi. O Terminal é unido com um grande shopping center da região, o Via Shopping Barreiro e não apresenta nenhuma área de preservação ambiental em seu entorno. A Estação José Cândido da Silveira, por sua vez, é o menor terminal em operação, com apenas 5 mil pessoas/dia e já abrigou partidas intermediárias da Rodoviária Israel Pinheiro. Somente quatro linhas se integram no local para baldeação com a linha 1 (azul) do trem metropolitano (Eldorado/Vilarinho) de Belo Horizonte. A estação encontra-se próxima ao Parque Urbano do Instituto Agrônomo, onde está o Jardim Botânico e Museu de História Natural da UFMG. A Estação Vilarinho é o maior terminal edificado em Belo Horizonte, situado em Venda Nova. Com circulação diária estimado de 120 mil pessoas, acolhe, juntamente com a Estação Venda Nova e a Estação Pampulha, toda a Zona Norte da Capital. A estação encontra-se próxima da região de matas nativas da Granja Werneck e do Planalto. Desde Maio/2014, é

integrada ao Sistema BRT MOVE. Assim como a Estação Barreiro, é interligada ao Shopping Estação BH. É integrada à linha 1 (azul) do trem metropolitano (Eldorado/Vilarinho) e ao sistema Tronco-Alimentado.

A Estação Pampulha foi inaugurada em Maio de 2014 sobretudo para acolher ao sistema BRT MOVE, possui demanda diária de 100 mil passageiros. Atualmente, há dois pavimentos. No primeiro, estão situadas as plataformas das nove linhas troncais completamente integradas à pista privativa de ônibus das Avenidas Dom Pedro I e Presidente Antônio Carlos. No segundo pavimento se acham as plataformas das quinze linhas alimentadoras. O sistema de transporte por ônibus requer medidas de compensação socioambiental que serão apresentadas nas considerações finais, após a apresentação técnica de cada terminal. Dentre os principais impactos dos terminais estão o corte de árvores para ampliação de corredores, o aumento de resíduos sólidos, o aumento do consumo de água tratada e eletricidade, desmatamento para construção de terminais e estacionamentos, a emissão de gases poluentes, a poluição de córregos e ribeirões com combustíveis, óleos e lubrificantes, os riscos de acidentes, com ferimentos e mortes, os ruídos dos motores, a demora das viagens que aumentam casos de ansiedade, depressão, pânico e stress nos usuários. O presente trabalho traz uma discussão de renomeação e reestruturação das estações, tendo como citações alguns trechos da lei municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999 (Projeto de Lei nº 1.298/99 - Autoria do Executivo), que dispôs sobre operações urbanas para implementação de estações de integração de ônibus do BHBUS

## **DO PROBUS (1982-1997) AO BHBUS (1997-2022) E A NECESSIDADE DE UM NOVO PROJETO**

O BHBUS é o Plano de Reestruturação do Sistema de Transporte Coletivo da capital mineira, instituído há 25 anos em 1997 pela BHTRANS para estruturar e organizar o transporte público de Belo Horizonte. Anteriormente ao BHBUS, o transporte coletivo da capital era constituído nos padrões de outro sistema de transporte, denominado PROBUS, implantado pela METROBEL em 1982 e que durou 15 anos. Esse sistema conglomerava não somente Belo Horizonte, mas toda a extensão das primeiras 14 cidades da Região Metropolitana de Belo Horizonte, e era fundamentado na vinculação de bairros da capital e da RMBH com o Centro e outros polos citadinos essenciais como o Barreiro, a Cidade Industrial e Venda Nova. Com o transcorrer dos anos, o PROBUS saturou o transporte coletivo e a Prefeitura de Belo Horizonte preparou projetos modernos de transporte para a capital. Daí nasceu a ideia de instituir um sistema próprio para Belo Horizonte, fora dos moldes de integração metropolitana originais do PROBUS.

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As estações de integração de ônibus do Plano de Reestruturação do Sistema de Transporte Coletivo de Belo Horizonte - BHBUS - poderão ser construídas em parceria com o setor privado, mediante a utilização do instrumento de operação urbana, previsto no Título IV, Capítulo II, da Lei nº 7.165, de 27 de agosto de 1996 - Plano Diretor do Município de Belo Horizonte.

§ 1º - Compõem a estação de integração:

I - estrutura operacional: conjunto de áreas, sistema viário, edificações e equipamentos operacionais, de sinalização e de informação destinados ao

embarque e ao desembarque de passageiros, ao atendimento dos usuários em trânsito, à regularização da oferta de transporte público, ao seu controle e fiscalização e ao apoio aos operadores do serviço;

II - estrutura empresarial: conjunto de áreas e edificações destinadas a uso residencial, comercial e de prestação de serviços - alheio ao objeto de conexão da rede de transporte, mas compatível com a finalidade deste -, que se incorpora à estação devido ao interesse econômico provocado por sua localização e se destina a financiar os investimentos na infra-estrutura pública e os encargos de administração;

III - sistema viário da área em torno: conjunto de vias de acesso à estrutura operacional e empresarial, o qual deve receber tratamento para se adaptar ao fluxo de veículos e pedestres que passarão a utilizá-lo com a implementação do empreendimento.

§ 2º - A operação da estação compreende os serviços de administração, manutenção e segurança, assegurando infra-estrutura e apoio administrativo adequados à atuação das empresas operadoras do transporte público e ao bem-estar, à comodidade e à segurança do usuário.

Art. 2º O objetivo da operação urbana é a implementação, em regime de parceria, de estações de integração, bem como a operação e o gerenciamento público destas, garantido ao empreendedor, em contrapartida, o direito de projetar, construir e explorar a estrutura empresarial, sobre a qual terá liberdade de decisão, observada a legislação pertinente.

§ 1º - A estrutura operacional e a respectiva fração ideal do terreno transferem-se ao poder público ao término da construção.

§ 2º - A estrutura empresarial e a respectiva fração ideal do terreno não se transferem ao poder público ao término da construção.

No BHBUS, ao invés de vincular diametralmente os bairros com os polos, são erguidas Estações de Conexão entre linhas do transporte coletivo, ou seja, o passageiro baldeia nas estações. Os usuários embarcam em seus bairros nas linhas de porte mínimo, designadas Alimentadoras, e, ao descerem na estação, baldeiam para as linhas de porte máximo, batizadas de Troncais ou Estruturais. Nesse sistema, há a integração entre os preços das duas linhas usadas, através do Cartão BHBUS ou em dinheiro, diminuindo o custo com transporte. Essa baldeação entre linhas é cognominada Sistema Tronco-Alimentado. Também há o Sistema Interbairros, que congrega regiões afastadas ou polos urbanos relevantes com o centro ou com outros polos e corredores citadinos de Belo Horizonte. No sistema BHBUS, cada linha é disposta em coligações que oferecem um serviço de transporte na cidade (Quadro I).

#### Quadro I - Tipos de Linha

Tipologia	Cor	Serviço
Subsistema Interbairros		
Alimentadoras	Amarela	Perpetram a união bairro-estações-bairro e fazem a adesão com o à linha 1 (azul) do trem metropolitano (Eldorado/Vilarinho).
Circulares	Amarela	Circulação exclusiva no Hipercentro (Perímetro interno à Avenida 17 de Dezembro). Atendem à região central da cidade e completam o sistema tronco-alimentado
Diametrais e Radiais	Azul	Conexão entre regiões e corredores passando pela área central (diametrais) ou conectam as regiões e corredores com o hipercentro (radiais).
Interbairros	Laranja	Praticam o itinerário bairro a bairro sem passar pela área central.
Subsistema Tronco-Alimentado (circulação nas áreas mais distantes do centro através de ônibus integrados às estações de integração)		
Expressas (Troncais Paradoras/Diretas) e Semi-Expressas	Verde	Concretizam viagens que interligam as estações com o centro, com outras estações e outros polos, além de circundarem nos principais corredores de transporte. Podem ser Expressas, ou seja, sem pontos de parada no itinerário e nos corredores, ou Paradoras, que vão ao centro da cidade, parando nos pontos. No caso das Semi-Expressas coligam um bairro afastado à região central de Belo Horizonte passando pelos principais corredores.

Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transportes/onibus/consulta-quadros-horarios>

As linhas de ônibus são organizadas em números (Quadro II) - geralmente quatro dígitos - arranjados de acordo com as regiões da urbe aonde o ônibus apresenta seu ponto inicial e final: Como

modelo, cita-se a linha diametral nº 9201 (Baleia/Nova Granada), que sai da regional Leste (9) e se dirige para a regional Oeste (2) e a linha perimetral nº 3150 (Lindeia/BH Shopping), que parte da regional Barreiro (3) e vai para a regional Sul (1). Os algarismos são consecutivamente constituídos do maior para o menor. Os dois outros números são apenas para diferenciar sequencialmente as linhas, e principiam a partir de 01 para ônibus diametrais, 30 para os que vão só até o centro e retornam (3030, por exemplo) e 50 para os interbairros (4150, por exemplo).

Quadro II - Lógica da numeração

Nº	Regional	Novo nº	Cor	Corredores
0	Hipercentro	0	Cinza	Afonso Pena, Avenida do Contorno e Senhora do Carmo
1	Regional Centro Sul (com exceção do hipercentro)	9	Azul	Barão Homem de Melo, Raja Gabaglia, Silva Lobo
2	Regional Oeste	1	Amarelo	Avenida Amazonas, Via Expressa Leste Oeste
3	Regional Barreiro	6	Bege	Avenida Tereza Cristina
4	Regional Noroeste	4	Marrom	Dom Pedro II e Tancredo Neves
5	Regional Pampulha	3	Rosa	Carlos Luz, Otacílio Negrão de Lima
6	Regional Venda Nova	2	Lilás	Dom Pedro I, Presidente Antônio Carlos
7	Regional Norte	5	Creme	Cristiano Machado e Risoleta Neves
8	Regional Nordeste	8	Laranja	Anel Rodoviário Celso Mello Azevedo
9	Regional Leste	7	Verde	Avenida Andradas e Silvano Brandão



Fonte: <https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transportes/onibus/consulta-quadros-horarios>

A restrição a este projeto de numeração, permanece com as linhas circulares que começam com o prefixo SC de Sistema Circular (exemplo: SC01, SC02), e não adotam o padrão de numeração; E as linhas executivas com o prefixo SE de Sistema Executivo (exemplo: SE01, SE02). As suplementares começam com a letra S e tem apenas dois números, sendo o primeiro da regional de onde a linha parte e o segunda sequência numérica (exemplo: S33 - Milionários/Lindeia). A numeração delas é simplesmente para assimilação das linhas, com o prefixo identificando a rota e a natureza. Com a finalidade de unificar as linhas do Sistema Tronco-Alimentado, o BHBUS vem inserindo as Estações BHBUS, que são os terminais de integração do Sistema. Presentemente existem seis terminais em operação na cidade.

Art. 5º Será licitada a implementação das seguintes estações de integração do BHBUS, na forma desta Lei:

I - Alípio de Melo;

II - Barreiro;

III - Belvedere;

IV - Carlos Luz;

V - Dom Bosco;

VI - Pampulha;

VII - Salgado Filho;

VIII - Venda Nova;

IX - Waldomiro Lobo.

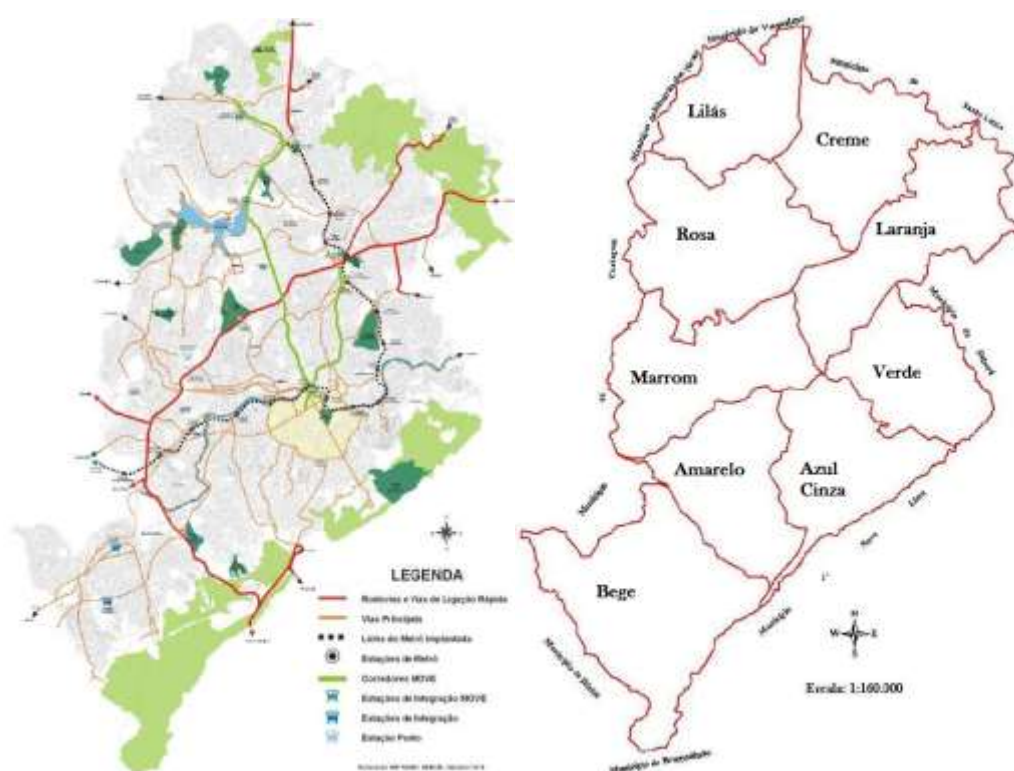
§ 1º - A Estação de Integração Diamante, já construída, será objeto de licitação para implementação, na área a ela contígua, de área de estocagem de ônibus, de estrutura empresarial e de parque municipal.

Em 2008, a BHTRANS divulgou a implantação de inovações e regras para o transporte coletivo de BH (Figura 01). Entre elas, estavam a separação do gerenciamento em quatro concessionárias (BH Leste, Dez, Dom Pedro II e Pampulha) de transporte que explorarão o sistema por 20 anos (2038). Além disso, será adotado na urbe o BRT - Bus Rapid Transit, um sistema de transporte rápido sobre Ônibus inserido com grande eficácia em Curitiba e São Paulo) e que incide na inauguração do Corredores privativos de ônibus nas vias urbanas fundamentais. Nesses corredores, são edificados estações de embarque e desembarque onde os passageiros entram nos veículos com comodidade e segurança. O BRT em Belo Horizonte foi adotado como sistema de transporte coletivo para a Copa de 2014 no qual BH foi uma das cidades-sede. A primeira linha do BRT, batizado MOVE, foi introduzido em março de

2014. São dois corredores Antônio Carlos/Pedro I e Cristiano Machado, sendo que na Antônio Carlos era previsto um metrô subterrâneo ligado a Pampulha à Savassi (linha 3/verde). De acordo com o site da CBTU (2022, on line):

As Linhas 2 e 3 do METRÔ BH vem complementar o sistema de transporte de alta capacidade sobre trilhos, fazendo com o sistema de ônibus uma rede integrada do transporte coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte, garantindo a mobilidade das pessoas com maior rapidez e segurança. A linha 2 Barreiro-Hospitais inicia junto à Estação BHBUS do Barreiro, desenvolve paralela a linha de carga, em superfície até Av. Amazonas, onde passa a ser subterrânea sob esta Avenida até a Praça Raul Soares atingindo a área hospitalar. A linha 3 Pampulha Savassi inicia próxima ao Aeroporto da Pampulha (Barragem) e é totalmente subterrânea sob a Av. Antônio Carlos, passando pela Praça Sete, desenvolvendo pela diretriz da Av. Afonso Pena, Praça da Liberdade e Savassi.

Figura 01 - Espacialidade da Cidade e sua divisão regional



Fonte: [http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/acervo/grandes\\_formatos/APM%20-%20021/30.jpg](http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/acervo/grandes_formatos/APM%20-%20021/30.jpg)

## O SIOM - SISTEMA INTEGRADO DE ÔNIBUS MUNICIPAIS

O SIOM - Sistema Integrado de Ônibus Municipais prevê seis terminais de integração de linhas alimentadoras e quatro terminais rodoviários, todos servidos por nove linhas estratégicas que conectarão os terminais aos nove corredores estabelecidos pelo PROBUS (1982): Afonso Pena, Anel

Rodoviário Celso Mello Azevedo, Avenida Amazonas, Avenida Andradas, Avenida do Contorno, Avenida Tereza Cristina, Barão Homem de Melo, Carlos Luz, Cristiano Machado, Dom Pedro I, Dom Pedro II, Otacílio Negrão de Lima, Presidente Antônio Carlos, Raja Gabaglia, Risoleta Neves, Senhora do Carmo, Silva Lobo, Silviano Brandão, Tancredo Neves e Via Expressa Leste Oeste. Os terminais de ônibus são Central, Leste A, Nordeste, Noroeste, Sudeste, Sudoeste. Já os terminais rodoviários são o Leste B, Norte, Oeste e Sul, sendo que as duas tipologias de terminais encontram-se descritas no quadro II. Os terminais Nordeste (Terminal Vilarinho) e Sul (Terminal Belvedere) estão acoplados estruturalmente com terminais metropolitanos, mas cada qual com sua autonomia. As linhas terão apenas duas tipologias, alimentadoras e troncais e as cores dos ônibus serão das cores dos corredores (Figuras 02, 03, 04, 05 e 06). De acordo com o site da PBH (2022, on line):

Belo Horizonte conta com 7 estações de integração.

**Estação de Integração Barreiro:** Avenida Afonso Vaz de Melo, n.º 640, esquina com a Rua Boaventura Costa, no Barreiro.

**Estação de Integração Diamante:** Avenida João Rola Filho n.º 50, no bairro Diamante.

**Estação de Integração José Cândido da Silveira:** Rua Gustavo da Silveira, no Bairro Santa Inês, junto à Estação do Metrô de mesmo nome.

**Estação de Integração Pampulha:** Avenida Portugal 3.700, Bairro Jardim Atlântico.

**Estação de Integração São Gabriel:** Avenida Cristiano Machado, n.º 5.600, entre o Anel Rodoviário e a Via 240, Bairros São Paulo e São Gabriel.

**Estação de Integração Venda Nova:** Rua Padre Pedro Pinto, 2277, interseção com Ruas Farmacêutico Raul Machado e Antônio Rodrigues Froes, no bairro Candelária.

**Estação de Integração Vilarinho:** Localizada na Avenida Vilarinho, próxima ao entroncamento com a Av. Cristiano Machado e a MG-010.

Quadro III - Proposta Redenominação para as estações do BHBUS

<b>Estação</b>	<b>Localização</b>	<b>Novo nome</b>
BH Shopping	Rua da Paisagem com MG 030, Belvedere	Terminal Sul
Israel Pinheiro	Praça Rio Branco, Centro	Terminal Sudeste

Olaria do Barreiro	Avenida João Rolla Filho, Diamante	Terminal Sudoeste
Santa Branca	Avenida Portugal, Pampulha	Terminal Central
Santa Margarida	Avenida Afonso Vaz de Melo, Barreiro de Baixo	Terminal Oeste
São Gabriel	Avenida Risoleta Neves, 1º de maio	Terminal Leste
São José	Avenida Tancredo Neves, Manacás	Terminal Noroeste
Venda Nova	Rua Padre Pedro Pinto, Candelária	Terminal Norte
Vila Clóris	Avenida Vilarinho, Laranjeiras	Terminal Nordeste

Fonte: O Autor (2022)

Figura 02: Layout padrão de ônibus laranja que circulará no corredor Anel Rodoviário e nos bairros das adjacências



Fonte: <https://busmg.wordpress.com/2014/05/12/4150-bh-shopping-shopping-del-rey-2/>

Figura 03: Layout padrão de ônibus azul que circulará no corredor Barão Homem de Melo, Raja Gabaglia e Silva Lobo e nos bairros das adjacências



Fonte: <https://busmg.wordpress.com/2016/07/16/4150-shopping-del-rey-bh-shopping-3/>

Figura 04: Layout padrão de ônibus verde que circulará no corredor Andradas e Silviano Brandão e nos bairros das adjacências



Fonte: <https://revistadoonibus.com/2021/04/02/belo-horizonte-vinte-linhas-de-onibus-deixam-de-circular-neste-domingo-na-cidade/>

Figura 05: Layout padrão de ônibus amarelo que circulará no corredor Amazonas e Via Expressa e nos bairros das adjacências





Fonte: <https://bhaz.com.br/noticias/bh/bairros-de-bh-novas-linhas-onibus/#gref>

Figura 06: Layout padrão de ônibus cinza que circulará no corredor Afonso Pena e Senhora do Carmo e nos bairros das adjacências



Fonte: <https://busmg.wordpress.com/2014/05/11/se02-buritis-savassi-2/>

O Terminal Central (Figura 07), uma estação localizada na Pampulha, na interseção das avenidas Pedro I e Portugal, em conjunto com duas estações, o Terminal Norte (Rua Padre Pedro Pinto, Venda Nova) e o Terminal Nordeste (Avenida Vilarinho, Vila Clóris), concretiza a tronco-alimentação das regionais Norte, Pampulha e Venda Nova. A sua visão original veio desde o BHBUS, mas com o BRT passou por diferentes alterações. Tem sete plataformas em dois pavimentos. No piso elevado, as plataformas recebem as linhas alimentadoras, e no piso de baixo, as plataformas acolhem o serviço troncal. O ingresso dos ônibus ao pavimento superior é específico pela Avenida Portugal, já ao inferior, é feito pela Avenida Pedro I, integrando-se com o Corredor Antônio Carlos, enquanto a entrada dos pedestres é particularmente feita pela Avenida Portugal. São atendidos 26 bairros: Campo Alegre, Campus UFMG, Céu Azul, Copacabana, Dona Clara, Enseada das Garças, Heliópolis, Jaraguá, Jardim Atlântico, Jardim Leblon, Monte Carmelo, Padre Júlio Maria, Planalto, Santa Amélia, Santa Branca, Santa Mônica, Santa Rosa, São Bernardo, São Francisco, São João Batista, São Luís, São Tomaz, Suzana, Universitário, Vila Clóris e Visconde do Rio Branco. Neste terminal, de acordo com a legislação municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999, não foi previsto nenhum parque zoobotânico.



- 1.7 Estação Pampulha
- 1.7.1 Perímetro e descrição da área
- A estação Pampulha é constituída por duas áreas em margens opostas à Av. Dom Pedro I, a primeira de 8.754m<sup>2</sup> (oito mil setecentos e cinquenta e quatro metros quadrados), no Bairro Jardim Atlântico, delimitada pelas avenidas Dom Pedro I e Portugal e pela Rua Cheik Nagib Assrauy, no quarteirão 102, CP 158-13-M, e a segunda de 22.573m<sup>2</sup> (vinte e dois mil quinhentos e setenta e três metros quadrados), no mesmo bairro, delimitada pelas avenidas Dom Pedro I e Portugal - até divisa do Clube Labareda - e pelas ruas Cinco e Mário Jofre de Moraes. As áreas situadas nos lotes 01 a 08, 20, 21A, 22A, 23A, 24A, 27A, 29A, 30A e 31 do quarteirão 8, CP 158-181-H.
- 1.7.2 Plano urbanístico da área
- Há necessidade de novo arranjo viário, pois a lagoa e o aeroporto da Pampulha constituem barreira ao tráfego da Pampulha e do Bairro Planalto, que se faz pela Av. Pedro I, sendo daí distribuído pela Avenida Portugal por meio de um trevo no qual existem apenas duas alças. A reurbanização objetiva a unificação das áreas destinadas à estação, que poderá ser circundada por extensão da Avenida Pedro I. No sentido centro/bairro, a extensão seria construída entre a estação e o Clube Labareda, com um ramo alcançando a Av. Pedro I sob o viaduto da Avenida Portugal e outro acessando esta avenida em direção ao Bairro Planalto. No sentido bairro/centro, a Avenida Pedro I, após cruzar por baixo a Avenida Portugal, entraria à direita, circulando o terreno da estação e sobrepondo-se à Rua Cheik Nagib Assrauy. Sobre esta possibilidade, será elaborado estudo funcional e projeto básico da área em torno da estação, de forma a não somente mitigar os impactos de tráfego no local como obter solução viária abrangente para o tráfego de acesso à margem posterior da represa, onde estão localizados elementos arquitetônicos expressivos. Deverá ser também reurbanizada a área do vertedouro da barragem e os equipamentos da Secretaria Municipal de Esportes, tornando mais funcional o sistema de circulação e de operação da estação. A estação será construída na Avenida Pedro I - trecho entre avenidas Portugal e Otacílio Negrão de Lima -, que terá o traçado alterado, sendo dividida em dois ramos e possibilitando a desafetação do trecho onde estará localizada a estação. A pista sobre a barragem da Pampulha será alterada para incluir faixa reservada a circulação de ciclistas e de praticantes de cooper, estabelecendo a continuidade da Avenida Otacílio Negrão de Lima dos dois lados da barragem. Além do licenciamento ambiental, deverá o empreendimento ser submetido e aprovado pelos órgãos responsáveis pela proteção do patrimônio cultural.
- 1.7.3 Ajustes na classificação viária
- Fica alterada a classificação viária abaixo relacionada.
- Folha...Quadrícula...Logradouro
- 14.....5059.....Rua Cheik Nagib Assrauy
- Alteração: classificar como arterial entre Avenidas Portugal e Dom Pedro I.
- 1.7.4 Novos parâmetros urbanísticos
- De acordo com os subitens II e III do § 3º do art. 2º e o § 9º do art. 3º da Portaria

EMAER 002/ISC 4/160 381, a altura máxima admissível para o empreendimento é de 8,00m (oito metros), qualquer que seja o desnível em relação à elevação do Aeroporto da Pampulha.

Área do Terreno	(m <sup>2</sup> )	-	31.327
Coefficiente de Aproveitamento		-	1,7
Taxa de Ocupação			-

Taxa de Permeabilização - 20%

Figura 07 - Terminal Central localizado na Pampulha



Fonte: <https://www.hojeemdia.com.br/minas/demora-e-onibus-cheios-passageiro-denuncia-falta-de-fiscalizac-o-da-bhtrans-na-estac-o-pampulha-1.863360>

O Terminal Leste (Figura 08) encontra-se ao lado da Estação São Gabriel da linha 1 do trem metropolitano (Eldorado/Vilarinho) de Belo Horizonte, estando localizado na Avenida Cristiano Machado, n.º 5.600, entre o Anel Rodoviário e a Via 240, entre os Bairros 1º de Maio, Palmares, São Gabriel e São Paulo, na região Nordeste de Belo Horizonte. Ele é um terminal de transporte coletivo intermodal, classificado como de grande tamanho, unindo à linha 1 (azul) do trem metropolitano e várias diferentes linhas de ônibus alimentadoras das regiões Região Nordeste e Norte de Belo Horizonte. Divide-se em duas partes A (ônibus municipais) e B (ônibus do municípios de Caeté, Jaboticatubas, Nova União, Sabará, Santa Luzia, Taquaraçu de Minas). Para a construção da rodoviária sugere-se a migração destes ônibus metropolitanos para os Terminais José Cândido da Silveira (ônibus do municípios de Caeté, Nova União, Sabará) e São Benedito (ônibus do municípios de Jaboticatubas, Santa Luzia, Taquaraçu de Minas). São atendidos 50 bairros: Aarão Reis, Bairro Lajedo, Beija Flor, Capitão Eduardo, Casas Populares, Cidade Nova, Conjunto Paulo VI, Conjunto Ribeiro de Abreu, Dom Silvério, Fernão Dias, Floramar, Goiânia I, Goiânia II, Guarani, Jardim Belmonte, Jardim Felicidade, Jardim Guanabara, Jardim Vitória I, Jardim Vitória II, Maria Goretti, Maria Tereza, Maria Virgínia, Minaslândia, Mirante Tupi, Monte Azul, Montes Claros, Nazaré, Novo Aarão Reis, Novo Vitória, Ouro Minas, Palmares, Parque Belmonte, Parque Real, Paulo VI, Pousada Santo Antônio, Providência, PUC São Gabriel, Ribeiro de Abreu I, Ribeiro de Abreu II, São Gabriel, São Marcos, São Paulo, São Rômulo, Solimões, Tupi I, Tupi II, União, UPA Nordeste, Vila Maria, Vila São Jorge e Vista do Sol. Neste terminal, de acordo com a legislação municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999, não foi previsto nenhum parque zoobotânico.

- 1.10 Estação Waldomiro Lobo
- 1.10.1 Perímetro e descrição da área
- A Estação Waldomiro Lobo será construída em área de 30.639,72m<sup>2</sup> (trinta mil seiscientos e trinta e nove metros e setenta e dois decímetros quadrados), no Bairro São Bernardo, assim delimitada:
- área indivisa de 6.672,70 m<sup>2</sup> (seis mil seiscientos e setenta e dois metros e setenta decímetros quadrados), entre ruas Treze e Vinte e Três, no quarteirão 101-A;
  - lotes 1, 27, 28 e 33 a 42, com área de 7.564,25m<sup>2</sup> (sete mil quinhentos e sessenta e quatro metros e vinte e cinco decímetros quadrados), no quarteirão 101-A;
  - área indivisa entre ruas Treze, Vinte e Três, Padre Antônio Araújo, Um e Avenida Cristiano Machado, com 13.882,77m<sup>2</sup> (treze mil oitocentos e oitenta e dois metros e setenta e sete decímetros quadrados), no quarteirão 21;
  - parte incorporada da Rua Treze, com área de 2.520m<sup>2</sup> (dois mil quinhentos e vinte metros quadrados).
- 1.10.2 Plano Urbanístico da área
- O local destinado à Estação Waldomiro Lobo é considerado estratégico por estar situado no entroncamento das avenidas Cristiano Machado e Waldomiro Lobo, integrado à futura estação do trem metropolitano. A estação atenderá os bairros Guarani, Tupi, Jardim Guanabara, Conjunto Felicidade, São Tomás, Heliópolis, Solimões, Lajedo e Monte Azul, além de dois bairros do município de Santa Luzia. Sua função é evitar que a Estação São Gabriel se transforme em uma estação de integração excessivamente grande. O sistema viário da área em torno receberá tratamento para viabilizar, em condições de segurança e fluidez, o acesso à Avenida Waldomiro Lobo, através das ruas Padre Antônio Araújo e José Camilo dos Santos. O trânsito dos usuários na operação de integração ônibus/metrô ocorrerá em galeria subterrânea, assegurando ótimas condições de circulação.
- 1.10.3 Ajustes na classificação viária
- Fica alterada a classificação viária abaixo relacionada.
- Folha...Quadrícula...Logradouro
- 15.....5359/5358....Rua Treze
- Alteração: classificar como coletora entre Avenida Waldomiro Lobo e Rua Vinte e Três.
- Folha...Quadrícula...Logradouro
- 15.....5359/5358....Rua Um
- Alteração: classificar como coletora entre Ruas Padre Antônio Araújo e João Lopes de Oliveira.
- Folha...Quadrícula...Logradouro
- 22.....5358.....Rua Vinte e Três
- Alteração: classificar como coletora entre Avenida Cristiano Machado e Rua Um.

Figura 08 - Terminal Leste, localizado no São Gabriel



Fonte: <https://diariodotransporte.com.br/2020/09/14/circulacao-no-terminal-sao-gabriel-em-bh-sera-encerrada-as-20h-nesta-segunda-feira-14/>

Em 2009, a Prefeitura de Belo Horizonte divulgou a localidade de edificação da nova Rodoviária, ao lado da Estação de Trem São Gabriel (Figura 09), sendo que os dois terminais (ônibus municipal/ônibus rodoviário) serão interligados. A previsão era que se inicia-se a construção em julho de 2012 e com o término, ao final de 2013, começaria a operação. Passaram-se quase dez anos e nada aconteceu, o que comprova que a cidade carece de quatro rodoviárias, sendo uma para cada saída da cidade: Leste (Saída para Vitória), Norte (Saída para Brasília), Oeste (Saída para São Paulo) e Sul (saída para o Rio de Janeiro).

Figura 09 - Projeto da Rodoviária São Gabriel



Fonte: <http://bairroourominas.blogspot.com/p/nova-rodoviaria-s-gabriel.html>

O Terminal Nordeste (Figura 10) situa-se ao lado da Estação de Trem Vilarinho e é um terminal intermodal de transporte coletivo de Belo Horizonte localizado na divisa regional entre Norte e Venda Nova, próximo às avenidas Cristiano Machado, Pedro I e Vilarinho que integra 47 linhas de ônibus e à



linha 1 (azul) do trem metropolitano. Foi construído em duas partes, setor norte e setor sul, sendo um municipal (Terminal Nordeste) e o outro metropolitano (Terminal Vilarinho). Foi estabelecido para ser o maior terminal de integração da Região Metropolitana de Belo Horizonte, com previsão de movimentação de 120 mil passageiros/dia. Presentemente, tem uma circulação de 30 mil passageiros/dia. Em frente à Estação de Trem do Vilarinho está sendo construída a Catedral Metropolitana Cristo Rei com projeto de Oscar Niemeyer, que certamente aumentará o fluxo de passageiros no terminal. Em conjugado existe o Shopping Center Estação BH, sendo o mais próximo ao Vetor Norte da Região Metropolitana de Belo Horizonte e um dos maiores atrativos do terminal. O Terminal Nordeste é conectado à linha 1 do trem metropolitano (Eldorado/Vilarinho) de Belo Horizonte de 05h15 às 23h00, com intervalos entre quatro e doze minutos. São atendidos 26 bairros: Canaã, Candelária, Cidade Administrativa, Conjunto Zilah Sposito, Esplendor, Etelvina Carneiro, Frei Leopoldo, Jaqueline 1ª Seção, Jaqueline 2ª Seção, Jardim dos Comerciantes, Jardim Europa, Juliana, Lagoa, Lagoinha, Letícia, Mantiqueira, Maria Helena I, Maria Helena II, Marize, Minas Caixa, Nova América, Nova York, Piratininga, Serra Verde, Vila Santa Branca e Xodó.

Figura 10 - Terminal Leste, localizado na Vilarinho



Fonte: <http://veredaengenharia.com/obras/vias-de-acesso/shopping-estacao-03/>

O Terminal Noroeste (Figura 11) será construído num canteiro central da Avenida Presidente Tancredo Neves, na confluência com a Avenida João XXIII, entre os bairros Alípio de Melo, Manacás, Jardins de São José e Parque Jardim Alvorada. Sua concepção técnica e estrutural extinguiu as estações Alípio de Melo, Carlos Luz e Dom Bosco previstas em lei, quando da concepção inicial do BHBUS. Serão atendidos 43 bairros: Alípio de Melo, Alto Caiçara, Álvaro Camargos, Bandeirantes, Braúnas, Caiçara, Castelo, Celso Machado, Confisco, Conjunto Califórnia, Conjunto Filadélfia, Coqueiros, Dom Bosco, Engenho Nogueira, Instituto Agrônômico, Itamarati, Jardim Alvorada, Jardim Filadélfia, Jardim Inconfidência, Jardim Montanhês, Manacás, Monsenhor Messias, Nossa Senhora da Glória, Nova Pampulha, Novo Dom Bosco, Novo Glória, Ouro Preto 3ª Gleba, Ouro Preto, Paquetá, Pedro II, Pindorama, Residencial Sarandí, Santa Terezinha, Santana, São José, São Salvador, Saramenha, Serrano,

Shopping Del Rey, Trevo, Urca, Xangri-lá e Zoológico. Neste terminal, de acordo com a legislação municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999, foi previsto um parque zoobotânico, que não foi implantado.

- 1.1 Estação Alípio de Melo
- 1.1.1. Perímetro e descrição da área  
Área de 63.256,30m<sup>2</sup> (sessenta e três mil duzentos e cinqüenta e seis metros e trinta decímetros quadrados), no Bairro Manacás, delimitada pelas avenidas João XXIII e João Paulo I e pelas ruas dos Geólogos, Coletora A e Grande Otelo, constante do CP. 51-2-M, em parte do quarteirão 112 - 16.876,30m<sup>2</sup> (dezesesseis mil oitocentos e setenta e seis metros e trinta decímetros quadrados) nos lotes 1 a 24 e 56 a 58 e 46.380,00m<sup>2</sup> (quarenta e seis mil trezentos e oitenta metros quadrados) em área indivisa.
- 1.1.2 Plano urbanístico da área  
O projeto desta estação está compreendido no Plano de Urbanização da Pampulha, com a extensão da Avenida Pedro II, a canalização do córrego São José e o reassentamento de 2.300 (duas mil e trezentas) famílias. A localização da estação é estratégica em relação às articulações viárias que existirão após a conclusão das avenidas João XXIII e Pedro II, pontos em que o sistema de transporte receberá tratamento preferencial. A estação ocupará 35.000m<sup>2</sup> (trinta e cinco mil metros quadrados), de frente para a Av. João XXIII. O restante da área, 28.256m<sup>2</sup> (vinte e oito mil duzentos e cinqüenta e seis metros quadrados), será destinado a parque municipal para preservação da vegetação. O projeto possibilitará o acesso da comunidade da área reurbanizada da Avenida João XXIII ao parque e o dos moradores do Bairro Alípio de Melo - nas proximidades das ruas Coletora A e dos Geólogos - à estação, através do parque. A BHTRANS, a Superintendência de Desenvolvimento da Capital - SUDECAP - e a Secretaria Municipal do Meio Ambiente serão responsáveis pela elaboração dos projetos relativos à estação, ao sistema viário da área em torno e ao parque municipal.
- 1.1.3 Ajustes na Classificação Viária  
Fica alterada a classificação viária abaixo relacionada.

Figura 11 - Futuro Terminal Noroeste, no Bairro São José





Fonte: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/14/interna\\_gerais,1021144/mato-e-atelago-tomam-conta-de-area-de-estacao-do-move-nao-construida.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/14/interna_gerais,1021144/mato-e-atelago-tomam-conta-de-area-de-estacao-do-move-nao-construida.shtml)

O Terminal Norte (Figura 12), localizado no Bairro Candelária, corresponde à Estação BHBUS Venda Nova e que será transformado em terminal rodoviário. Faz parte do SIOM, sistema de reestruturação do transporte coletivo de Belo Horizonte. Com a inauguração da Rodoviária Candelária, a estimativa é de aumento do movimento de passageiros, que se dirigem para cidades, distritos, povoados e localidades de Minas Gerais outras regiões do Brasil. acessíveis através das Rodovia Federal BR 040 Norte (Brasília), e das Rodovias Estaduais MG 010 e MG 424. Para potencializar, o trem metropolitano deve ser estendido até Candelária a partir da Estação Vilarinho. Ultimamente, determinadas linhas interestaduais, durante feriados e finais de semana, quando há muita saída de Belo Horizonte para várias urbes, retira-se parte do tráfego da atual Estação Rodoviária Israel Pinheiro e, logicamente, da área central para José Cândido e São Gabriel. Assim propõe-se a divisão da capital em quatro rodoviárias de acordo com o sentido que os ônibus partem: leste, norte, oeste e sul. Neste terminal, de acordo com a legislação municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999, não foi previsto nenhum parque zoobotânico.

## 1.9 Estação Venda Nova

### 1.9.1 Perímetro e descrição da área

A Estação Venda Nova será construída em área de 20.936,88m<sup>2</sup> (vinte mil novecentos e trinta e seis metros e oitenta e oito décimos quadrados), nos bairros Candelária e Venda Nova, delimitada pelas ruas Padre Pedro Pinto, Raul Machado, Água Marinha, Apatita e Antônio Rodrigues Fróes, no lote 1 do quarteirão 36, CP. 40-6-G.

### 1.9.2 Plano urbanístico da área

A Estação Venda Nova será de importância no atendimento à região, auxiliando a Estação Via Norte, inicialmente apenas com o sistema de integração ônibus/ônibus, até que ocorra a expansão da linha do trem metropolitano. A estação proporcionará o fortalecimento do centro comercial de Venda Nova, cujo acesso será facilitado, além de otimizar e racionalizar os principais corredores que servem à região, avenidas Antônio Carlos e Cristiano Machado. Será recuado o alinhamento das ruas da área em torno da estação, de acordo com as exigências impostas pelo estudo de impacto sobre o tráfego urbano e pelas medidas de engenharia de tráfego na área de sua influência. Haverá redução, no sentido bairro/centro, do número de ônibus e de linhas que trafegam pela Rua Padre Pedro Pinto, com benefício para a circulação e o meio ambiente desta e das avenidas Pedro I e Antônio Carlos.

#### 1.9.3 Ajustes na Classificação Viária

Fica alterada a classificação viária abaixo relacionada.

Folha...Quadrícula...Logradouro

8.....5063.....Rua Apatita

Alteração: classificar como coletora entre as Ruas Antônio Rodrigues Froes e Água Marinha.

Folha...Quadrícula...Logradouro

8.....5063.....Rua

Alteração: classificar como coletora entre Ruas Apatita e Farmacêutico Raul Machado.

#### 1.9.4 Novos parâmetros urbanísticos

Coeficiente de Aproveitamento - 2,0

Altura Máxima Divisa (m) - 9,0



Figura 12 - Terminal Norte, localizado em Venda Nova

Fonte: <https://bandtv.band.uol.com.br/m/conteudo.asp?id=100000808432&programa=cidades>

O Terminal Oeste (Figura 13), localiza-se na regional Barreiro, onde será instalada a Estação de Trem Barreiro da linha 2 (lilás) é a maior Estação de Integração do BHBUS. Edificada e inaugurada em 2002, foi a primeira com participação da ação privada em sua constituição, sendo viabilizada graças a uma parceria entre as empresas e prefeitura. Diariamente, 100 mil pessoas usam o terminal, número que aumentará após a conclusão da estação de trem metropolitano. Devido à grande demanda da região, que possui mais de 300 mil habitantes, divide com o Terminal Sudoeste localizado no Bairro Diamante, a demanda de ônibus municipal, em processo de sobreposição de estações. Assim, atende as regiões do Barreiro e Oeste, além dos municípios de Contagem e Ibirité. O Terminal é integrado ao ViaShopping Barreiro, um Shopping Center de grande movimento na região. Propõe-se a transferência das linhas alimentadoras e troncais para o Terminal Sudoeste para sua transformação em Estação Rodoviária para atender usuários de toda Belo Horizonte, que precisarem viajar para as Rodovias Federais BR 381 Sul e BR 262 Oeste, e Rodovias Estaduais MG 060, MG 050, MG 040. Neste terminal, de acordo com a legislação municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999, não foi previsto nenhum parque zoobotânico.

1.2 Estação Barreiro

1.2.1. Perímetro e descrição da área

Área de 36.738m<sup>2</sup> (trinta e seis mil setecentos e trinta e oito metros quadrados), no Barreiro de Baixo, delimitada pela Avenida Afonso Vaz de Melo, pelas ruas Honório Hermeto, Boaventura Costa e pela faixa de domínio da Rede Ferroviária Federal S/A - RFFSA -, constante da 1<sup>a</sup> (primeira) e da 2<sup>a</sup> (segunda) parte do CP 159-3-M, ocupando a quadra 61 e parte da 41 naquela e a quadra 63 nesta. Está ainda contida no perímetro a área resultante da desafetação das seguintes vias não concluídas:

- Rua Benedito dos Santos, entre Avenida Afonso Vaz de Melo e Rua Álvaro da Silveira - 1.302m<sup>2</sup> (mil trezentos e dois metros quadrados), CP. 159-3-M -;
- Rua Lúcio dos Santos, entre Avenida Afonso Vaz de Melo e Rua Álvaro da Silveira, 1.664m<sup>2</sup> (mil seiscentos e sessenta e quatro metros quadrados), CP. 159-3-M -;
- Rua Álvaro da Silveira, entre o lote 5 do quarteirão 41 - Rua Honório Hermeto - e Rua Boaventura Costa, no lado esquerdo da faixa de domínio da RFFSA, sentido Centro/Barreiro - 4.400m<sup>2</sup> (quatro mil e quatrocentos metros quadrados), CP. 159-3-M.
- Rua Agnelo Macedo, entre a Avenida Afonso Vaz de Melo e a Rua Álvaro da Silveira - 1.504m<sup>2</sup> (mil, quinhentos e quatro metros quadrados). (Redação acrescida pela Lei nº 8294/2001)

1.2.2 Plano urbanístico da área

O Plano de Circulação da Região do Barreiro - PACE/Barreiro - objetiva a melhoria da acessibilidade, da mobilidade e da segurança do tráfego.

Dentre os projetos para melhorar a circulação do tráfego, está prevista, além do tratamento de áreas destinadas à circulação de pedestres, a ligação das avenidas Tito Fulgêncio e Afonso Vaz de Melo. A Avenida Afonso Vaz de Melo terá largura mínima de 20m (vinte metros). (Redação acrescida pela Lei nº 8294/2001) O empreendimento está sujeito ao recuo de alinhamento e ao afastamento frontal, ampliando o espaço de circulação de veículos e pedestres na Avenida Afonso Vaz de Melo, que passará a ter 25m (vinte e cinco metros) de largura. Uma faixa de 10m (dez metros) na parte posterior do terreno será reservada à ampliação da faixa de domínio da RFFSA, possibilitando a construção das linhas do trem metropolitano de Belo Horizonte. Será assegurada a integração entre as estações de ônibus, do trem metropolitano, o empreendimento empresarial e o Bairro Santa Margarida, ampliando a articulação com o centro comercial do Barreiro.

Figura 13 - Terminal Oeste, localizado no Barreiro



Fonte: <https://onibusbrasil.com/valterfrancisco/8420016>

O Terminal Sudeste (Figura 14) funcionará oficialmente no Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro - TERGIP (Rodoviária da Cidade), implantado em 1971 como o maior e mais moderno terminal rodoviário da América Latina, antes de ser estabelecido o Terminal Tietê em São Paulo. Localiza-se na Praça Rio Branco, no Centro de BH. O ingresso pode ser feito pela Estação Lagoinha da linha 1 (azul) do trem metropolitano (Eldorado/Vilarinho). Na década de 1940, os jornais divulgaram que Belo Horizonte seria a primeira capital do País a ter uma estação rodoviária com a concentração de todo o serviço rodoviário. A primeira Estação Rodoviária do Brasil foi inaugurada no Governo Benedito Valadares, em junho de 1941, atrás da Feira de Amostras, de frente para a avenida do Contorno. Sua edificação foi efetivada pela Secretaria de Agricultura, tendo como secretário Israel Pinheiro da Silva,



futuro governador do Estado que arquitetaria a Rodoviária atual. A Estação Rodoviária era uma edificação de dois andares com uma pista coberta por marquise, onde existia ambiente para dez ônibus. A partir dessa constituição, aconteceram outras modificações no serviço de transporte rodoviário, como a numeração das poltronas e maior severidade na realização de horários, na inspeção dos ônibus e passagens comercializadas.

Figura 14 - Terminal Sudeste, localizado na Lagoinha



Fonte: <https://diariodocomercio.com.br/economia/estado-lanca-a-licitacao-da-rodoviaria-da-capital/>

Meados da década de 1950, a estação velha já não tinha condições mínimas de acolhimento para a elevada circulação de passageiros. Eram 500 auto-ônibus, 160 linhas de menor percurso, sendo imprescindível improvisar uma plataforma em área cedida pela Central do Brasil, na rua Aarão Reis. Não permitia, conseqüentemente, o alto volume de ônibus e passageiros. Para amenizar a dificuldade até a constituição da nova Rodoviária, em 1965, o DER/MG ergueu à rua Curitiba, entre as avenidas Oiapoque e Contorno, uma estação temporária de embarque de passageiros. O terreno em que seria levantado o TERGIP pelo DER/MG passou a ser domínio do Estado de Minas Gerais em 13 de setembro de 1937, como implicação de um acerto de contas concretizado junto à Prefeitura de Belo Horizonte. Segundo dados do 1º Registro de Imóveis de Belo Horizonte, a municipalidade transferiu ao Estado toda posse, domínio, direito e ação que tinha sobre ele. Tal prédio foi inaugurado em 1935, mas, algumas dezenas de anos após, em 1965, em função do desenvolvimento rápido de Belo Horizonte, dos congestionamentos e da construção do complexo de viadutos da Lagoinha, optou-se pela destruição do mesmo para dar espaço à disposição do TERGIP. Pela precisão de solução a curto tempo, a obra de edificação do novo Terminal foi posta como emergencial no plano do Governo Israel Pinheiro. A determinação de construí-lo no centro da urbe foi adotada em conjunto pelo governador e os arquitetos Lúcio Costa e Oscar Niemeyer com obras a cargo do DER-MG.

As obras foram acabadas em menos de dois anos, com começo em agosto de 1969 e consumação no início de 1971. A inauguração do novo Terminal Rodoviário de BH se deu em 09 de março de 1971, sendo avaliado o maior e mais moderno da América Latina, acolhendo a uma demanda de até 17.134.000 passageiros por ano. A área de 28.000 m<sup>2</sup> permitiu a constituição de oito plataformas

de embarque com capacidade para 64 partidas simultâneas. A ousadia e magnitude da obra com armação de cobertura em concreto armado lhe aferiram prêmio da 1ª Bienal de Arquitetura de 1971, dando notoriedade à cidade.

Determinado pelo convênio rubricado entre o Governo do Estado e do Município, em 26 de junho de 2003, a direção do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro passou para a Municipalidade, com o escopo de acolher o interesse público no que se refere à prestação dos serviços de base para os usuários do TERGIP. É desta maneira que com a transferência das demandas rodoviárias para os terminais Leste, Norte, Oeste e Sul, ele poderá ser convertido num grande terminal de ônibus urbano, integrando quase toda a cidade. Serão atendidos 100 bairros: Aldeias da Serra, Alto Barroca, Alto dos Pinheiros, Alto Havaí, Alto Santa Lúcia, Alto Vera Cruz, Anchieta, Aparecida, Bairro Ipê, Bairro Patrocínio, Bela Vista, Belvedere, Betânia, BH Shopping, Boa Vista, Buritis, Cachoeirinha, Caetano Furquim, Calafate, Califórnia, Camargos, Casa Branca, Castanheiras, Cemitério Bonfim, Cemitério Saudade, Concórdia, Conjunto Betânia, Conjunto Santa Maria, Conjunto Taquaril, Coração Eucarístico, Cruzeiro, Dom Cabral, Ermelinda, Escola Guignard, Esplanada, Estoril, Estrela Dalva, Estrela do Oriente, Gameleira, Grajaú, Granja de Freitas, Gutierrez, Havaí, Hospital Baleia, Hospital Luxemburgo, Igreja Carmo, Jardim América, João Pinheiro, Jornas Veiga, Julien Rien, Madre Gertrudes, Morro das Pedras, Morro do Papagaio, Nossa Senhora de Fátima, Nova Cintra, Nova Esperança, Nova Floresta, Nova Gameleira, Nova Granada, Nova Suíça, Nova Vista, Novo São Lucas, Olhos d'Água, Padre Eustáquio, Palmeiras, Paraíso, Parque das Araucárias, Parque das Mangabeiras, Parque JK, Pilar, Pompeia, Praça Cairo, Praça do Sol, Praça Tejo, Prado, Renascença, Sagrada Família, Salgado Filho, Santa Cruz, Santa Efigênia, Santa Inês, Santa Lúcia, Santa Maria, Santa Teresa, Santo André, Santo Antônio, São Bento, São Cristóvão, São Geraldo, São Lucas, São Pedro, Senhor Bom Jesus, Serra, Sion, Taquaril, Vera Cruz, Vila Oeste, Vila Ventosa e Vista Alegre.

O Terminal Sudoeste, localizado no bairro Diamante é outro terminal do transporte público de Belo Horizonte, componente do sistema BHBUS. Foi o primeiro terminal a ser estabelecido na urbe. Diariamente, 48 mil pessoas usam o terminal, num total de 26 linhas integradas. Em 1997, centenário da capital, a BHTRANS inaugurou entre os bairros Diamante e Olaria, na regional Barreiro, a Estação BHBUS Diamante, primeiro terminal de conexão do sistema. Com a estação, linhas do sistema tradicional (PROBUS) foram extintas e supridas pelas linhas alimentadoras, que vão até ao terminal, de onde o passageiro embarca nas linhas troncais, que vão até ao Hipercentro e aos polos urbanos de Belo Horizonte. A inauguração da Estação Diamante assinalou o princípio do sistema BHBUS de Reestruturação do transporte coletivo da cidade. Previa-se até a implantação de um parque municipal que não se efetivou. Estuda-se a implantação de uma linha de monotrilho entre Estação Solar e Estação Eldorado que teria a Estação Diamante ao lado do Terminal Sudoeste, permitindo múltiplas integrações. São atendido 42 bairros: Ademar Maldonado, Amaro Neves Barreto, Antônio Teixeira Dias, Bairro das Industrias, Bairro Petrópolis, Bonsucesso, Brasil Industrial, Cardoso, Célio de Castro, Clube Copasa, Conjunto Águas Claras, Conjunto Esperança, Distrito Industrial Jatobá, Distrito Industrial Olhos D'água, Eduardo de Menezes, Flávio Marques Lisboa, Independência, Independência 3ª e 4ª Seção, Itaipu, Jardim Liberdade, Jatobá I (Vila Santa Rita), Jatobá II (Vila Pinho), Jatobá III (Vila Castanheiras), Jatobá IV (Vila Maria), Júlia Kubitscheck, Lindeia, Mangueiras, Milionários, Mineirão, Novo Santa Cecília, Olaria, Pilar, Pongelupe, PUC Barreiro, Regina, Santa Cecília, Santa Helena, Solar, Tirol, UPA Diamante, Vale do Jatobá, Vila Bernadete, Vila Cemig e Vila Mangueiras. Neste terminal, de acordo com a legislação municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999, foi previsto um parque zootônico, não implantado cujo bosque urbano foi ocupado por moradias.



## 1.5 Estação Diamante

### 1.5.1. Perímetro e descrição da área

A Estação Diamante foi construída em área de 22.765,91m<sup>2</sup> (vinte e dois mil setecentos e sessenta e cinco metros e noventa e um decímetros quadrados), delimitada pela Avenida João Rolla Filho, pelas ruas José Furtado Nunes e do Torno e por terrenos indivisos. Está situada nos lotes nºs 1 - 12.040,00m<sup>2</sup> (doze mil e quarenta metros quadrados) - e 2 - 10.725,91m<sup>2</sup> (dez mil setecentos e vinte e cinco metros e noventa e um decímetros quadrados) - da quadra 111, CP-272-15-A, no Bairro Diamante.

### 1.5.2 Plano urbanístico da área

A Estação Diamante foi inaugurada em junho de 1997, utilizando apenas a área do lote 1. Atualmente vêm sendo utilizadas, de maneira irregular, para estocagem de ônibus, as vias lindeiras.

Com o objetivo de melhorar o desempenho operacional da estação, será construída área de estocagem de ônibus, além de estrutura empresarial e de parque municipal para preservação da área verde e das nascentes do local. Para tanto, será desapropriada área de 21.141,41m<sup>2</sup> (vinte e um mil cento e quarenta e um metros e quarenta e um decímetros quadrados), entre a estação e a Avenida Waldyr Soeiro Emrich - Via do Minério. O acesso à área continuará a ser feito pela Avenida João Rolla Filho e pela Rua José Furtado Nunes, acrescentando-se a alternativa da Avenida Waldyr Soeiro Emrich.

### 1.5.3 Ajustes na classificação viária

Ficam alteradas as classificações viárias abaixo relacionadas:

Folha...Quadrícula...Logradouro

57.....4543/4542....Rua José Furtado Nunes

Alteração: classificar como coletora entre Avenida Joao Rolla Filho e Rua Professor Frederico Rangel

Folha...Quadrícula...Logradouro

57.....4545/4542....Rua do Torno

Alteração: classificar como coletora entre Ruas da Olaria e José Furtado Nunes

Folha...Quadrícula...Logradouro

57.....4545/4542....Rua Avenida João Rolla Filho

Alteração: classificar como coletora entre Avenida Waldir Soeiro Emrich e Rua José Furtado Nunes.

Folha...Quadrícula...Logradouro

57.....4545/4542....R. Prof. Frederico Rangel

Alteração: classificar como coletora entre Ruas do Torno e Rua José Furtado Nunes



Figura 15 - Terminal Sudoeste, localizado no Diamante

Fonte: <https://www.itatiaia.com.br/noticia/usuarios-relatam-falta-de-onibus-da-rede-alimentadora-na-regiao-do-barreiro-em-bh>

O Terminal Sul, saída para Nova Lima até a preparação do PDDI, em 2011, estava em processo de demarcação de área de implante. Estará ligado à Linha de metrô Norte-Sul (Vila da Serra-Aeroporto de Confins): Esta sugestão tem parte de seu projeto correspondente ao desenho da Linha 3/Verde do metrô de Belo Horizonte (Pampulha- Savassi), a qual é exposta em sua variante mais recente avaliada. A indicação da Linha Norte-Sul amplia a Linha 3 em dois sentidos: ao norte, até o Aeroporto Internacional Tancredo Neves, passando pela Estação Vilarinho, pela Cidade Administrativa de Minas Gerais, e pelos municípios de São José da Lapa e Vespasiano; ao sul, até o bairro Vila da Serra, em Nova Lima, adotando a linha da Avenida Senhora do Carmo. Serão duas estações, sendo uma para ônibus urbanos vindos de Brumadinho, Nova Lima, Raposos e Rio Acima e a outra estação rodoviária para captar ônibus das BR 040 Sul e BR 356. Neste terminal, de acordo com a legislação municipal nº 7.928 de 28 de dezembro de 1999, não foi previsto nenhum parque zoológico.

### 1.3 Estação Belvedere

#### 1.3.1. Perímetro e descrição da área

A Estação Belvedere será construída nos lotes lindeiros à MG-30, em área de 79.417,50m<sup>2</sup> (setenta e nove mil quatrocentos e dezessete metros e cinquenta decímetros quadrados), no Bairro Belvedere II, situada nos lotes 1 - 18.000,00m<sup>2</sup> (dezoito mil metros quadrados) -; 2 - 20.580,00m<sup>2</sup> (vinte mil quinhentos e oitenta metros quadrados); 3 - 20.102,50m<sup>2</sup> (vinte mil cento e dois metros e cinquenta decímetros quadrados) e 4 - 20.735,00m<sup>2</sup> (vinte mil setecentos e trinta e cinco metros quadrados), destinados à ligação da MG-30 com a BR-356 - do quarteirão 84, CP. 216-12-M.

### 1.3.2 Plano urbanístico da área

A Estação Belvedere atenderá, além de linhas alimentadoras de Belo Horizonte, as cidades ao sul da região metropolitana, viabilizando linhas de ônibus regulares para os condomínios residenciais ali existentes e contribuindo para a redução de tráfego de veículos particulares nas rodovias.

A estação faz parte do plano urbanístico da região, que impõe a reformulação do sistema viário - composto pelo trecho final da Avenida Raja Gabaglia, pela MG-030 e pela BR-356, até o anel rodoviário -, de forma a permitir a integração dos diversos empreendimentos, estando previsto:

- ingresso na MG-030, sem passagem pelo trevo da BR-356 com Avenida Raja Gabaglia, para Nova Lima do tráfego proveniente de Belo Horizonte e de Ouro Preto;
- ingresso na BR- 356 - também sem passagem pelo trevo - do tráfego de Nova Lima para Belo Horizonte;
- retorno na BR-356, que favorecerá estabelecimentos situados na margem direita - sentido Belo Horizonte/Rio de Janeiro - da BR-356.

O lote 4, com área de 20.735m<sup>2</sup>, (vinte mil setecentos e trinta e cinco metros quadrados) foi reservado à construção de alça de ligação da MG-030 com a BR-356, sentido Nova Lima/Belo Horizonte.

O projeto prevê área de estacionamento para veículos privados, de forma a estimular a redução de viagens ao centro de automóvel, promovendo a integração à rede de transporte público.

### 1.3.3 Novos parâmetros urbanísticos

A estação ficará localizada na área próxima à rodovia, onde a MG-030 terá alargamento de 40m (quarenta metros). Ficarão preservadas as partes mais altas dos lotes.

Taxa de Ocupação -

Taxa de Permeabilização - 20%

Figura 16 - Local para construção do Terminal Sul, no Belvedere



Fonte: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/11/16/interna\\_gerais,1006070/zona-sul-de-bh-vive-tormento-com-engarrafamentos-em-acessos-ao-belvede.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/11/16/interna_gerais,1006070/zona-sul-de-bh-vive-tormento-com-engarrafamentos-em-acessos-ao-belvede.shtml)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para cada Terminal estão previstas sugestões de Medidas de compensação socioambiental, parques zoobotânicos. No Terminal Central pode-se discutir a ampliação do Parque Francisco Lins do Rego por toda orla da Lagoa da Pampulha, entre a Avenida Otacílio Negrão de Lima, dividindo em sete núcleos ecológico-culturais: Barragem Pampulha, Casa do Baile, Casa JK, Igreja da Pampulha, Ilha da Ressaca, Ilha dos Amores e Museu de Arte. Já no Terminal Leste, a proposta seria a criação e implantação do Parque Metropolitano Capitão Eduardo. No Terminal Nordeste, propõe-se a criação e implantação do Parque Metropolitano Granja Werneck. Para o Terminal Noroeste, a medida seria a criação e implantação dos Parques Alípio de Melo e Manacás. Para o Terminal Norte, discutir-se-á a ampliação do Parque Cenáculo. No caso do Terminal Oeste, seria a criação e implantação do Parque Estadual da Fazenda Bonsucesso / Bosque Estadual de Belo Horizonte, promulgado em 25 de janeiro de 1956, através do decreto estadual 4939. Para o Terminal Sudeste, sugere-se a criação e implantação do Parque Estadual da Serra do Curral, criado pela lei estadual 7.041 de 19 de julho de 1977. E no caso do Terminal Sudoeste, seria a criação e implantação do Parque da Mata Olaria. Por último, no Terminal Sul sugere-se a criação e implantação do Parque Serra da Água Quente, entre a Serra e a Rodovia BR 356.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIRROS DE BELO HORIZONTE. **Bairros da Regional Barreiro.** Disponível em <<https://bairrosdebelohorizonte.webnode.com.br/bairros%20da%20regi%C3%A3o%20do%20barreiro> -/> Acesso em 29 Set. 2022

COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS. **Trem Metropolitano de Belo Horizonte.** Disponível em <<https://www.cbtu.gov.br/index.php/pt/belo-horizonte/128>> Acesso em 30 Set. 2022

DIÁRIO DO TRANSPORTE. **BRT MOVE mais mobilidade em Belo Horizonte.** Disponível em <<https://diariodotransporte.com.br/2014/09/18/brt-move-dobra-velocidade-do-transporte-coletivo-diz-bhtrans/>> Acesso em 30 Set. 2022. Disponível em <<https://wricidades.org/conteudo/brt-move-mais-mobilidade-em-belo-horizonte>> Acesso em 29 Set. 2022

JORNAL ESTADO DE MINAS. **MOVE completa 5 anos em BH entre conquistas e desafios para o futuro.** Disponível em <[https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/13/interna\\_gerais,1020971/move-completa-5-anos-em-bh-entre-conquistas-e-desafios-para-o-futuro.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/13/interna_gerais,1020971/move-completa-5-anos-em-bh-entre-conquistas-e-desafios-para-o-futuro.shtml)> Acesso em 29 Set. 2022

LEIS MUNICIPAIS. **Lei ordinária nº 7928/1999: dispõe sobre operações urbanas para implementação de estações de integração de ônibus do BHBUS.** Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/1999/793/7928/lei-ordinaria-n-7928-1999-dispoe-sobre-operacoes-urbanas-para-implementacao-de-estacoes-de-integracao-de-onibus-do-bhbus?q=bhbus>> Acesso em 30 Set. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Informações transportes: ônibus e estações.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transportes/onibus/estacoes>> Acesso em 30 Set. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Rede de transporte MOVE: como utilizar.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/bhtrans/informacoes/transportes/onibus/rede-de-transporte/MOVE/como-utilizar>> Acesso em 30 Set. 2022

SITE FANDOM. **Linhas da METROBEL.** Disponível em <<https://onibusbh.fandom.com/pt-br/wiki/BHBUS>> Acesso em 29 Set. 2022

SITE MOBILIZE. **Adesão ao BRT MOVE frustra meta em BH.** Disponível em <[https://www.mobilize.org.br/noticias/9610/adesao-ao-brt-move-frustra-meta-em-bh.html?gclid=Cj0KCQjwsrWZBhC4ARIsAGGUJuqfFfJBD9FGrEeZbk4HDm8JXOWOU8wY6yeANUCjeQNmZEzRzBmVn7AaAhX8EALw\\_wcB](https://www.mobilize.org.br/noticias/9610/adesao-ao-brt-move-frustra-meta-em-bh.html?gclid=Cj0KCQjwsrWZBhC4ARIsAGGUJuqfFfJBD9FGrEeZbk4HDm8JXOWOU8wY6yeANUCjeQNmZEzRzBmVn7AaAhX8EALw_wcB)> Acesso em 30 Set. 2022

SITE ÔNIBUS BH. **Linhas de ônibus da BHTRANS.** Disponível em <<https://onibusbh.com.br/linhas-de-onibus-da-bhtrans/>> Acesso em 29 Set. 2022

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE ANÁPOLIS. **Impactos ambientais-no-setor-de-transporte.** Disponível em <<https://www.catolicadeanapolis.edu.br/revmagistro/wp-content/uploads/2013/05/IMPACTOS-AMBIENTAIS-NO-SETOR-DE-TRANSPORTE.pdf>> Acesso em 29 Set. 2022



## IMPACTOS NO ORÇAMENTO MUNICIPAL DE TURMALINA/SP ANTES E DURANTE O COVID-19

**HUMBERTO ANTONIO ERMITA GOMES:**  
Graduando em Ciências Contábeis na FEF -  
Fundação Educacional de Fernandópolis/SP

**MATHEUS PASCHOAL DE ALMEIDA**<sup>76</sup>

(coautor)

**DANIELA BORELI**<sup>77</sup>

(orientadora)

**ROGERIO DE JESUS RIBEIRO**<sup>78</sup>

(coorientador)

**RESUMO:** Este trabalho teve como objeto os impactos no orçamento municipal de Turmalina/SP antes e durante o covid-19. Pode-se entender que o orçamento público é uma peça fundamental para o controle dos gastos públicos, através das previsões das receitas e fixações das despesas. Por isso o objetivo deste trabalho foi debater sobre os impactos no orçamento municipal antes e durante o período pandêmico na administração pública, o que refletiu situações de instabilidade nos diversos setores. Partindo dessa temática de maneira pontual, busca-se analisar as medidas adotadas pelos gestores do município, que aderiram as Leis Federais, e as orientações da Organização Mundial da Saúde – OMS e confeccionaram as Leis Municipais e os Decretos Municipais, como parâmetros a serem adotados durante o período de calamidade pública.

**Palavras-Chave:** orçamento municipal, covid-19, impactos, legislação, administração pública.

**ABSTRACT:** This work had as its object the impacts on the municipal budget of Turmalina/SP before and during the covid-19. It can be understood that the public budget is a fundamental piece for the control of public spending, through revenue forecasts and expenditure fixing. Therefore, the objective of this work was to seek to discuss the impacts on the municipal budget before and during the pandemic period in public administration, which reflected situations of instability in the various sectors. Starting from this theme in a punctual way, we seek to analyze the measures adopted by the managers of the municipality, who adhered to the Federal Laws, and the guidelines of the World Health Organization - WHO and made the Municipal Laws and Municipal Decrees, as parameters to be adopted during the period of public calamity.

**Key Words:** municipal budget, covid-19, impacts, legislation, public administration

---

<sup>76</sup> Graduando em Ciências Contábeis na FEF - Fundação Educacional de Fernandópolis,/SP.

<sup>77</sup> Contadora; Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria; Mestre em Ciências Ambientais, Docente na Fundação Educacional de Fernandópolis e Faculdade Futura de Votuporanga, Graduanda em Direito na Fundação Educacional de Fernandópolis.

<sup>78</sup> Mestre em Engenharia de Produção (UNIARA), Graduando em Direito na Fundação Educacional de Fernandópolis, Professor universitário na Fundação Educacional de Fernandópolis.



## 1. INTRODUÇÃO

O município de Turmalina –SP sofreu vários impactos em seu orçamento devido às infecções pelo Coronavírus. Conforme a folha informativa sobre a Covid -19 publicada no site da organização: pan-americana da saúde e da organização mundial da saúde, A COVID-19 é uma doença infecciosa causada pela coronavírus SARS-CoV-2 e tem como principais sintomas febre, cansaço e tosse seca. (OMS, 2020)

Em 26 de novembro de 2021, a OMS designou a variante da COVID-19 B.1.1.529 como uma variante de preocupação denominada Ômicron. Essa variante apresenta um grande número de mutações, algumas das quais preocupantes. As outras variantes de preocupação ainda estão em circulação e são: Alfa, Beta, Gama e Delta. (OPAS).

Partindo deste ponto, a preocupação deve ser ainda maior na busca por melhorias, com isso, o município adotou isolamento social como medida de segurança, com a utilização da quarentena de contenção do COVID-19, a suspensão das atividades educacionais, a proibição de eventos com grandes aglomerações, programas direcionados a terceira idade/eventos esportivos, a suspensão de comemorações com grandes aglomerações, além da suspensão do funcionamento dos comércios e concursos públicos, e as reduções das frotas municipais ou horários de funcionamento do transporte público.(TURMALINA, 2020).

Seguindo essa linha, os resultados aferem queda de arrecadação em razão da paralisação da atividade econômica de comércio e serviços (ICMS), que juntamente com FPM do ano de 2020 no qual houve uma queda arrecadação em comparação ao exercício anterior. (PORTAL DA TRANSPARÊNCIA).

Com esse cenário, foi decretado ao país o estado de calamidade pública, no qual o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 normatizou que: Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos artigos. 23, 31 e 70: II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9o. (BRASIL, 2000).

## 2. OBJETIVO

O objetivo deste trabalho busca debater sobre os impactos no orçamento municipal antes e durante o período pandêmico na administração pública, o que refletiu situações de instabilidade nos diversos setores. O assunto pandemia da COVID-19, pertinente no cenário atual, traz novas buscas por estratégias para lidar com o orçamento, que a demanda de trabalho e que deve ser atendido de forma eficiente.

O estudo não só busca debater os impactos no orçamento público, como também trazer uma contribuição prática para os processos decisórios sobre finanças públicas, pois em tempos de emergência ou calamidade pública, a gestão orçamentária torna-se ainda mais complexa, e

demanda do gestor público um conhecimento holístico sobre o fluxo econômico, o equilíbrio orçamentário, e os impactos sociais. Implicações teóricas também são esperadas, isto porque busca entender os impactos na COVID-19 no orçamento.

### **3.REFERENCIAL TEÓRICO**

#### **3.1 ORÇAMENTO PÚBLICO**

A origem do Orçamento Público teve como um dos países norteadores a Inglaterra, onde o orçamento público mostra que seu começo no Reino Unido, em 1217, quando o Rei (João Sem-Terra) outorgou a famosa (Carta Magna), que estabeleceu, no seu art. 12: “Nenhum tributo ou auxílio será instituído no Reino, senão pelo seu conselho comum. Este dispositivo estabeleceu condições para se acabar com a arbitrariedade da Coroa na instituição de impostos; fato conseguido mediante pressões dos barões, que eram parte integrante do conselho comum, órgão de representação da época”. (MENDES NASCIMENTO et al, 2012).

Já no Brasil há indícios que sua origem ocorreu pela revolta de Felipe dos Santos, em 1720; a Inconfidência Mineira, em 1789; a Revolta Farroupilha, em 1820; a Revolta do Quebra-Quilo, em 1896, entre outros, são exemplos que marcaram, no Brasil, o descontentamento dos cidadãos em relação à cobrança de impostos sem o respeito aos princípios da legalidade e do consentimento. Com a vinda de D. João VI, iniciou-se a organização das finanças públicas. A abertura dos portos, com a consequente criação de tributos aduaneiros, gerou a necessidade de se criar o Erário Público (Tesouro) em 1808. (GONTIJO, 2004).

#### **3.2 APLICAÇÕES DAS LEGISLAÇÕES NO ORÇAMENTO PÚBLICO**

Diante da evolução do Orçamento Público e seu uso cada vez mais frequente, houve a necessidade de se criar dispositivos legais que pudessem dar melhores regras para a sua utilização. Um exemplo legal dessa circunstância é a lei 4320/64 que em seu art. 1º estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (BRASIL, 1964).

Já no art. 2º menciona que o orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade. No art.3º cita que o orçamento compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei. (BRASIL, 1964)

Outra Lei que dispõe sobre o conteúdo do orçamento é a lei complementar nº 101, 4 de maio de 2000, na qual estabelece em seu artigo 1º § 1º que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (BRASIL, 2000).

Diante dessas circunstâncias vale ressaltar que o orçamento público é o instrumento de planejamento que detalha a previsão dos recursos a serem arrecadados (impostos e outras receitas estimadas) e a destinação desses recursos (ou seja, em quais despesas esses recursos serão utilizados) a cada ano. Ao englobar receitas e despesas, o orçamento é peça fundamental para o equilíbrio das contas públicas e indica as prioridades do Governo para a sociedade. (MINISTÉRIO DA ECONOMIA – GOVERNO FEDERAL).

### **3.3 FASES DO ORÇAMENTO PÚBLICO**

O orçamento público pode ser elaborado em fases para que assim possa ser melhor executado;

O Plano Plurianual (PPA), prevista no art. 165 § 1 é um plano de longo prazo que institui metas e objetivos a serem alcançados em um período de quatro anos, estabelecendo os investimentos da administração pública e cada área de suas aplicações. Ocorrendo assim, sua atualização anualmente através da elaboração da lei orçamentária anual (LOA) com vigência para o exercício seguinte, além de ser atualizado quando ocorre os créditos especiais não previstos no orçamento vigente.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) prevista no art. 165 § 2º da CF, é elaborada anualmente de forma a se moldar aos objetivos e metas instituídos no plano plurianual. Sua aplicação é válida para o orçamento do exercício seguinte, orientando a elaboração da lei de diretrizes orçamentária (LOA). Além disso, a LDO pode dispor das alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A Lei Orçamentária Anual (LOA) está prevista no art. 165 § 5º da CF. Ela estima a receita orçamentária e fixa as despesas das atividades da administração pública para o exercício seguinte, direcionando os gastos e despesas de um orçamento, visando alcançar as metas traçadas pelo PPA e LDO.

### **3.4 EFEITOS DO COVID-19 SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO**

Ao se falar de Orçamento, é de suma importância citar os transtornos gerados pela pandemia dentro do território brasileiro, O Senado Federal por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020, reconheceu o estado de calamidade pública consagrado no artigo 65 da Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) conforme solicitação do Presidente da República. O estado de calamidade pública definido pelas Leis 4.320/1964 e 101/2000, possibilita aos entes públicos a abertura de Créditos Extraordinários em seus orçamentos vigentes, com vistas para o caso da pandemia de COVID-19 disponibilizar recursos para o enfrentamento da mesma. (LEITE FILHO,2018).

Por isso vale lembrar que a Covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pela coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em amostras de lavado broncoalveolar

obtidas de pacientes com pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, em dezembro de 2019. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos. (MINISTÉRIO DA SAÚDE)

Sendo assim em épocas de crise, como da emergência sanitária e econômica proveniente da COVID-19, o equilíbrio orçamentário pode ser ameaçado, tanto pela frustração de receitas, quanto pela necessidade do aumento de despesas. Em síntese, os investimentos podem levar a um melhor desempenho dos serviços prestados pelo governo, desde que haja equilíbrio entre receitas e despesas públicas. Mas em épocas de emergência há vários fatores que podem levar ao desequilíbrio orçamentário e à ameaça na equidade social ao mesmo tempo. Por isso, são necessárias medidas de gestão que permitam flexibilizar e melhorar o orçamento, ao mesmo tempo em que atende a população em sua emergência sanitária e social. (MONTEIRO et al, 2020)

Neste ambiente complexo é fundamental entender os reflexos da pandemia, compreendendo o fluxo econômico e os efeitos orçamentários em tempos de emergência COVID-19. O que se sabe sobre o fluxo econômico é que a economia moderna é composta por uma rede interconectada por diversas empresas, de diferentes setores, funcionários, fornecedores, consumidores, agências financeiras, entre outros. Com isto, se houver um rompimento em algum dos elos das relações por políticas de contenção de doenças, isto terá um efeito em cascata (BALDWIN; DI MAURO, 2020).

Desse modo amenizar essas interrupções econômicas requer capacidade financeira e flexibilidade orçamentária por parte do governo. Essas alterações na gestão de recursos são feitas por meio de políticas públicas. Diante da emergência causada pela pandemia, o Governo Federal do Brasil, instituiu medidas para amenizar as interrupções econômicas. Através da Lei nº 13.979 (de 6 de fevereiro de 2020) foram tratadas algumas medidas de flexibilização do orçamento para o Ministério da Saúde e gestores locais de saúde como, por exemplo, dispensa de licitação e facilitação na contratação de pessoal da saúde. (MONTEIRO et al, 2020).

#### **4.RESULTADOS**

Conforme as pesquisas realizadas por meio do site oficial da Prefeitura Municipal de Turmalina/SP (Portal da Transparência), auferimos relatórios das receitas e despesas para o enfrentamento do Covid-19 dos exercícios: 2020 e 2021. No qual podemos apontar o total de despesas liquidadas nos respectivos anos foram de R\$ 205.841,18 e R\$ 404.134,53. Já as suas receitas seguindo esta ordem foram de R\$ 646.147,19 e R\$ 623.077,62. Portanto sendo constatado que houve uma diferença positiva orçamentária no valor total de R\$ 659.249,10.

Foi averiguado também variações das principais fontes de receita do município sendo elas o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e o Fundo de Participações dos Municípios – FPM.

#### **FIGURA 1- BALANCETE ANALÍTICO DA RECEITA MÊS DE DEZEMBRO - 2019**

**PREF. MUNICIPAL DE TURMALINA**  
AVENIDA SANTA HELENA 200 Bairro: CENTRO  
CNPJ: 45139482000101, Email: prefeitura@turmulina.sp.gov.br / TURMALINA-SP

Página: 1 de 11  
Gestão Contábil  
2019

Balancete Analítico Da Receita - Mês Dezembro / 2019

Fonte De Recurso: TODAS AS FONTES

Unidade Gestora: Prefeitura

Código	Ficha	Rubrica Da Receita	F.R.	C.A.	Anterior	Mês	Total	Orçada	Atualizada	Saldo
17280110.0		Cota-Parte do ICMS			3.285.076,41	440.651,73	3.725.730,14	3.600.000,00	3.600.000,00	-125.730,14
17280111.1	82-2	COTA-PARTE DO ICMS	1	110.0	3.285.076,41	440.651,73	3.725.730,14	3.600.000,00	3.600.000,00	-125.730,14
17180120.0		Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - Cota Mensal			7.475.211,04	862.576,28	8.337.789,32	8.300.000,00	8.300.000,00	-37.789,32
17180121.1	43-7	COTA-PARTE FUNDO PARTICIP. MUNICÍPIOS - FPM	1	110.0	7.475.211,04	862.576,28	8.337.789,32	8.300.000,00	8.300.000,00	-37.789,32

**FONTE: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA MUNICIPIO DE TURMALINA**

**FIGURA 2- BALANCETE ANALÍTICO DA RECEITA MÊS DE DEZEMBRO - 2020**

**PREF. MUNICIPAL DE TURMALINA**

AVENIDA SANTA HELENA 200 Bairro: CENTRO  
CNPJ: 45139482000101, Email: prefeitura@turmulina.sp.gov.br / TURMALINA-SP

Página: 1 de 12  
Gestão Contábil  
2020

Balancete Analítico Da Receita - Mês Dezembro / 2020

Fonte De Recurso: TODAS AS FONTES

Unidade Gestora: Prefeitura

Código	Ficha	Rubrica Da Receita	F.R.	C.A.	Anterior	Mês	Total	Orçada	Atualizada	Saldo
17280110.0		Cota-Parte do ICMS			3.069.125,93	424.853,51	3.493.979,44	3.800.000,00	3.800.000,00	306.020,56
17280111.1	90-3	COTA-PARTE DO ICMS	1	110.0	3.069.125,93	424.853,51	3.493.979,44	3.800.000,00	3.800.000,00	306.020,56
17180120.0		Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - Cota Mensal			7.092.595,03	845.122,19	7.937.627,22	8.500.000,00	8.500.000,00	562.372,78
17180121.1	51-5	COTA-PARTE FUNDO PARTICIP. MUNICÍPIOS - FPM	1	110.0	7.092.595,03	845.122,19	7.937.627,22	8.500.000,00	8.500.000,00	562.372,78

**FONTE: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA MUNICIPIO DE TURMALINA**

De acordo com os Balancetes Analíticos das Receitas dos meses de dezembro concernentes aos exercícios: 2019 e 2020. Pode-se apurar que no exercício 2020 o total do ICMS foi de R\$ 3.493.979,44. Já a receita total de FPM foi de R\$ 7.937.627,22. Ao se comparar com o ano de 2019 que chegou a R\$ 3.725.730,14 de ICMS e R\$ 8.337.789,32 de FPM. O que pode-se constatar que o total da queda da receita do exercício de 2020 para o exercício de 2019 foi de R\$ 631.912,80. Tendo uma potencial relação com a crise causada pela Covid-19.

**FUGURA 3 - BALANCETE ANALÍTICO DA RECEITA MÊS DE DEZEMBRO - 2021**

**PREF. MUNICIPAL DE TURMALINA**

AVENIDA SANTA HELENA 200 Bairro: CENTRO  
CNPJ: 45139482000101, Email: contabilidade@turmulina.sp.gov.br / TURMALINA-SP

Página: 1 de 14  
Gestão Contábil  
2021

Balancete Analítico Da Receita - Mês Dezembro / 2021

Fonte De Recurso: TODAS AS FONTES

Unidade Gestora: Prefeitura

Código	Ficha	Rubrica Da Receita	F.R.	C.A.	Anterior	Mês	Total	Orçada	Atualizada	Saldo
17280110.0		Cota-Parte do ICMS			3.911.260,25	375.863,79	4.287.124,04	3.800.000,00	3.800.000,00	-487.124,04
17280111.1	86-3	COTA-PARTE DO ICMS	1	110.0	3.911.260,25	375.863,79	4.287.124,04	3.800.000,00	3.800.000,00	-487.124,04
17180120.0		Cota-Parte do Fundo de Participação dos Municípios - Cota Mensal			8.986.903,04	1.877.363,10	10.873.267,04	8.900.000,00	8.900.000,00	-2.173.267,04
17180121.1	48-3	COTA-PARTE FUNDO PARTICIP. MUNICÍPIOS - FPM	1	110.0	8.986.903,04	1.877.363,10	10.873.267,04	8.900.000,00	8.900.000,00	-2.173.267,04



## **FONTE: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA MUNICÍPIO DE TURMALINA**

Segundo os Balancetes Analíticos das Receitas dos meses de dezembro relativos aos exercícios: 2020 e 2021. Pode-se apurar que no exercício 2021 totalizou o ICMS de R\$ 4.287.124,04. Já a receita total de FPM foi de R\$ 10.673.257,04. Ao se confrontar com o ano de 2020 em que o ICMS foi de R\$3.493.979,44 e o FPM de R\$ 7.937.627,22. Foi determinado que ambas as receitas alcançaram maiores índices em relação ao ano de 2020, sendo capaz de constatar que certo aumento foi de R\$ 3.528.774,42. Pois através da aprovação da lei complementar 173/2020, foi garantido a recomposição das perdas causadas pelas medidas de enfrentamento a Covid-19, conseguindo viabilizar as regularizações fiscais das prefeituras.

## **5.METODOLOGIA**

A pesquisa classifica-se como explicativa, com isso valem-se quase exclusivamente do método experimental. Nas ciências sociais, a aplicação desse método reveste-se de muitas dificuldades, razão pela qual se recorre também a outros métodos, sobretudo ao observacional. Nem sempre se torna possível a realização de pesquisas rigidamente explicativas em ciências sociais, mas em algumas áreas, sobretudo da psicologia, as pesquisas revestem-se de elevado grau de controle, chegando mesmo a ser chamadas “quase experimentais”. (GIL,2002).

Pode-se dizer então que o conhecimento científico está assentado nos resultados oferecidos pelos estudos explicativos. Isso não significa, porém, que as pesquisas exploratórias e descritivas tenham menos valor, porque quase sempre constituem etapa prévia indispensável para que se possam obter explicações científicas. Uma pesquisa explicativa pode ser a continuação de outra descritiva, posto que a identificação dos fatores que determinam um fenômeno exige que este esteja suficientemente descrito e detalhado. (GIL,2002)

Através da pesquisa, foi obtido uma análise documental das receitas e despesas propostas nas medidas provisórias que alteram o orçamento para o enfrentamento da pandemia, além da observação da Lei Orçamentaria Anual (LOA, 2020). Os dados referentes aos orçamentos públicos foram obtidos no portal de transparência do município de Turmalina/SP, podendo compreender em novas fixações de despesas, ancoradas em programas que visam o enfrentamento à covid-19. (Portal da Transparência).

## **6.DISSCUSSÃO DOS RESULTADOS**

Assim como já esperado e citado por (MONTEIRO et al,2020), em épocas de crise, como a emergência sanitária e econômica da COVID-19, o equilíbrio orçamentário foi ameaçado devido às frustrações das principais receitas do município, como por exemplo: Icms e o Fpm, já citados acima. Além disso, outro aspecto que poderia influenciar no desequilíbrio orçamentário seria o aumento das despesas em diversos setores, principalmente o da saúde pública, que por meio de contratações de médicos especializados, compra de equipamentos para o combate do vírus, dentre outras medidas protetivas adotadas pela administração pública, o que acarretaria em gastos superiores aos exercícios antecedentes. Porém não foi previsto que a receita destinada especificamente ao combate da COVID-19 fosse excedente a suas despesas. Pois por se tratar de uma crise mundial era de se imaginar que as despesas iriam superar as receitas, o que



acarretaria em déficit orçamentário. Contudo ao consultar o portal de transparência do município foi demonstrado que as receitas destinadas ao combate do vírus durante os exercícios de 2020 e 2021 superaram as despesas, de mesma finalidade, dos respectivos exercícios no valor de R\$ 659.249,10, surpreendendo positivamente os administradores públicos.

## 7. CONCLUSÃO

O trabalho permite uma reflexão quanto aos recursos destinados ao orçamento público para o combate da Covid-19.

Deste modo, por meio de pesquisas realizadas no site oficial do município de Turmalina/SP tomou-se conhecimento de que as receitas de 2020 e 2021 arrecadas foram exorbitantemente superiores aos gastos ocasionados pela covid-19 nos respectivos exercícios no município. Permitindo apontar que especificamente para o município de Turmalina/SP foi obtido um excesso de receita no valor de R\$ 659.249,10. O que permite questionar se este excesso de receita não faria falta em outros orçamentos municipais relacionados ao combate do vírus.

## 8. BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Informações Sobre Covid-19, Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus> , Acesso em 04 de maio 2022.

BRASIL, Decreto nº 1836, de 16 de março de 2020, plano emergencial de enfrentamento do covid-19 da rede municipal da educação Disponível em: <https://www.turmalina.sp.gov.br/sistema/>, Acesso em 07 de março 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Artigo N° 196, Seção II da Saúde, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), Acesso em 10 de março 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Lei N° 4.320, Artigo 64, Capítulo III, Da Despesa, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm), Acesso em 04 de maio 2022.

LEITE FILHO et al., 2018, Orçamento pela lei de responsabilidade fiscal (LRF), pág. 4 Disponível em: [file:///C:/Users/Windows%2010/Downloads/5560-exto%20do%20Artigo-23231-1-10-20201226%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Windows%2010/Downloads/5560-exto%20do%20Artigo-23231-1-10-20201226%20(3).pdf), Acesso em 26 de abril 2022.

RESENDE RODRIGO, Covid-19 no Brasil, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/02/23/dois-anos-do-primeiro-caso-de-coronavirus-no-brasil> , Acesso em 04 de maio 2022.

TURMALINA, Portal da Transparência, Plano emergencial de enfrentamento do covid-19 da rede municipal de educação, Disponível em: [http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/303/2020/PLANO\\_DE\\_EMERGENCIA](http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/303/2020/PLANO_DE_EMERGENCIA), Acesso em 10 de março 2022.

TURMALINA, Portal da Transparência, Decreto Municipal, Disponível em:  
<http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/300/2020/1836.pdf>, Acesso em 02 de maio 2022.

TURMALINA, Portal da Transparência, Disponível em: <http://138.255.11.196:6565/E1/Relatorios>, Acesso em 17 de maio 2022.

LEI COMPLEMENTAR, Nº 10, de 04 de maio de 2000, Disponível em:  
([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)), Acesso em 28 de abril de 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, Orçamento Público, Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento>, Acesso em 15 de maio de 2022.

MONTEIRO et al, Reflexo do covid-19 no orçamento público, Disponível em:  
<file:///C:/Users/User/Downloads/5560-Texto%20do%20Artigo-23231-1-10-20201226.pdf>, Acesso em 28 de maio de 2022.

MENDES NASCIMENTO et al, Ativos intangíveis: análise do impacto do grau de intangibilidade nos indicadores de desempenho empresarial Enfoque: Reflexão Contábil, vol. 31, núm. 1, enero-abril, 2012, pp. 37- Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3071/307124722004.pdf>, Acesso em 15 de abril de 2022.

DUARTE, Pesquisa explicativa, Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/regras-abnt/pesquisas-exploratoria-descritiva-explicativa.htm#:~:text=Pesquisa%20explicativa,as%20ci%C3%A2ncias%20f%C3%ADsticas%20e%20naturais>, Acesso em 03 de maio de 2022.

GIL, 2002, Pesquisa Explicativa, Disponível em: Antônio Carlos Gil como elaborar projetos de pesquisas, página 43, 7ª edição, editora Atlas, Acesso em 04 de junho de 2022.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS, Disponível em:  
<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/levantamento-da-cnm-mostra-aumento-na-retencao-do-fpm-de-2020-para-2021>, Acesso em 13 de setembro de 2022.

TURMALINA, Balancete Analítico da Receita mês de Dezembro, 2019, Portal da Transparência, Disponível em:  
[http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/REL/2019/dezembro/BALANCETE\\_Receita\\_2019.Dezembro.pdf](http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/REL/2019/dezembro/BALANCETE_Receita_2019.Dezembro.pdf), Acesso em 15 de setembro de 2022.

TURMALINA, Balancete Analítico da Receita mês de Dezembro, 2020, Portal da Transparência, Disponível em:  
[http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/REL/2020/dezembro/BALANCETE\\_Receita\\_2020.Dezembro.pdf](http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/REL/2020/dezembro/BALANCETE_Receita_2020.Dezembro.pdf), Acesso em 15 de setembro de 2022.

TURMALINA, Balancete Analítico da Receita mês de Dezembro, 2021, Portal da Transparência, Disponível em:  
[http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/REL/2021/dezembro/BALANCETE\\_Receita\\_2021.Dezembro.pdf](http://138.255.11.196:6565/Content/Arquivos/REL/2021/dezembro/BALANCETE_Receita_2021.Dezembro.pdf), Acesso em 15 de setembro de 2022.

## **A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL DENTRO DA RESERVA POSSÍVEL**

**TEREZA CRISTINA RODRIGUES FERREIRA:**

Graduanda em Direito pela Instituição Metropolitana de Ensino - IME.

**RESUMO:** O trabalho vem com o objetivo de demonstrar as análises e discorrer sobre a judicialização da saúde, que consiste no acionamento do Judiciário para questões que envolvam a saúde, além de averiguar as perspectivas dentro do mínimo existencial dentro da reserva do possível. Estuda o caráter das decisões ativistas no judiciário, buscando interpretar e direcionar a efetividade dos direitos fundamentais. Analisa a problemática, que cabe ao Judiciário averiguar os critérios para que seja adotada a melhor solução de harmonizar o Mínimo Existencial dentro da Reserva do Possível. Aponta a judicialização da saúde sob a perspectiva do mínimo existencial dentro da reserva possível. Apresenta casos de judicialização da saúde e discussões sobre suas repercussões dentro de suas decisões. Identifica casos de judicialização em saúde que possam caracterizar os mecanismos necessários de garantias. Demonstra as intensificações realizadas como meio de garantia para o acesso aos bens e serviços de saúde, de responsabilidade do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Judicialização. Saúde. Decisões. Direito

**ABSTRACT:** The work aims to demonstrate the analyses and discuss the judicialization of health, which consists in the activation of the Judiciary for issues involving health, in addition to verifying the perspectives within the existential minimum within the reserve of the possible. It studies the character of activist decisions in the judiciary, seeking to interpret and direct the effectiveness of fundamental rights. It analyzes the problem, which is up to the Judiciary to ascertain the criteria for adopting the best solution of harmonizing the Existential Minimum within the Reserve of the Possible. The tip the judicialization of health from the perspective of the existential minimum within the possible reserve. It presents cases of judicialization of health and discussions about its repercussions within its decisions. It identifies cases of judicialization in health that can characterize the necessary mechanisms of guarantees. It demonstrates the intensifications carried out as a means of guarantee for access to health goods and services, under the responsibility of the Judiciary.

**KEYWORDS:** Judicialization. Cheers. Decisions. Right, right.

### **1 INTRODUÇÃO**

Atualmente, o conceito de saúde tem sido historicamente estabelecido e ligado ao cenário cultural, social, político e econômico de diferentes populações. Em períodos históricos recentes, o conceito reduziu sua negatividade, como a ausência de doença, a uma positividade utópica, como

a felicidade completa, e talvez de forma mais objetiva em termos dos determinantes sociais e econômicos que se refletem nas condições de vida social. A qualidade de vida é a soma de fatores como alimentação, moradia, lazer, renda digna, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, liberdade e subsistência de acesso a serviços médicos.

No Brasil, a reforma sanitária discutida pela VIII Assembleia Nacional de Saúde, convocada em 1986, estabeleceu como recomendações o direito à saúde e a aplicação do Sistema Único de Saúde (SUS), e elevou ambos ao patamar de garantias constitucionais. A primeira se reflete no art. 196 da Constituição Federal como: "Os direitos de todos e um dever do Estado" e outra encontrada no art. 198, que estabelece que as medidas e serviços públicos de saúde fazem parte de uma rede regional e hierárquica e constituem um sistema único de aplicação geral à população. Seguindo as orientações de instituições financeiras como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (como privatizações e privatizações), o SUS enfrenta uma situação desfavorável a partir da reestruturação do Estado brasileiro. Essa condição levou as autoridades de saúde pública a reprimir o SUS e as condições inseguras de trabalho por décadas.

A partir dessa situação, promoveu-se o racionamento de saúde como forma de garantir o acesso a produtos e serviços de saúde, conferindo ao judiciário um papel importante na efetivação do direito à saúde. Portanto, ao avaliar alguns julgamentos relacionados à atribuição de interesses e direitos relacionados à saúde, muitas vezes é utilizada a presença de expressões como "mínimo existencial" como base principal para a tomada de decisão" e "reserva do possível".

O mínimo existencial pode ser entendido como as condições mínimas para uma existência humana digna. Por outro lado, a ressalva final fundamenta-se no entendimento de que os orçamentos públicos são limitados e que os direitos sociais, econômicos e culturais são economicamente quantificados e só devem ser concedidos pelo Estado se houver orçamento disponível. Essa polarização é o impulso para o desenvolvimento deste estudo, que visa analisar casos de racionamento de saúde, descrever seus resultados e discutir o impacto das decisões judiciais na saúde e nos sistemas únicos de saúde.

## **2 DO DIREITO A SAÚDE**

O art. 6º da Constituição da República de 1988 elenca, dentre os direitos sociais, a saúde. No artigo 197 da Magna Carta que os serviços de mobilidade e saúde enquanto órgãos de grande importância pública situados no poder público assegurem a sua regulação, fiscalização e controle de acordo com o disposto na lei, que deve ser efetuado diretamente ou através de terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

### **2.1 Direito a saúde no ordenamento jurídico**

Os direitos sociais, incluindo o direito à saúde, são secundários, ou seja, se apresentam como interesses positivos impostos pelo Estado (sociedade por meio da lei) e tendem a cristalizar em suas pesquisas visões fundamentais e socialmente equitativas. Para melhores e adequadas condições de vida.

Neste sentido, Sarlet (2002, p. 48) explica que:

Caracterizam-se por outorgar ao indivíduo Direito a prestações sociais por parte do Estado revelando importante mudança no que diz com eficácia das liberdades constitucionais, que agora deixam o plano formal abstrato e passam para o material concreto. Os Direitos de segunda geração abrangem os Direitos à Assistência Social, à Educação, à Saúde, à Segurança, ao Trabalho dentre outros. Além desses Direitos de cunho positivo, também são contempladas as denominadas 'liberdades sociais', de que são exemplos as liberdades de sindicalização e o Direito de Greve.

No mesmo sentido, Silva (2012, p. 183) afirma que "os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto".

Alguns estudiosos classificam os direitos sociais, culturais e econômicos como a segunda geração dos direitos humanos. Além dos direitos coletivos ou coletivos, o constitucionalismo que oferece várias formas de estado de bem-estar surgiu sob a influência de ideias e pensamentos antiliberais no século XX.

Em outro sentido, Bobbio (1999, p. 63) o contrário da primeira geração de direitos humanos caracterizada pela ação passiva do Estado, trata-se da liberdade individual, pois "os direitos sociais, como sabemos, são mais difíceis de proteger apenas a liberdade" justamente por exigirem do poder público beneficiar cidadãos.

### 2.1.1 A criação do Sistema Único de Saúde – SUS

A origem do Sistema Único de Saúde – SUS, se deu como a promulgação da Constituição Federal Brasileira. O art. 196 da Constituição estabelece a saúde como sendo um direito de todos e deve ser garantida pelo Estado, através de políticas públicas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para que possam ser feitas promoção, proteção e recuperação.

No entanto, em 1990 foi sancionada a Lei Federal 8.080/1990, sua finalidade é criar as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes e outras providências. Por esse motivo, foi implantado o Sistema Único de Saúde (SUS), que contempla a assistência farmacológica aos usuários no campo de intervenção.

Em seus 34 anos de existência, o SUS fez muitos avanços na saúde dos brasileiros. Um de seus pontos fortes é o Programa Nacional de Imunizações (PNI), reconhecido internacionalmente, responsável por 98% do mercado de vacinas do país. O Brasil garante o acesso gratuito a todas as vacinas recomendadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), disponibilizando mais de 17 mil vacinas contra mais de 20 doenças na rede pública nacional, voltadas para diferentes faixas etárias.

Além da democratização da saúde (antes disponível apenas para determinados grupos sociais), a implantação do SUS também significou uma mudança na concepção de como a saúde era interpretada no país. Antes disso, a saúde representava apenas um quadro "insatisfatório" para

esforços e implementação de políticas para reduzir a incidência de doenças para tratamento. Com o SUS, a promoção da saúde e a prevenção de agravos passam a fazer parte do planejamento das políticas públicas.

### **3 DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Barroso (2015, p. 214) define o mínimo existencial como sendo “as condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”

Para outros doutrinadores, esse instituto é baseado em princípios constitucionais abstratos de liberdade, igualdade, julgamento justo, livre iniciativa e dignidade humana, incluindo a Declaração dos Direitos do Homem e as imunidades e privilégios dos cidadãos, sem qualquer previsão constitucional própria, consoante art. 25 da Declaração de 1948, que diz “toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]” (ONU, 1948).

A definição de “mínimo existencial” surgiu na Alemanha, em 1954, por meio de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo. Esta decisão é de natureza pragmática, ou seja, será um direito pessoal decidir que o Estado deve prestar assistência material aos necessitados. Em suma, combina dignidade humana, liberdade material e status social.

No Brasil, a noção de mínimo existencial foi usada pela primeira vez na medida cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 MC/DF de 29 de abril de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello. A medida debate a constitucionalidade do veto do presidente ao estabelecer diretrizes para a Lei de Dotações Anuais de 2004, mas o processo sobre os itens faltantes é tendencioso.

O mínimo existencial deve nortear as metas prioritárias do orçamento quando o assunto é políticas públicas. Em outras palavras, é um conjunto de direitos sociais básicos mínimos que garantem a dignidade humana. Portanto, podemos dizer que a existência mínima consiste em dois componentes principais: direitos sociais básicos e dignidade humana. Por isso fala-se da dignidade da pessoa humana, a partir da qual o mínimo de existência buscou alcançá-la, e por isso também é considerada um direito fundamental e, portanto, sujeita às normas constitucionais, seja ou não a lei de sua realização.

#### **3.1 Da jurisprudência acerca do Mínimo Existencial**

Afirma-se que a prestação estatal mínima a qual o conceito de mínimo existencial abarca é dito ser necessário para garantir a dignidade de todo ser humano.

Às vezes, os Estados têm recursos limitados para responder a todas as necessidades da sociedade. Destaca-se, assim, a tentativa dos governantes de utilizar o princípio da preservação da possibilidade para driblar as garantias de direitos abrangidos pelo conceito de sobrevivência mínima.



A seguir, alguns dos casos relatados identificados e nomeados para acesso público aos documentos, a fim de mostrar as circunstâncias reais que deram origem ao pedido, o pedido, os motivos mencionados e a decisão do tribunal

O primeiro caso, trata-se de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na qual o portador é um idoso e portador de enfermidade denominada CID N 146 (câncer de próstata), devido à negativa do município de São João da Barra-RJ em prover o tratamento adequado para sua moléstia, demandou judicialmente à municipalidade cirurgia de prostatectomia supra púbica, cuidador enfermeiro durante e pós-cirurgia, fraldas geriátricas tamanho médio e cadeira de rodas, conforme os laudos médicos juntados ao processo. O Poder Judiciário deu procedência ao pedido do autor, em decisão antecipada (em razão do risco de morte), para que fosse realizado o procedimento cirúrgico adequado em hospital público ou, inexistindo vaga, fossem providenciadas a internação e a cirurgia na rede conveniada ou em hospital particular, às expensas da municipalidade.

O segundo caso, trata-se de um Agravo de Instrumento nº 0007022-19.2019.8.08.0011 de 09 de julho de 2019, se originou pela necessidade do autor, portador de leucemia promielocítica aguda, com sério risco de morte, obter junto ao estado do Espírito Santo e o município de Cachoeiro de Itapemirim-ES o fármaco trióxido de arsênio, para prover seu tratamento. O juiz de primeira instância decidiu, em caráter de urgência, obrigar o estado e o município a fornecerem o medicamento citado. O município recorreu da referida decisão de primeira instância, sustentando que o medicamento requerido não integra a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e que, por isso, não possuía o dever de concedê-lo ao enfermo. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, ao apreciar o recurso e seguir a jurisprudência majoritária, decidiu não dar provimento ao recurso, mantendo a decisão, que ordenou a concessão do medicamento. Dentre as fundamentações trazidas pelo tribunal, ressaltava-se a seguinte: “A reserva do possível e dificuldades orçamentárias não são instrumentos que amparam a postura da Administração em deixar de adotar medidas que assegurem direito constitucionalmente reconhecidos como essenciais”. O Tribunal de Justiça ainda ressaltou que a concessão do medicamento devia ser arcada de forma solidária entre município e estado:

**O MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM** interpôs agravo de instrumento em face da respeitável decisão de fl. 64-4vº/TJ, proferida pelo ilustre Juiz de Direito da Segunda Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde da Comarca de Cachoeiro de Itapemirim, que nos autos do pedido de tutela de urgência antecedente formulado contra ele e contra o Estado do Espírito Santo por **JUSMAR MARQUES DOS SANTOS** determinou aos réus que forneçam ao autor o medicamento Trióxido de Arsênio. Nas razões do recurso (fls. 02-23) alegou o agravante, em síntese, que “a parte adversa está recebendo a benesse de um tratamento não padronizado de forma diferente da prevista no sistema, em detrimento dos demais pacientes em igualdade de condições”; que não possui recursos suficientes para custear o tratamento pleiteado; e a necessidade de aplicação da teoria da reserva do possível.

Requeru atribuição de efeito suspensivo ao recurso. É o relatório. Em que pese a argumentação recursal, não desponta, de pronto e indubitavelmente, a presença dos requisitos legais imprescindíveis para a suspensão da decisão recorrida. O colendo Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência firme e consolidada no sentido de que “a responsabilidade em matéria de saúde, aqui traduzida pela distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes, é dever do Estado, no qual são compreendidos aí todos os entes federativos: ‘o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros(REsp 1.655.043; Proc. 2017/0029396-2; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 30-06-2017). e de que “não pode a administração pública se eximir da sua obrigação de assistência aos necessitados pelo simples fundamento de que o medicamento requerido não integra a denominada rename relação municipal de medicamentos essenciais vez que tais normas administrativas que delimitam a prestação a determinadas espécies de procedimentos médicos restringem o atendimento, violando, assim, os preceitos constitucionais da garantia do direito à saúde e à dignidade da pessoa humana(STJ, REsp 1.661.689, Proc. 2017/0045650-6/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 20-06-2017). Registre-se ainda que a reserva do possível e dificuldades orçamentárias não são instrumentos que amparam a postura da Administração em deixar de adotar medidas que assegurem direito constitucionalmente reconhecidos como essenciais. Por fim, resalto que o *periculum in mora* é inverso, ou seja, o prejuízo para o destinatário da medida judicial, caso seja ela suspensa, será muito maior do que aquele que o agravante pode sofrer, se mantida aquela decisão. Conforme laudo médico de fl. 32/TJ, o autor é portador de leucemia promielocítica aguda, apresentando recidiva de doença e necessita iniciar 2ª linha de tratamento, que atualmente se mostra eficaz com o medicamento Trióxido de Arsênio. No referido laudo há ainda a informação de que a moléstia que acomete o agravado está relacionada a sangramentos e distúrbios de coagulação, havendo risco de óbito. Assim, os argumentos expendidos pelo agravante não justificam a concessão do almejado efeito suspensivo. Pelo exposto, **INDEFIRO** o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso. (Agravamento de Instrumento Nº 0007022-19.2019.8.08.0011 – 09 de julho de 2019)

Em uma terceira ação, trazemos o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que trata de uma ação pela necessidade do autor ser transferido para um hospital especializado em tratamento de doenças do sangue e dos órgãos hematopoéticos, para poder prosseguir com o tratamento de “doença hematológica a/e: Bicitopia (anemia + plaquetopenia) e leucocitose com linfose”. O juiz de primeira instância decidiu, em caráter de urgência, obrigar o estado de Minas

Gerai e o município de Betim-MG a transferir o paciente para o hospital competente e promover o tratamento requerido. Neste caso, o município recorreu da decisão, alegando que o tratamento pretendido pelo autor não estava disponível, e aquela decisão de primeira instância, se mantida, “poderá culminar na negativa a milhares de pessoas do direito à saúde, retirando do coletivo as verbas destinadas a medicamentos e programas de saúde para suprir a presente demanda judicial”.

Entretanto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao apreciar o recurso, decidiu manter a obrigação da transferência e do tratamento pretendido, ressaltando que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, devendo este último garantir “o tratamento médico adequado e os fármacos necessários e compatíveis com a cláusula da reserva do possível e a do mínimo existencial.”

Mesmo reconhecendo a solidariedade de todos os entes federativos em matéria de direito à saúde, no caso concreto, dada a complexidade dos procedimentos visados pela autora, o Tribunal está ciente de que o Estado de Minas Gerais, por si só, não pode excluir o referido município, pois se mostra incompetente para cumpri-la em detrimento do próprio autor enfermo:

**EMENTA: SUS. TUTELA DE URGÊNCIA. INAPTIDÃO DESSA TUTELA PARA TORNAR SEM OBJETO O PLEITO PRINCIPAL. TRANSFERÊNCIA HOSPITALAR. CIRURGIA DE ALTA COMPLEXIDADE. REALIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO DO ENTE ESTATAL. - O cumprimento da medida liminar ou de tutela de urgência não compromete o julgamento final, que deve existir para tornar definitiva a medida cautelar, o que vai permitir a formação da coisa julgada - Nos termos do que dispõe o art. 196 da Constituição da República, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, assim consagrada como direito fundamental, a ser efetivado pelo Poder Público, o que demanda ações positivas por parte do Estado, e que, naturalmente, implicam alocação de recursos, de modo a garantir ao cidadão, à criança e ao adolescente o tratamento médico adequado e os fármacos necessários e compatíveis com a cláusula da reserva do possível e a do mínimo existencial - O próprio STF, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, relator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. RE XXXXX-SE - Plenário, 23.05.2019. Essa solidariedade, no entanto, não afasta a possibilidade - nem a necessidade - segundo o STF, de atribuir a cada um dos entes, sendo possível, a obrigação de fornecer o medicamento segundo o Sistema, que atribui a cada um, segundo a lei, a sua respectiva obrigação - Neste caso o procedimento pretendido pelo autor é de alta complexidade, razão pela qual a ordem contida na antecipação de tutela deve alcançar apenas as**

contas do Estado de Minas Gerais. (TJ-MG - AI: XXXXX91596808001 MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 23/04/2020, Data de Publicação: 28/04/2020)

Os casos analisados por este estudo indicam que o Poder Público, ao elaborar a lista dos serviços de saúde a serem prestados, bem como os remédios a serem disponibilizados aos cidadãos, avaliou, primeiramente, as necessidades de maior relevância e urgência a serem supridas e os recursos disponíveis para tanto. Em um segundo momento, focou nos aspectos técnicos de eficácia dos atendimentos e medicamentos.

A dificuldade de vocalização de uma parcela cada vez mais expressiva da população alvo das políticas sociais perpetua sua invisibilidade nos poderes executivo e legislativo. A judicialização torna-se o instrumento que garante a atenção à saúde em procedimentos e medicamentos fora daqueles estabelecidos pela listagem da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e para a obtenção de serviços negligenciados pelos gestores do SUS. Ademais, diante da velocidade da evolução de tecnologias da saúde, bem como da inflação vertiginosa dos custos, a reserva do possível tem sido evocada para contestar medidas de obrigação de fazer, emitidas pelo judiciário.

Contudo, é importante frisar que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como escudo para impedir que o Estado cumpra seu papel na efetivação de políticas públicas essenciais, especialmente no que tange à saúde, devendo prevalecer os princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, desde que o cidadão comprove que o não atendimento lhe retirará o mínimo de sua qualidade de vida, sobretudo a saúde.

No entanto, observa-se que o Estado utiliza o princípio da reserva do possível para justificar a limitação do direito à saúde, negando atendimentos e medicamentos. A partir dessa negativa, impõe-se ao Poder Judiciário, no caso de omissão dos demais poderes, uma atuação incisiva, para que seja efetivado o direito à saúde.

Do ponto de vista do sistema judiciário, o artifício de judicialização das causas ligadas à saúde implica em um aparato de assessoria técnica para a especificidade das questões desse setor, para que não sejam cometidos abusos que firam a ética perante a sociedade. Por exemplo, no que tange aos pedidos de internação/tratamento, para que a tutela seja concedida pelo Poder Judiciário, deve ser comprovada a imprescindibilidade da medida por meio de laudo médico. Também é indispensável confirmar o esgotamento dos recursos extra-hospitalares, caso tenham sido implementados e, ainda, ser demonstrada a impossibilidade de o cidadão custear o tratamento/internação com recursos próprios, mostrando ser imprescindível a medida judicial impositiva.

A judicialização mostra-se importante mecanismo de garantia de direitos, mas o dilema entre a vida humana e a economia se coloca nas decisões judiciais, tendo o Estado, ao apresentar recursos baseados na reserva do possível, se contraposto ao mínimo existencial no direito à vida e à saúde.

### 3.1.1 Da reserva do possível no Direito brasileiro

O princípio da reserva do possível se originou na Alemanha, em 1970. Esta seria uma limitação jurídico-factual que as forças públicas poderiam apresentar tanto por limitações orçamentárias que as impedem de exercer direitos e prover todos os benefícios materiais necessários, quanto por injustificadas limitações. atividade exigida da pessoa. Este princípio significa que o Estado pode ser obrigado a cumprir o regulamento apenas se a prudência for observada.

Uma eventual reserva foi adotada no Brasil, mas foi mal utilizada por não tratar de obstáculos à promoção de direitos sociais.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo que o poder público não pode invocar a reserva do possível se comprometer o núcleo básico no mínimo existencial. Neste aspecto, cabe citar a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/2004 e que se tornou parâmetro para se firmar o entendimento:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)"

(STF – ADPF 45 DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 29/03/2014)

O mínimo existencial é o **apanhado de direitos sociais que o Estado é obrigado a garantir** para todo e qualquer indivíduo ter uma vida digna. Dessa forma, a perpetuação do Estado Democrático de Direito é preservada, sendo que nem mesmo o princípio da reserva do possível pode ser invocado para tentar lograr a garantia da prestação estatal.

#### **4 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Em relação ao direito à saúde e ao mínimo existencial, é importante compreender a condenação da saúde. Nesse sentido, é correto argumentar que a capacidade de implementar políticas públicas geralmente não é compreendida nas definições institucionais dos juízes. O



Relator Celso de Mello fala sobre que: "a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático" (STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Relator Min. Relator Celso de Mello, julgada em 29.04.2004).

Para título de esclarecer o assunto, Barroso (2009, p. 389) frisa:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Para Amaral (2001, p. 208) "não há que se falar em justiça quando apenas uma pessoa ou algumas pessoas conseguem determinada tutela judicial, ainda que esse seja um direito fundamental constitucionalmente previsto"

Nessa linha de raciocínio segue-se com o que Barcellos (2008, p. 343) preceitua em seu raciocínio:

Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública de saúde por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial. Talvez a omissão na oferta de tais prestações seja imputável a outras razões – que podem ir desde prioridades inconstitucionais na alocação de recursos, má gestão e até a prática de crimes [...].

Diante da escassez de recursos existentes, a Administração Pública se responsabiliza pela efetivação e manutenção dos direitos fundamentais, considerando-se os custos que esses direitos representam para toda a coletividade. Neste sentido, Vandavelde (2004, p.194) traz em seu texto a explicação de como o Estado é forçado a fazer escolhas em que proverá determinada política em detrimento de outra, vide:

Quando prevalece a vontade do Estado, o conflito de primazia entre a comunidade e o indivíduo não se resolve completamente. O Estado precisa fazer uma série de escolhas quanto aos fins em prol dos quais exercerá sua vontade, escolhas que renovam o mesmo conflito. Assim, por exemplo, o conflito entre a comunidade e o indivíduo muitas vezes ressurge como um conflito entre a política de eficiência social e a política de justiça para os indivíduos envolvidos numa transação.

Amaral (2001, p. 208) diz que "Não há que se falar em justiça quando apenas uma pessoa ou algumas pessoas conseguem determinada tutela judicial, ainda que esse seja um direito fundamental constitucionalmente previsto"



Seguindo essa linha de raciocínio, Barcellos (2008, p. 343) diz:

Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública de saúde por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial. Talvez a omissão na oferta de tais prestações seja imputável a outras razões – que podem ir desde prioridades inconstitucionais na alocação de recursos, má gestão e até a prática de crimes [...]

Insta salientar que é necessário mais uma vez frisar incumbência de instaurar as políticas públicas e proporcionar recursos orçamentários, que não possui legitimidade e estrutura adequada para estas atividades.

Nesse sentido, o STF se posiciona da seguinte forma:

(...) entre tutelar a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição Federal, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (STF – ARE: 1246256 PE – PERNAMBUCO 0002104-15.2015.8.17.0640, Relator Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento 29/11/2019, DJe-264 04/12/2019).

O SUS enfrentou um cenário desfavorável a partir da reestruturação do Estado brasileiro e as propostas são contrárias às promovidas pela reforma sanitária, seguindo as orientações de organismos financeiros como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (como privatizações e privatizações). Essa situação contribuiu para a desativação do SUS e precarização das condições de trabalho nas unidades públicas de saúde por décadas.

Nesse cenário, a legislação sanitária se intensificou como forma de garantir o acesso a bens e serviços de saúde, conferindo ao Judiciário papel central na efetivação dos direitos à saúde.

Assim, ao avaliar algumas avaliações sobre a provisão de bens e direitos à saúde, percebe-se que os conceitos de "mínimo existente" e "reserva possível" são comuns como as principais justificativas para as decisões. A primeira é mais usada pelo Ministério Público, pela defesa ou pelos advogados para proteger aqueles cujo direito à saúde é retirado. A segunda é normalmente utilizada pelo Estado em sua resposta como argumento para recusar a concessão do direito desejado.

Por fim, entende-se que a judicialização mostra-se importante mecanismo de garantia de direitos, mas o dilema entre a vida humana e a economia se coloca nas decisões judiciais, tendo o

Estado, ao apresentar recursos baseados na reserva do possível, se contraposto ao mínimo existencial no direito à vida e à saúde.

Além do mais, os direitos sociais devem ser realizados de forma coletiva, a fim de que se tenha um acesso igual para todos os indivíduos aos benefícios oferecidos pelas políticas públicas.

## 5 CONCLUSÃO

O mínimo existencial é um conjunto de direitos sociais que o Estado é obrigado a garantir a todos uma vida digna.

Desta forma, mantém-se a continuidade do Estado Democrático de Direito, não podendo mesmo invocar-se o princípio da reserva do possível para alcançar uma garantia estatal.

A judicialização mostra-se como um importante mecanismo de garantia de direitos, mas o dilema entre a vida humana e a economia é colocado nas decisões judiciais, e o Estado se se opõe ao mínimo existencial apresentando recursos baseados em reservas possíveis. o direito à vida e à saúde.

No entanto, os direitos sociais previstos no texto da Constituição confirmam decisões baseadas no conceito do mínimo existencial, porque são necessários para interesses básicos e, neste caso, a teoria do poder público não se justifica.

A sociedade quer que o Estado cumpra sua missão, garanta o bem-estar social por meio de mecanismos de redistribuição de riqueza, reduza a desigualdade e respeite os princípios constitucionais.

A contribuição deste estudo é discutir o aumento da litigância devido aos danos do sistema de saúde. A doação também se destaca as análises do estado atual de saúde e falta de capacidade para cuidar de pessoas com necessidades de cuidados complexos.

## 6 REFERÊNCIAS

AMARAL, G. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil. Brasília: Senado; 1988.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 13. ed, São Paulo, Malheiros, 2003.

GOMES EB, Jaboniski AL. O direito fundamental ao mínimo existencial e suas repercussões ao trabalhador: necessidade de adoção de políticas públicas? Revista do Direito [Internet]. 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos.**

PAIM JS. Sistema Único de Saúde (SUS) aos 30 anos. Ciênc Saúde Coletiva [Internet]. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2012.

## A CONTABILIDADE COMO FERRAMENTA GERENCIAL

**MAURO JUNIO FERREIRA DOS SANTOS:**  
Graduando em Ciências Contábeis na FEF -  
Fundação Educacional de Fernandópolis

**VITOR HUGO ADOLFO DA SILVA**

**VITOR LUIZ DOS SANTOS**

(coautores)<sup>79</sup>

**DANIELA BORELI**<sup>80</sup>

(orientadora)

**ROGÉRIO DE JESUS RIBEIRO**<sup>81</sup>

(coorientador)

**RESUMO:** A contabilidade gerencial tem como objetivo auxiliar as empresas no momento de tomada de decisões. Compete ao contador demonstrar o que é relevante e irrelevante para fornecer as informações que realmente vão fazer a diferença na tomada da decisão. O presente trabalho científico tem como objetivo apresentar a importância da contabilidade gerencial para as empresas. A metodologia utilizada é a pesquisa descritiva bibliográfica, através da revisão da literatura, cuja análise ocorreu em livros e artigos científicos publicados em revistas com Qualis, impressos ou disponíveis em meio eletrônico. Por fim, conclui-se que o contador é uma ferramenta de suma importância para realização de tomadas de decisões da empresa e também no planejamento empresarial, que visa verificar as necessidades da empresa e procurar metas para solucionar-las, sempre munido de informações relevantes para análises concretas que geram possibilidades de tomadas de decisões para melhor desempenho da empresa.

**Palavras-chaves:** Contabilidade. Contador. Ferramenta Gerencial. Empresas.

**ABSTRACT:** Managerial accounting aims to help companies when making decisions. It is up to the accountant to demonstrate what is relevant and irrelevant to provide the information that will really make a difference in decision making. This scientific work aims to present the importance of management accounting for companies. The methodology used is descriptive bibliographical research, through literature review, whose analysis took place in books and scientific articles published in magazines with Qualis, printed or available electronically. Finally, it is concluded that the accountant is a very important tool for carrying out the company's decision-making and also in business planning, which aims to verify the company's needs and seek goals to solve them, always

---

79 Graduandos em Ciências Contábeis (FEF – Fernandópolis, SP).

80 Contadora, Especialista em Gestão Empresarial e Consultoria, Mestre em Ciências Ambientais, Docente na FEF e Faculdade Futura de Votuporanga, graduanda em Direito na FEF.

81 Mestre em Engenharia de Produção – UNIARA, Graduando em Direito – FEF, Professor Universitário FEF.

equipped with relevant information to concrete analyzes that generate decision-making possibilities for better company performance.

**Keywords:** Accounting. Counter. Management Tool. Companies.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, a contabilidade foi vista apenas como um sistema de informações tributárias, mas hoje em dia, com um mercado altamente competitivo, ela é vista também como um instrumento gerencial que auxilia os empresários na durante a tomada de decisões, no processo de gestão, planejamento, execução e controle dentro das empresas (MARION, 2008, p. 23).

A Contabilidade Gerencial tem como objetivo principal evidenciar estrategicamente informações para as tomadas de decisões dentro de uma empresa, junto com o processo de avaliar, analisar, organizar, entre outros (GULARTE, 2022). É mais voltada para gestores e administradores, disponibiliza informações, auxilia no controle de custo da devida produção, gera informações necessárias para as tomadas de decisões, sendo assim, uma ferramenta indispensável para a empresa. Nesta modalidade, o trabalho do contador é voltado para produzir documentos e informações que não apresentam serventia senão dentro da empresa.

A contabilidade gerencial é o processo de identificação, mensuração, acumulação, análise, preparação, interpretação e comunicação de informações financeiras utilizadas pela administração para planejamento, avaliação e controle dentro de uma organização e para assegurar o uso apropriado de seus recursos (MARQUES, 2011).

A contabilidade gerencial pode ser definida como uma área onde contadores devem trabalhar de forma colaborativa com os gerentes da empresa, sendo assim eles utilizam dados que são usados para produzir relatórios que então ajudam os gerentes a tomarem decisões juntamente com outros cargos chefes da empresa (ANDRADE, 2022, não paginado).

Assim, diferentemente do modelo mais tradicional, que produz documentos que serão entregues aos órgãos públicos, o contador gerencial cria relatórios que serão utilizados internamente.

## 2 OBJETIVOS

### 2.1 Objetivo Geral

O objetivo geral deste trabalho é apresentar a importância da aplicação da contabilidade gerencial dentro das empresas.

### 2.2 Objetivos Específicos

Apresentar a contabilidade como ferramenta de gestão;

Destacar o papel do profissional de contabilidade na gestão empresarial;

Caracterizar a importância do uso das informações contábeis nos processos decisórios.

### 3 CONCEITO DE CONTABILIDADE

De acordo com Ribeiro (2012, p. 10): “A Contabilidade é uma ciência que possibilita, por meio de suas técnicas, controle permanente do Patrimônio das empresas”.

Para Iudícibus (1980) *apud* Nakagawa (1993, p. 74), contabilidade é:

Objetivamente, um sistema de informação e avaliação destinado a prover seus usuários com demonstrações e análises de natureza econômica, financeira, física e de produtividade, com relação a entidade de objeto de contabilização. O objetivo principal da contabilidade, portanto, é permitir a cada grupo principal de usuário a avaliação da situação econômica e financeira da entidade, num sentido estático bem como fazer inferências sobre suas tendências futuras. Em ambas as avaliações, todavia as demonstrações contábeis constituirão elementos necessários, mas não suficientes.

A contabilidade pode ser resumida como a escrituração dos atos e fatos ocorridos nas entidades e a informação gerada referente a atual situação econômico-financeira das entidades para auxiliar os gestores nas tomadas de decisões, bem como mensurar o real valor dos patrimônios das entidades (CONSTANTE, 2010).

O desenvolvimento econômico, o crescimento do mercado de capitais e a ascensão cultural deram origem à Escola Contábil Norte-americana em 1920. Diante disso, o profissional contábil passou a ser cada vez mais importante para a sociedade, fornecendo informações confiáveis aos usuários internos e externos, assumindo a posição de contador gerencial (FONSECA et al, 2014).

Para Ribeiro (2013, p.08):

Mediante o conhecimento e a aplicação de técnicas contábeis, você poderá ter um controle permanente e eficiente da gestão do Patrimônio da sua empresa, obtendo informações econômicas, financeiras ou de outra natureza, no momento em que precisar.

Para Marion (2009) a Contabilidade é uma das áreas que mais proporcionam oportunidades para o profissional, podendo atuar em diversas áreas como: financeira, perito contábil, analista contábil, professor na área contábil, controladoria, assessor, auditor, sócio ou empresário de escritório de contabilidade, entre outras.

#### 3.1 Conceito de Contador

Ensina Lopes de Sá (2004) que a profissão contábil consiste em um trabalho exercido habitualmente nas células sociais, com o objetivo de prestar informações e orientações baseadas



na explicação dos fenômenos patrimoniais, ensejando o cumprimento de deveres sociais, legais, econômicos, tão como a tomada de decisões administrativas, além de servir de instrumentação histórica da vida da riqueza.

A legislação prevê uma série de obrigações para o funcionamento de uma empresa, e o contador é o profissional que possui um profundo conhecimento dessas regras, cuidando das mais diversas etapas envolvidas na administração corporativa (RICARDO JUNIOR, 2019).

O contador se responsabiliza pelos registros das movimentações financeiras e pela análise da viabilidade econômica de projetos, além do cálculo dos impostos a serem pagos.

O contador não deve perder da mente que a contabilidade não é para ele, é para o usuário. A contabilidade é a linguagem dos negócios e essa linguagem conta a história de cada empresa. Aperfeiçoar essa linguagem buscando aumentar seu poder de predição e de utilidade para o usuário é talvez a principal missão do contador. (Santos, 2008, p. 10)

O contador deve estar sempre em processo de aprendizagem procurando se atualizar e se especializar, para que assim, execute um trabalho de precisão que gere informações aos seus usuários, contribuindo para o crescimento das organizações e da sociedade (FONSECA et al, 2014).

O profissional de contabilidade deve ser ágio e estar sempre antenado buscando sempre novas atualizações e informações que sejam confiáveis, investindo sempre em seu conhecimento e o de sua equipe, ler constantemente para estar sempre antenado.

São inúmeras as atividades e atribuições de um contador. A função de um contador não se restringe apenas na gestão de empresas. Ele também pode atuar no mercado de seguros, controladoria, perícia e auditoria. E, ainda, os profissionais da área podem trabalhar de forma autônoma ou como funcionários de escritórios de contabilidade, empresas públicas e privadas, organizações não governamentais e até no setor militar.

### **3.2 O papel do Contador**

A profissão do contador surgiu através da necessidade que as entidades tinham de atender ao fisco.

A função do contador é executar tarefas das áreas econômicas, tributárias e patrimoniais de pessoa física ou jurídica, isto significa que ele é o responsável pela saúde financeira de uma organização, seja ela pública, privada ou sem fins lucrativos (PERES, 2022).

Para se tornar contador, é necessária a conclusão da graduação em Ciências Contábeis e a aprovação de os futuros profissionais são submetidos ao Exame de Suficiência do Conselho Federal de Contabilidade (CFC).

Antigamente, o contador tinha uma função bem burocrática para as empresas, se responsabilizando pela prestação de contas e mantendo tudo em conformidade com as leis para evitar problemas com a fiscalização (RICARDO JUNIOR, 2019).

Atualmente, o contador consegue assumir uma posição mais estratégica, pois gera as informações sobre recursos financeiros e patrimoniais do negócio são de extrema importância para a tomada de decisões (RICARDO JUNIOR, 2019).

#### **4 A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA CONTABILIDADE GERENCIAL**

A contabilidade gerencial é um procedimento que visa mensurar e analisar as informações financeiras e contábeis utilizadas pela gestão da empresa nos trabalhos de planejamento e controle do negócio, através da geração de informações que auxiliam no controle, no planejamento e tomada de decisões pelos administradores, e conseqüentemente, vantagem competitiva, assegurando, assim, o uso apropriado dos seus recursos (BRANDÃO; SILVA, 2014).

Seu principal objetivo é gerar informações úteis para tomada de decisões, ajudando na gestão de empresas, organizações e no patrimônio. Registrando os atos e fatos de uma entidade para geração de controle e planejamento (BRANDÃO; SILVA, 2014).

Na gestão de empresas, a contabilidade gerencial desponta como uma forma de driblar a crise, pois apresenta as melhores alternativas em relação aos custos de sua produção, assim como outras possibilidades de otimizar operações, atividades e até departamentos inteiros — o que poderá ser decisivo para manter a competitividade.

A Contabilidade Gerencial pode ser caracterizada, superficialmente, como um enfoque especial conferido a várias técnicas e procedimentos contábeis já conhecidos e tratados na contabilidade financeira, na contabilidade de custos, na análise financeira e de balanços, etc., colocados numa perspectiva diferente, num grau de detalhe mais analítico, numa forma de apresentação e classificação diferenciada, de maneira a auxiliar os gerentes das entidades em seu processo decisório. A Contabilidade Gerencial, em um sentido mais profundo, está voltada única e exclusivamente para a administração da empresa, procurando suprir informações que se “encaixem” de maneira válida e efetiva no modelo decisório do administrador. (IUDÍCIBUS, 1998, p. 21).

No entanto, para Johnson e Kaplan (1991) apud Brondani (2007), um eficaz sistema de contabilidade gerencial não garante sozinho o sucesso organizacional frente ao atual mercado, mas o contrário, pode comprometer os processos gerenciais do gestor. Nesse contexto, (Lacerda, 2006, s.p) afirma que esse segmento enfrenta dificuldades, pois ainda não se desapegaram ao dogma “a contabilidade gera informações para atender o fisco e rotinas trabalhistas”, e assim, não utilizam as informações para balizar suas decisões.

Para Mesquita (2002), os gestores dessas empresas precisam estar preparados para lidar com a administração do negócio, entender todo o processo ao qual estão inseridos, desde o enquadramento da empresa à concorrência e ao mercado.

Entendemos por Contabilidade Gerencial como conceito básico, formador do método que orientará o conjunto de conhecimentos contábeis organizado para observar o objeto da ciência sob o aspecto administrativo, notadamente o de tomada de decisões. (LOPES DE SÁ, 1971, p. 29).

Tomar decisão dentro de qualquer empresa requer responsabilidade e conhecimento, e para isso é necessário ter uma base de dados atualizada, planejamento e ferramentas que possibilitem o controle (CREPALDI, 2008).

A contabilidade gerencial é uma área em que os contadores atuam de maneira mais colaborativa na gestão empresarial, os dados financeiros são utilizados para produzir relatórios que auxiliam no processo de tomada de decisão (TORRES, 2022).

Dessa forma, o contador gerencial fornece informações mais completas ao empresário sobre a situação financeira, as perspectivas e as oportunidades para a empresa.

Conforme Iudícibus (1998, p. 23), um contador gerencial deve ser:

Elemento com formação bastante ampla, inclusive com conhecimento, pelo menos dos objetivos ou resultados que podem ser alcançados com métodos quantitativos. Deve estar cômico de certos conceitos de microeconomia e, acima de tudo, deve observar como os administradores reagem à forma e o conteúdo dos relatórios contábeis. Cada administrador tem características próprias, mas uma grande maioria não apreciaria, por exemplo, um exemplar de um balancete do razão com trinta paginas, para a tomada de decisões. Também não visualiza bem um demonstrativo operacional apresentado na forma de debito-credito.

Assim, o trabalho do contador gerencial é voltado para produzir documentos e informações que não apresentam serventia senão dentro da empresa, diferentemente do modelo mais tradicional, que produz documentos que serão entregues aos órgãos públicos, o contador gerencial cria relatórios que serão utilizados internamente (TORRES, 2022).

Importante esclarecer que a contabilidade gerencial não é um processo feito à parte do restante. A contabilidade tradicional que engloba impostos, declarações, guias, entre outros, pode ser feita pelo mesmo contador. O modelo gerencial apenas acrescenta serviços ao que já era feito, mas sem descuidar do básico (TORRES, 2022).

## **5 IMPORTÂNCIA DO CONTADOR COMO FERRAMENTA GERENCIAL DENTRO DAS ORGANIZAÇÕES**

A contabilidade gerencial tem como função garantir que estas informações sejam compiladas e analisadas para o controle, tomada de decisão e alternativas em relação aos orçamentos, produção, vendas, etc. É a base de uma administração segura, já que fornece informações necessárias para a administração e para o desenvolvimento das empresas.

O contador gerencial fornece informações mais completas ao empreendedor sobre a situação financeira, as perspectivas e as oportunidades para a empresa.

Como uma ferramenta de caráter administrativo, a contabilidade gerencial traz muitas vantagens à empresa, principalmente se for realizada da maneira certa. Ela cria e planeja estratégias pertinentes ao crescimento do negócio com base nas informações coletadas (TOSHI, 2022).

A contabilidade gerencial detém função principal de fornecer informações acerca da vida operacional de uma organização como um todo. Essas informações podem ser relacionadas a qualquer área ou rotina empresarial, tais como custos, finanças, lucratividade, tributação, gestão pessoal dentre outras inúmeras áreas ligadas à gestão empresarial.

O papel do contador é imprescindível na organização, pois sua função é fornecer informações aos usuários internos e externos da empresa, apoiar estratégias, traçar planos e alcançar metas que contribuam para o crescimento e desenvolvimento da entidade, assegurando sua sobrevivência e competitividade no mercado (FONSECA et al, 2014, p.12).

De acordo com o autor Charles T. Horngren (2004, p. 4), "independente de quem está tomando a decisão, o entendimento da informação contábil propicia a tomada de decisão melhor e mais fundamentada".

A contabilidade gerencial é uma área em que os contadores atuam de maneira mais colaborativa na gestão empresarial, utilizando dados financeiros para produzir relatórios que auxiliam no processo de tomada de decisão.

## **6 METODOLOGIA**

O presente artigo é uma pesquisa científica e foi realizado através de revisão bibliográfica, por meio de livros, artigos, doutrinas, reportagens sobre o tema escolhido.

A pesquisa científica é a aplicação prática de um conjunto de procedimentos objetivos, utilizados por um pesquisador, para o desenvolvimento de um experimento, a fim de produzir um novo conhecimento, além de integrá-lo àqueles pré-existentes (FONTENELLES; SIMÕES; FARIAS, 2009).

A pesquisa é realizada em etapas ordenadamente dispostas, de maneira lógica e racional, as quais o pesquisador deverá conhecê-las para aplicá-las convenientemente. As etapas incluem desde a escolha do tema a ser pesquisado, o planejamento da investigação, o desenvolvimento do método escolhido, a coleta e a tabulação dos dados, a análise dos resultados, a elaboração das conclusões, até a divulgação de seus resultados. (FONTENELLES, SIMÕES, FARIAS, 2009, p.02).

A pesquisa descritiva é aquela que descreve uma realidade de forma imparcial, sem interferências de quem está realizando a pesquisa. A finalidade da pesquisa descritiva é analisar os dados coletados sem que haja a interferência do pesquisador (TUMELERO, 2018).

O método utilizado foi de revisão bibliográfica. A revisão de literatura ou revisão bibliográfica tem então dois propósitos (ALVES-MAZZOTTI, 2002) a construção de uma contextualização para o problema e a análise das possibilidades presentes na literatura consultada para a concepção do referencial teórico da pesquisa.

As pesquisas de revisão bibliográfica são aquelas que se valem de publicações científicas em periódicos, livros, anais de congressos, entre outros, não se dedicando à coleta de dados in natura, porém não configurando em uma simples transcrição de ideias. (BRASILEIRO, 2013).

Dessa forma, através da pesquisa descritiva bibliográfica, foi feita a análise e a revisão da literatura em livros, artigos, doutrinas, impressos ou disponíveis em meio eletrônico.

O artigo foi redigido de forma a apresentar e detalhar o conceito de Contabilidade, na sequência destacou-se a definição de contador, seus fundamentos e características, bem como, qual a importância do seu papel dentro das organizações. Em continuidade ao assunto, realizou-se uma abordagem sobre a origem e a evolução da contabilidade gerencial.

## **7 RESULTADOS E DISCUSSÕES**

A Contabilidade é uma ferramenta imprescindível para o sucesso de uma empresa. Apesar disso, o empresário não pode repassar a sua responsabilidade ao contador e se omitir. Em havendo omissão, quem primeiro sente os reflexos dessa postura é a própria empresa, pois o empreendedor que vira as costas para a gestão não conhece seus custos, não sabe cortar despesas e atrasa o crescimento (SANTOS, 2016).

A responsabilidade civil, tributária e penal do contador é solidária ao empresário. Isto é, o empreendedor é quem responde por possíveis irregularidades (SANTOS, 2016).

Por essa razão, apesar da contabilidade gerencial ser de extrema importância dentro das organizações, o empresário pode e deve estar presente e ter conhecimento de todas as decisões do contador, bem como, deve em conjunto com o contador decidir qual caminho será seguido e quais as escolhas serão tomadas dentro do que for melhor para a empresa, fazendo uma análise de cada caso em concreto.

O empresário deve fornecer ao contador as informações que ele precisa para uma análise que reflita a realidade da empresa tais como, balanço patrimonial, Demonstração do Resultado do Exercício, Demonstração do Resultado Abrangente, Demonstração de Fluxo de Caixa, controle de estoque, livro razão, Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, Demonstração do Valor Adicionado, mas também deve participar e auxiliar com o quanto necessário, em busca da melhor opção para crescimento e desenvolvimento da empresa.

O Balanço Patrimonial é um relatório que demonstra de maneira clara e precisa a situação financeira de uma empresa. Para isso, são considerados todos os ativos e passivos de um negócio, ou seja, seus bens, dívidas e lucros (TORRES, 2022).

A análise das demonstrações orçamentárias será feita através do demonstrativo contábil em que se confrontam, num dado momento, as receitas e despesas previstas na lei orçamentária com as realizadas. As informações geradas por essa análise, em grande medida por meio de indicadores financeiros, são importantes instrumentos para apresentar aos gestores os resultados governamentais auferidos num determinado período (COSTA, 2018).

Assim, a relação entre contadores e empresários deve ser sempre baseada na ética e na honestidade. Ao contador cabe exercer sua atividade profissional de acordo com a legislação e normas contábeis, assim como cabe ao empresário fornecer documentos e informações fidedignas.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme estudo apresentado, a contabilidade gerencial é uma ferramenta empresarial importante para todo o processo decisório, sendo capaz de auxiliar e fornecer aos usuários informações econômicas e patrimoniais que ajudam na tomada de decisões, proporcionar informações de cunho econômico, almejando suprir as necessidades dos gestores.

A Contabilidade gerencial é um procedimento que visa mensurar e analisar as informações financeiras e contábeis utilizadas pela gestão da empresa nos trabalhos de planejamento e controle do negócio, assegurando, assim, o melhor uso dos recursos (SOUSA, 2019).

Demonstrou-se neste artigo, a importância da Contabilidade Gerencial como principal ferramenta para tomada de decisões, vez que o contador pode auxiliar ao empresário durante a gestão e na organização para atingir seus devidos objetivos dentro de seus negócios.

Ademais, importante ressaltar que a Contabilidade Gerencial não está dirigida somente para os ramos financeiro, patrimonial e econômico, mas também resume a auxiliar seus clientes no processo decisório.

Dessa forma, os empresários devem sempre buscar por um adequado assessoramento jurídico e contábil para maximização dos lucros e desenvolvimento de suas atividades. Devem ainda, participar em conjunto do contador para análise das decisões dentro da empresa, para que escolham o melhor caminho a seguir, visando sempre o crescimento de seu negócio.

A pesquisa realizada não teve o intuito de esgotar o tema em estudo, mas sim de estimular o conhecimento na área e, com isso, analisar a importância da contabilidade gerencial no processo de tomada de decisão dentro das organizações. Como sugestão de trabalho futuro, seria interessante uma pesquisa somente sobre o contador gerencial e o detalhamento de suas funções e tarefas.

## **REFERÊNCIAS**



ALVES-MAZZOTTI, A. J. **A “revisão bibliográfica” em teses e dissertações:** meus tipos inesquecíveis – o retorno. In: BIANCHETTI, L.; MACHADO, A. M. N. (Org.). **A bússola do escrever:** desafios e estratégias na orientação de teses e dissertações. São Paulo: Cortez, 2002.

ANDRADE, Tamiris Cristina de. **4 Principais funções da contabilidade.** 2022. Disponível em: <<https://www.webcitizen.com.br/2022/03/principais-funcoes-da-contabilidade-gerencial.html>>. Acesso em: 01 Junho. 2022.

BRANDÃO, Tiago de Moura; SILVA, Wallyson de Oliveira. **A importância da contabilidade gerencial como ferramenta no processo de tomada de decisão.** 2014. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/administracao-financas/a-importancia-contabilidade-gerencial-como-ferramenta-no-processo-tomada-decisao.htm>>. Acesso em: 01 Junho. 2022.

BRASILEIRO, A. M. M. **Manual de produção de textos acadêmicos e científicos.** São Paulo: Atlas. 2013.

BEZERRA FILHO, Joaquim de Alencar. **Mensagem ao Futuro Profissional da contabilidade.** 8ª edição, 2015.

BRONDANI, Gilberto; MADRUGA, Sérgio Rossi; UHLMANN, Vivian Osmari; RAMBO, Deise Antunes. **A contabilidade gerencial como elemento propulsor na melhora do processo decisório em MPEs.** Revista Sociais e Humana, Santa Maria, v.20, n. 2 jul/dez 2007, p. 109-119.

CONSTANTE, Fabrício. **A contabilidade como ferramenta gerencial aplicada em uma empresa do ramo industrial-comercial.** 2010. Disponível em: <<https://usj.edu.br/wp-content/uploads/2015/07/Contabilidade-como-ferramenta-gerencial.pdf>>. Acesso em: 09 março. 2022.

COSTA, Claudivan da Silva. **Análise das demonstrações contábeis no setor público – Avaliação de indicadores financeiros e de solvência.** 2018. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/anima/4042/1/vers%c3%83o%20final%20-%20tcc%20-%20unisul%20-%20ap%c3%93s%20defesa.pdf>>. Acesso em: 18 agosto. 2022.

CREPALDI, Silvio Aparecido. **Contabilidade Gerencial.** 4.ed.-São Paulo: Atlas, 2008.

DEL-MASSO, Maria C. Soares; COTTA, Maria A. de Castro; SANTOS, Marisa Ap. Pereira. **Ética em pesquisa científica:** conceito e finalidades. 2002. Disponível em: <[https://acervodigital.unesp.br/bitstream/unesp/155306/1/unesp-nead\\_reei1\\_ei\\_d04\\_texto2.pdf](https://acervodigital.unesp.br/bitstream/unesp/155306/1/unesp-nead_reei1_ei_d04_texto2.pdf)>. Acesso em: 09 março. 2022.

FONSECA, Reinado Ap; TAROCO, Jonas S; NAZARETH, Luiz Gustavo C; FERREIRA, Roberto do N. **A Importância do Contador nas Organizações.** 2014. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/32720337.pdf>>. Acesso em: 01 Junho 2022.

FONTELLES, Mauro José; SIMÕES, Marilda Garcia; FARIAS, Samantha Hasegawa; FONTELLES, Renata Garcia Simões. **Metodologia da Pesquisa Científica: diretrizes para a elaboração de um protocolo de pesquisa.** Disponível em: <[https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo\\_C8\\_NONAME.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C8_NONAME.pdf)>. Acesso em: 18 agosto. 2022.

GULARTE, Charles. Qual o objetivo da contabilidade? Entenda tudo sobre a contabilidade e importância para as empresas. 2022. Disponível em: <<https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/objetivo-da-contabilidade/>>. Acesso em: 13 agosto 2022

IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Contabilidade gerencial.** São Paulo: Atlas, 1998.

JUNIOR, Ricardo. **Qual a função do contador?** 2019. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/qual-a-funcao-do-contador-conheca-tudo-sobre-a-profissao/>>. Acesso em: 12 setembro 2022.

LOPES DE SÁ, Antônio. **Contabilidade Gerencial.** São Paulo: Atlas, 1971.

LOPES DE SÁ, Antônio. **Ética profissional.** 5.<sup>a</sup> Ed. São Paulo. Atlas. 2004.

MARION, José Carlos. **Contabilidade empresarial.** 14.<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Wagner Luis. **Contabilidade Gerencial: A necessidade das empresas.** 03.ed. Paraná, 2011.

MESQUITA, Gisely Jorge; **Planejamento e controle de resultados na pequena empresa: Um estudo descritivo em pequenas empresas de confecções de artigos de vestuário da cidade de Goiânia-GO.** 2002. 121 f. Dissertação de Mestrado-Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.

NAKAGAWA, Masayuki. **Introdução à Controladoria:** conceitos, sistemas, implementação. 1. Ed São Paulo: Atlas, 1993.

PERES, Mariane. **O que faz um contador? Entenda como está o mercado e o salário para esse profissional.** 2022. Disponível em: <<https://hs.toledoprudente.edu.br/blog/o-que-faz-um-contador-entenda-como-esta-o-mercado-e-o-salario-para-esse-profissional>>. Acesso em: 17 agosto. 2022.

RIBEIRO, Osni Moura. **Contabilidade básica fácil.** 28. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Osni Moura. **Contabilidade comercial fácil.** 18. Ed. São Paulo: Saraiva 2013.

SANTOS, Marcelo dos. **Até onde vai a responsabilidade do contador (e onde começa a sua).** 2016. Disponível em: <<https://blog.contaazul.com/responsabilidade-do-contador-empresa>>. Acesso em: 09 agosto. 2022.

SOUSA, Germano Rolim de. **Contabilidade gerencial: ferramenta de decisão empresarial.** 2019. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/contabilidade/decisao-empresarial>>. Acesso em: 09 agosto. 2022.

TORRES, Vitor. **O que é a contabilidade gerencial e por que é importante?**. 2022. Disponível em: <<https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/o-que-e-a-contabilidade-gerencial-e-por-que-e-importante/>>. Acesso em: 09 agosto. 2022.

TOSHI, Roger. **Contabilidade gerencial: saiba qual a importância para as empresas.** 2022. Disponível em: <<https://sgsistemas.com.br/contabilidade-gerencial-saiba-qual-a-importancia-para-as-empresas/>>. Acesso em: 09 março. 2022.

TUMELERO, Taina. **Pesquisa descritiva: conceito, características e aplicação.** 2018. Disponível em: <<https://blog.mettzer.com/pesquisa-descritiva/>>. Acesso em: 09 março. 2022.

## RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO AMBIENTAL

**THIAGO SALES DE SOUZA:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

**RESUMO:** No contexto das ciências jurídicas existe o Direito Ambiental, que visa disciplinar ações do homem que se apresentem como potencial ou efetivamente geradoras de danos e impactos ao meio ambiente no seu conceito mais amplo. Da mesma forma, neste cenário, tem-se a atuação do Direito Civil com intuito idêntico de proteção e preservação do bem acima citado, impondo ao causador diversas responsabilidades de cunho civil, que vão além do penal, com medidas que visam uma reparação patrimonial. A presente pesquisa busca compreender a responsabilidade civil das empresas em casos de crimes ambientais e o papel da legislação ambiental como garantidora da segurança do meio ambiente através de análise acurada relativa as disposições na Constituição pátria sobre o meio ambiente e demais legislações especiais que igualmente se incumbem a limitar a ocorrência de crimes ambientais. Objetivando mais afundo demonstrar o papel da sociedade para a proteção ambiental, além de apurar as responsabilidades específicas que as empresas possuem em caso de desastres ambientais, como o famoso caso das barragens rompidas e por fim, aclarar a atuação dos órgãos responsáveis pela revitalização de áreas ambientais que sofreram com danos e impactos ambientais. Por meio da metodologia dedutiva, utilizando de fontes documentais indiretas, ampla pesquisa bibliográfica e oficiais, além de diversas jurisprudências tratantes da temática de defesa e reparação ambiental e conseqüentemente da coletividade afetada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Civil. Responsabilidade Civil. Meio Ambiente. Reparação Ambiental. Dano Ambiental.

**ABSTRACT:** In the context of legal sciences, there is Environmental Law, which aims to discipline human actions that present themselves as potentially or effectively generating damages and impacts to the environment in its broadest concept. Likewise, in this scenario, Civil Law acts with the same purpose of protection and preservation of the aforementioned asset, imposing on the causer several civil responsibilities, which go beyond the criminal, with measures aimed at patrimonial reparation. The present research seeks to understand the civil liability of companies in cases of environmental crimes and the role of environmental legislation as a guarantor of the safety of the environment through an accurate analysis of the provisions in the national constitution on the environment and in addition to special legislations that are also incumbent upon them. to limit the occurrence of environmental crimes. Aiming deeper to demonstrate the role of society for environmental protection, in addition to ascertaining the specific responsibilities that companies have in case of environmental disasters, such as the famous case of ruptured dams and finally clarifying the performance of Organs responsible bodies for the revitalization of environmental areas. that have suffered from environmental damage and impacts. Through deductive methodology using indirect documentary sources, extensive bibliographic and official research, in addition to several jurisprudence dealing with the theme of environmental defense and repair and consequently of the affected community.

**KEYWORDS:** Civil right. Civil responsibility. Environment. Environmental Repair. Environmental Damage

## 1 INTRODUÇÃO

A coletividade no momento contemporâneo possui maior consciência sobre os riscos iminentes e a longo prazo resultantes de danos causados ao meio ambiente, que trazem diversos riscos ecológicos desequilibrando a sociedade como um todo. Um exemplo muito recente de como a sociedade é afetada amplamente são as queimadas que acontecem na Amazônia e trazem consequências para o sudeste, como por exemplo São Paulo que foi acometido com fuligem dessas queimadas de acordo com o IPEN (Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares). O reconhecimento da necessidade da preservação pelo homem já é um grande passo, mas em conjunto é necessário que o Judiciário atue para manutenção, ou seja, para preservar e também reprimir possíveis danos. Assim entra a Constituição Federal de 1988, que diante dos diversos pactos mundiais e fama do assunto trouxe em seu corpo um capítulo inteiro dedicado ao meio ambiente, sendo esse considerado um dos marcos das políticas ambientais, trazendo um norte para as consequentes diretrizes que surgiram a seguir, como o IBAMA, todos em prol de praticar uma ampla proteção ambiental. Sendo assim, compreende-se a responsabilidade civil como uma consequência de todo esse avanço legislativo com intuito prioritário da proteção ambiental que ao longo dos anos foram evoluindo na seara do direito, sendo a responsabilidade civil valiosa tanto para prevenção ao meio ambiente, quanto para as punições, como as compensações possíveis para reparações a danos causados ao meio ambiente como um todo, um ambiente ecologicamente equilibrado.

## 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INSERÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL

O instituto do direito privado que visa a proteção, repressão e compensação a danos causados ao meio ambiente é a responsabilidade civil, que tem propriedade para atuar em casos do direito ambiental e também urbanístico. Vale conceituar a responsabilidade civil, como uma imposição de obrigação a um sujeito para que se repare um dano causado a outrem, podendo ser esse dano causado por uma ação ou pelo seu oposto, por uma omissão, e de acordo com Stoco (2014), pg. 86a palavra responsabilidade deriva do latim *respondere* que advém do Direito Romano, e pode se traduzir como devedor.

Em outros termos, a responsabilidade civil significa um indivíduo será responsabilizado por possíveis fatos ou atos praticados, em prol da reparação da situação danosa causada. No Código Civil atual, temos no artigo 186 que diz sobre a responsabilidade civil é "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente Nº 6.983/1981, dispõe sobre o que deve ser entendido por todos como o meio ambiente, no artigo 3º, o inciso I: "Meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga

e rege a vida em todas as suas formas”, mas ainda sim deve ser entendido no seu conjunto mais amplo em todos os aspectos que integram o meio ambiente.

Interpreta-se então que tal princípio de Responsabilidade Civil incorporado na matéria ambiental serve como mais uma ferramenta para que se enfrente o cometimento de ações que causam danos ambientais. Ainda no Código Civil de 2002, temos o artigo 927 e parágrafo único que focaliza sobre a obrigação de indenizar, *in verbis*:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Para Pontes de Miranda (2000), pg 187. sob a ótica do Judiciário brasileiro, a responsabilidade adota a ideia de ser obrigacional, podendo ser entendida como a obrigação que o responsável por atos ilícitos recebe de indenizar uma vítima, sendo ela individual ou um coletivo, pelos prejuízos acarretados. Então, o Estado como responsável prioritário pelo desenvolvimento do país, tem a incumbência de direcionar seus objetivos para a sociedade e as suas adversidades, sendo sociais, econômicas e também ambiental, encontrando caminhos e formas de melhor tratar e também zelar pelas necessidades da sociedade.

Conduzindo então para o ramo do direito ambiental o princípio da responsabilidade civil, em síntese, se concebe como o dever de reparar algum dano que tenha sido causado ao meio ambiente, causando impactos ecológicos dos mais diversos tipos.

A responsabilidades civil que se subdivide-se em outras duas categorias, sendo a objetiva e a subjetiva, e a partir do entendimento dessas vertentes é possível uma apreciação e reflexão mais clara quanto a responsabilidade civil ambiental.

Adianta-se que no Brasil se adotou a teoria objetiva de responsabilidade civil para os causadores de danos ao meio ambiente e tal forma é apresentada no corpo artigo 14, parágrafo §1º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: “Sem obstar a aplicação das penalidades neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência da culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, restando claro a escolha do conceito de objetiva para a responsabilidade ambiental no âmbito civil que descarta qualquer necessidade de comprovação de dolo ou de culpa para que seja acarretada a responsabilização.

Naprópria legislação é legitimado que o fundamento para que exista uma indenização pode ser o próprio risco, no artigo 927, do Código Civil citado acima na presente pesquisa, está expressamente essa hipótese de uma reparação ou indenização frente a um risco criado (SILVEIRA, 2004).



## 2.1 Conceito de responsabilidade civil objetiva e subjetiva

No ordenamento jurídico pátrio, o conceito de responsabilidade civil recebe duas divisões, a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva. Quanto a teoria objetiva, não há exigência da comprovação de culpa, diante de atos que tenham como consequência danos ou prejuízos causados. Tal conceito é explicitado no artigo 927, do Código Civil de 2002.

Quanto ao conceito de responsabilidade civil subjetiva, seu ponto central é a necessidade de indenização ou reparação dos danos que foram causados por atos dolosos ou culposos, então, conclui-se que para um agente ser obrigado a indenizar ou reparar possível dano causado a alguém ou a algum direito, e assim também responder perante o direito civil, é necessário que seja comprovada a culpa do agente, com ou sem intenção de cometer lesões patrimoniais ou materiais, nesse segundo tipo quando se tratar de lesão a bem ou direito atingido.

Assim, em geral, a distinção primordial entre as divisões de responsabilidade civil é que no ramo da subjetividade se exige comprovação de culpa ou de dolo do causador do dano, já no que concerne a responsabilidade objetiva não existe necessidade de comprovação de culpa do agente da ação.

## 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A responsabilidade civil por danos ambientais no Brasil é, em regra, objetiva, significa então que a responsabilidade de danos é acarretada ao causador independentemente da comprovação de culpa, sendo apenas necessário comprovar que houve um dano e a existência do nexo causal para que assim já nasça a obrigação de indenizar e/ou reparar. O ato de reparação de danos causados ao meio ambiente é extraído da própria Carta Magna, assim como o direito de um ambiente ecologicamente equilibrado nascendo assim a consagração do direito e do dever de cuidar e preservar o meio ambiente.

Assim, Conceitua MACHADO (2004) que o indivíduo que possa ter danificado o meio ambiente passa a ter dever perante a justiça de reparar, adquirindo assim a responsabilização por isso, destaca ainda que assim é representado o binômio dano/reparação. Completa ainda, o autor, que para que haja o dever de indenizar ou de reparar danos causados, não existe necessidade de se questionar a razão da degradação, somente se contempla a melhor forma de se reparar.

Sabe-se que o meio ambiente e um conjunto de diversos elementos que interagem entre si, como naturais, artificiais e culturais, que são capazes de proporcionar um desenvolvimento equilibrado em todas as suas formas, então a questão de preservar, recuperar e conseqüentemente revitalizar o meio ambiente deve ser sempre questão de preocupação para o Poder Público.

O Meio ambiente não é capaz de se auto defender de danos que possam ser causados a ele, e em geral os causados intencionalmente pelo homem, essa vulnerabilidade diante de ações humanas traz à tona a necessidade de que o próprio homem, enquanto sociedade, juntamente com as autoridades tomem medidas e busquem ações que reprimam cometimento de atos

danosos, e ainda que traga punições para violações cometidas à natureza como um todo, assim chega-se nas leis, jurisprudências e acordos assinados em convenções em prol do meio ambiente até nível mundial.

Tendo em vista que atos danosos causados ao meio ambiente geralmente são difíceis de se reparar, a lei se adianta sobre isso e conjectura duas formas para realizar o ressarcimento do prejuízo ambiental, conforme consta no texto do artigo 4º da Lei 6.938 de 1981, *in verbis*:

A Política Nacional do Meio Ambiente visará: (...) VI – a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas a sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; VII – a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar ou indenizar os danos causados pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Compreende-se que além da busca pela reparação ou substituição do bem que sofreu danos é subsidiária a exigência de uma compensação monetária, por meio de indenização pecuniária que deverá servir como uma compensação de cunho ecológico. Assim afirma-se as duas vias do direito ambiental que devem ser seguidas em todos os ramos, que deve ser o direito/dever de prevenir e de reparar.

As políticas de cunho ambiental patricias são definidas pelo Sistema Nacional de Meio Ambiente, o SISNAMA, sistema esse instituído também pela Lei nº 6.938 de 1981, com regulamentação dada pelo Decreto 99.274 de 1990, nele estão instituídos todos os órgãos e as entidades pertencentes a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e ainda por fundações constituídas do poder público que sejam responsáveis por melhoria da qualidade ambiental e sua devida proteção. A legislação possui validade em todos os segmentos que envolve o meio ambiente, e seguem pautas da Agenda 21, que é um dos tópicos resultantes da Conferencia Rio-92, uma das mais importantes realizadas pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada com todos os chefes de estado participantes da cúpula, organizado pelas Nações Unidas, conferencia essa que sucedeu a conferencia de Estocolmo de 1972 que foi o primeiro evento desse porte a tratar do meio ambiente a nível mundial.

### **3.1 A evolução da responsabilidade civil por dano ambiental no judiciário brasileiro**

No direito brasileiro a responsabilização civil por desastres ocorridos ao meio ambiente passou por uma grande revolução e evolução ao longo dos anos, principalmente com a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente de 1981 e em seguida pela que veio a ser chamada de Constituição Cidadã, a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 e assim seguiu até o cenário atual que se encontra.

O Código Civil de 1916 não trouxe em seu corpo qualquer menção a manutenção especificamente da ecologia ou do ecossistema em algum nível, nem repressão nem para conservação, porém no Código Penal existia lacunas que permitiam uma proteção, mesmo que indiretamente do meio ambiente. O advento da Lei nº 6.938 de 1981 trouxe uma consolidação para a utilização da responsabilização jurídica no campo civil para agentes responsáveis por

degradações, além de que trouxe a consolidação para este mesmo campo do princípio da solidariedade entre agentes, que representa um avanço importante para a responsabilização civil.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente foi promulgada de forma extremamente oportuna em face da norma civil da época se comprovar como insuficiente e ineficiente para uma justa responsabilização do agente degradador ambiental. A Lei de número 6.938 promulgada em 1981, um pouco antes do nascimento da Constituição Cidadã de 1988, trouxe uma ampliação do campo de responsabilização civil para causadores de danos ambientais. Agora o poluidor é obrigado a arcar com as consequências de seus atos ou de suas omissões, independentemente da comprovação de culpa, devendo indenizar o meio ambiente e ainda os terceiros que foram afetados por suas atividades.

No momento contemporâneo, a responsabilidade por degradação do meio ambiente encontra respaldo jurídico, no parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal. E agora com o advento da Lei 6.938/81 também legitimou, juntamente com a Lei de Ação Civil Pública de nº 7.347 de 1985, que ações tanto principais quanto cautelares podem ser propostas tanto pelo Ministério Público, quanto por associações ambientais ou organismos públicos. A Carta Magna de 1988, por abordar em seu texto constitucional maiores direitos humanos coletivos em diversos níveis

Quanto ao entendimento dos tribunais superiores, em recentes julgados, o Supremo Tribunal de Justiça consolidou que a responsabilidade civil adquirida por danos ambientais, além de objetiva também é solidária, pois respondem todos os agentes que lograram, qualquer grau de serventia, proveitosa da atividade que culminou na degradação. Como o REsp 1374284/MG onde o Ministro Luís Salomão, relator, decide sobre um caso de dano causado por um rompimento de barragem “não com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, mas pela aplicação da teoria do risco integral ao poluidor/pagador prevista pela legislação ambiental (art. 14, § 1º, da Lei n.6.938/81), combinado com o art. 942 do Código Civil evidenciando que a existência de ação que seja danosa, cause lesão ou degradação para assim existir o dever de reparar.

A responsabilidade legal por danos ambientais pode ter dois caminhos diferentes. Por um lado, a responsabilidade objetiva busca adequar determinados danos relacionados ao interesse coletivo ou geral ao desejo da sociedade, pois o modelo clássico de responsabilidade civil não alcança efetiva proteção ambiental por não dissuadir os poluidores da ameaça de dano ambiental. Dano. Por outro lado, a responsabilidade sem culpa visa a socialização de benefícios e danos, pois quem cria o perigo, mesmo que o comportamento seja aceitável perante a lei, deve assumir a responsabilidade pelo risco sem que o lesado tenha que provar que houve culpa. Dessa forma, a responsabilidade civil estimula a proteção ambiental, pois permite que potenciais poluidores invistam na prevenção dos riscos ambientais de suas atividades.

É indubitável que a degradação é uma das grandes marcas negativas do século 21, e apesar de ter seu reconhecimento de gravidade ainda se considera que as intervenções são muito leves e insuficientes perante todo o respaldo jurídico existente na Constituição pátria.

#### **4 O DIREITO AMBIENTAL E SUA INTRODUÇÃO ENTRE HOMEM E NATUREZA.**

O direito ao meio-ambiente é um direito pertencente a todos os cidadãos, sendo um direito coletivo onde cada ser humano é digno perante Carta Magna de viver em uma sociedade ecologicamente equilibrada que seja capaz de oferecer a melhor qualidade de vida possível.

Preservação, recuperação e consequente revitalização do meio ambiente é um dever de toda a sociedade, não apenas de autoridades ou órgãos fiscalizadores dele. Sabe-se que o meio ambiente é constituído por diversos elementos, tanto naturais quanto culturais que beneficiam o desenvolvimento da vida em todos os seus formatos. Para MACHADO (2008), Pg 94 a definição legal de meio ambiente é a soma de diversos elementos, como as condições, leis, influências e ainda as interações de ordem física, química e biológica, que possibilita a existência de vida em todas as suas formas, lhe abrigo e regendo.

Para AFONSO DA SILVA (2004), "a palavra 'ambiente' indica esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra 'meio'". O autor ainda indica que a locução 'meio ambiente' possa ser redundante, porém o mesmo defende que existem certos vocábulos fazem jus ao reforço em razão de expressarem uma conceituação mais extenso do seu sentido e assim as legislações pátrias em seus textos constitucionais aplicam a expressão supracitada. O autor ainda complementa que "meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas" (SILVA, 2004).

A preocupação dos indivíduos com o meio ambiente não é contemporânea, já tendo sido motivação de conflitos, onde povos buscavam terras melhores, mais férteis e produtivas, águas mais limpas, trazendo modificações ao contexto histórico, começando desde os primórdios a degradação do solo, da água e posteriormente do ar em razão do uso irracional na maioria das vezes, e assim seguiu ao longo dos anos o que explicitou a necessidade da regulação de ações em prol das questões ambientais.

O Direito Ambiental, apesar de ser um tema bastante vasto, é um ramo da ciência jurídica ainda pouco popular entre juristas e leigos, mas é de extrema importância para a sociedade como um todo, é um direito regulador que faz a conexão entre os elementos integrantes do que se entende por meio ambiente e as jurisprudências, doutrinas e legislações existentes sobre as questões ambientais, e ao longo do tempo houve um importante aumento gradativo do interesse na área. De acordo com FIORILLO (2013), o direito ambiental "é uma ciência nova, porém autônoma" e alega ainda que a independência que possui este ramo do direito é "garantida porque o direito ambiental possui os seus princípios diretores presentes no artigo 225 da Constituição Federal".

A despeito ainda do direito ambiental, tem-se que tal ramo apareceu como um novo padrão do meio jurídico no momento que se entendeu-se que a concepção de que o planeta terra não conseguiria, por si só, se reestabelecer dos danos causados pelas ações do homem, sendo então tal área um mecanismo para alinhar as políticas de proteção com as ações da sociedade, possuindo uma estrutura clara administrativa especializada e toda a aparelhagem necessária conforme será exposto a seguir na presente pesquisa, completa ainda ANTUNES (2005) que no ramo do direito

ambiental “Sua base fática é constituída, fundamentalmente, por uma enorme gama de áreas de conhecimento”.

Destaca-se como um desses instrumentos, a criação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis em 22 de fevereiro de 1989 o IBAMA, a partir da Lei nº 7.735, sendo um dos maiores institutos em prol do meio ambiente, uma entidade autárquica federal com vínculo ao Ministério do Meio Ambiente Brasileiro que buscou unificar diversas outras instituições do governo federal sobre temas relacionados ao mesmo tema demonstrando necessidade de se fundir os órgãos como o IBDF – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal que exercia a gestão do controle florestal, e ainda a SUDEPE – Superintendência de Pesca responsável pelo ordenamento pesqueiro brasileiro, além de vários outros órgãos e institutos que se uniram e tornaram-se um só em prol da natureza.

#### **4.1 A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente 6.938/81 e demais legislações**

O dano ambiental apresenta-se ainda em dois formatos distintos, mas similares em geral, primeiro tem-se a forma direta, Nesse caso a ação incide propriamente no bem tutelado, em seguida temos a forma indireta, quando acontece a degradação acontece por falta de prevenção, de agentes e planos. Para LEMOS (2008)pg 143 a maior parte dos danos ambientais “decorrem pelo abuso de direito e ou provocados por atos ilícitos que desrespeitam os limites de preservação estabelecidos por lei”.

A lei de Política Nacional do Meio Ambiente traz diversos mecanismos para proteção do meio ambiente no país, ela precede inclusive a Constituição de 1988. A lei nº 6.938 foi sancionada em 31 de agosto de 1981 com 21 artigos que foram modificados ao longo dos anos por outras leis, mas com a finalidade de proteção, preservação devidamente disposta no artigo 2º assim como em seu artigo 3º apresenta a definição do que se entende como meio ambiente:

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

[...]

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - Degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;



III - poluição, 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;

IV - Poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - Recursos ambientais, a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo e os elementos da biosfera.

V - Recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

O meio ambiente possui ainda diversas outras legislações a seu favor, como a Lei nº 7.735, que criou o IBAMA, também a Lei nº 11.516 de 28 de agosto de 2007 que dispõe acerca da criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade o ICMBio, que trouxe alterações para a Lei nº 7.773. O ICMBio é responsável por apresentar e editar padrões em normas para gestão das Unidades de Conservação no âmbito federal, assim é responsável por executar políticas públicas atinentes ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis federais, além disso o ICMBio fomenta e executa programas de pesquisas, de proteção, preservação e conservação da biodiversidade, Vale acentuar que no parágrafo único do artigo 1º da lei de criação deste é frisado que mesmo que o ICMBio tenha, no inciso IV nas suas atribuições de exercer o poder de polícia ambiental para agir na proteção das unidades de conservação da união, não se omite o exercício complementar do poder de polícia ambiental do IBAMA.

Inúmeros também são os pactos e tratados em nível internacional, celebrados acerca da temática, esses tratados contém diversos tópicos com obrigações aos Estados signatários para adoções de políticas públicas que atendam as condições de desenvolvimento sustentável. Essas políticas presentes nos documentos desses encontros em planos internacionais conseguem influenciar nas legislações internas dos países participantes. O Brasil como estado democrático de direito já possui suas próprias bases de legislações ambientais presentes na Carta Magna e demonstrou-se ao longo do tempo sua importância como instrumento necessário para que ocorresse transformações de estruturas em todos os âmbitos em busca da concretização do desenvolvimento ambiental.

## **5 IMPACTOS AMBIENTAIS REALIZADOS PELA PESSOA FÍSICA E JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE OS DANOS**

As leis são criadas com função de controlar as ações e o comportamento dos seres humanos indo de acordo com os princípios éticos e morais estabelecidos em uma sociedade, no ramo do



direito temos ainda que a lei é uma regra obrigatória que constitui além de deveres, os direitos dos indivíduos, sempre com objetivo de organizar uma sociedade orientando o certo a fazer e estabelecendo o que é errado e deve ser evitado, com o direito ambiental seguindo seu papel, deve-se estabelecer os direitos e deveres dos indivíduos perante o meio ambiente e saber as consequências para os possíveis danos que podem ser causados.

As agressões cometidas contra o meio ambiente vieram se intensificando ao longo dos anos à medida que a sociedade foi evoluindo, ao mesmo tempo em que se degrada mais, também se observa uma coletividade tomando mais consciência das consequências das ações humanas a curto, médio e principalmente a longo prazo. Assim entendeu-se como imprescindível a criação de regras para que fosse possível a preservação, a manutenção e a responsabilização de agentes causadores de danos em todos os formatos de danos entendidos pela legislação vigente.

Os danos ambientais podem ser causados por diversos fatores, não apenas por ações humanas, existe o risco de causas naturais que normalmente fogem do controle do homem, mas também ocorre os danos causados de forma consciente em prol de outro fator que causa traumas as vezes irreversível à natureza e também a vida humana, como é o caso famosos de Brumadinho, onde uma barragem de responsabilidade da empresa Val S.A., e causou uma das maiores tragédias ambientais naquela cidade de Minas Gerais, causando ainda a morte de 270 pessoas, trazendo diversos impactos sociais, e os impactos ambientais que causaram poluição até no rio São Francisco, afetando também o abastecimento de água da região, e ainda o conseqüente impacto econômico para a cidade afetada, e os municípios em torno, pois áreas de trabalho como fazendas de agriculturas foram afetadas e totalmente destruídas.

Entende-se então que a pessoa jurídica é uma agente causadora de danos de peso altíssimo, mas uma pessoa física também pode ser um causador de dano, então precisa-se do uso do princípio da equidade para uma responsabilização justa para os possíveis agentes culpados para que se chegue a respostas justas. Vale ainda esclarecer o conceito de Pessoa jurídica, que se concebe por entidade detentora de direitos e obrigações, formada por uma ou mais pessoas físicas, para PINTO (2002)pg 214, a pessoa jurídica é entendida como: "o ente ideal, abstrato, racional, que, sem constituir uma realidade do mundo sensível, pertence ao mundo das instituições ou ideais destinados a perdurar no tempo."

O princípio do poluidor-pagador refere-se ao causador, sendo ele por dolo ou culpabilidade, atribuído a um evento ocorrido em detrimento do meio ambiente, sendo este agente chamado de poluidor e devendo ele ser responsável por todo e qualquer custo atribuído ao ressarcimento pelo evento danoso, além de que deverá também cumprir todas as medidas impostas ao agente para que se recupere ou ao menos possa amenizar os danos causados;

O instituto do poluidor-pagador deverá ser sempre norteado em conjunto com o princípio da precaução, que são as defesas feitas em face de perigo iminente contra o meio ambiente, rechaçando e diminuindo todo e qualquer risco, trabalhando sempre em prol da proteção para o futuro do ambiente para todos que utilizem de recursos naturais que são bases da existência

natural da humanidade. FIORILLO (2013) assenta que o princípio do poluidor-pagador não se deve ser confundido de má fé como instituto que se permita pagar para poder poluir.

O Brasil ao admitir em sua jurisdição o formato de responsabilidade objetiva no campo das questões dos direitos explanados, pactuou que o objetivo desejado pelo agente não possui importância na equação jurídica, apenas possui valor a relação entre o dano e sua causalidade, sendo essa expressamente prevista na Lei 6.398/1981, descrita no artigo 14 em seu parágrafo 1º. A supracitada lei esclarece ainda a legitimidade do Ministério Público da União e também dos Estados para propor as ações de responsabilidade tanto civis quanto as criminais por qualquer dano causado ao meio ambiente, no conceito descrito na Constituição Pátria Brasileira.

A responsabilidade de uma pessoa jurídica ainda não é capaz de excluir a responsabilização da pessoa física, onde o legislador se vale de diversos formatos de responsabilidade dos agentes para se atingir o objetivo de preservação ambiental do meio ambiente equilibrado ecologicamente que se permita a manutenção da vida humana. Por isso também a responsabilidade jurídica atribuída a um agente por dano ecológica pode ser em diversas áreas do direito além da civil e da penal, tributário e administrativa também são admitidas, entre outras sempre para que se dê a devida condição de preservação do patrimônio público que deve ser segurado e protegido, de acordo com o artigo 2º, inciso I da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

É nítido que o desenvolvimento sustentável é multifacetado por envolver diversas nuances, implicando ainda em conciliar a preservação com interesses econômicos visto que ambos fazem parte do desenvolvimento e sustento da humanidade, demonstrando assim que é necessário que as políticas públicas operem em conjunto com normas jurídicas para uma verdadeira preservação ambiental com indústrias e usuários que tenham padrões de produção e uso sustentável dos recursos.

### **5.1 Lei Nº 9.605 – Disposições sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.**

O Brasil, de fato, disponibiliza de terras vastas, soles extremamente férteis e clima tropical favorável para desenvolvimento agrário rentável e ao mesmo tempo ecologicamente equilibrado, a questão ainda má resolvida é o modelo utilizado pela maioria das empresas e agentes que utilizam dos recursos disponíveis do meio ambiente. A falta de respeito com o meio ambiente demonstra a necessidade de uma intensa fiscalização e acompanhamento para que os usuários dos recursos naturais utilizem os mesmos de forma justa, e assim se mantenha o equilíbrio ambiental necessário para a manutenção da vida humana.

Na seara das legislações ambientais, destaca-se ainda a resolução do CONAMA nº 01/1986, trouxe a imposição de que é necessário sempre, para que seja obtida uma licença para realização de quaisquer tipos de atividades que sejam capazes de causar alterações significativas ao meio ambiente, a elaboração de Estudos de Impacto Ambiental – EIA e assim seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, eles esclarecem ainda que impacto ambiental é qualquer alteração de características físicas, químicas e biológicas, que seja causada por atividades humanas de forma material ou energética que lesiona de forma direta e indireta: “I - a saúde, a segurança e o bem-

estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.”

A Lei Nº 9.605 de 1998 dispõe acerca de sanções tanto penais quanto administrativas de crimes contra o meio ambiente. A importância ainda cabe ao passo que apresentou a possibilidade de penalizar pessoas jurídicas em crimes ambientais. Os crimes ambientais na lei supracitada possuem cinco divisões: crimes contra a fauna, a flora, crimes de poluição e outros, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, crimes contra a administração ambiental.

A lei de crimes ambientais ainda aborda sobre condutas que ignorem normas ambientais estabelecidas em leis mesmo que não tenham ocasionado desastres ambientais. Envolve ainda como crime a violação do direito disposto no já mencionado artigo 225 da Constituição Federal, que dispõe acerca do direito reconhecido a um meio ambiente sadio como uma extensão do direito à vida, um dos norteadores da criação de tal lei. O objetivo principal da Lei dos Crimes Ambientais é a reparação, prevenção e combate a danos

## **6 CONCLUSÃO**

A presente pesquisa acadêmica objetivou uma análise crítica acerca da responsabilidade civil no contexto ambiental. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de toda a sociedade, assim como também é dever da mesma sociedade a manutenção e a preservação deste bem de suma importância para a estabilidade da vida humana. A preocupação com questões ambientais e a necessidade de regulamentação de tais tópicos se tornou necessário ao longo dos anos e atinge a coletividade a nível internacional.

Em contraste aos atos danosos ao meio ambiente de forma imediata ou futura, a nossa estrutura jurídica conseguiu trazer em seu escopo diversos dispositivos com textos processuais com intuito de proteção e ainda preservação, sendo um deles o instituto da responsabilidade civil ambiental.

Esse conceito de responsabilização do autor de forma civil indo além da criminal objetiva a redução de lesões cometidas ao meio ambiente, assim como visa a reposição e reparação dos danos causados. O Brasil tem leis extremamente eficientes em sua teoria para uma regulamentação digna para controle do meio ambiente, mas a falta de estrutura de fiscalização adequada que de conta de todo o território ainda é insuficiente e prova disso é o desmatamento desenfreado noticiado constantemente em grandes veículos de mídia.

Destarte, a presente pesquisa acadêmica tentou por desenvolver o conceito de responsabilidade civil no tocante aos crimes cometidos contra o meio ambiente, esclarecendo sua importância e seu sentido e a relevância e importância da responsabilização de cunho civil como instrumento de proteção em auxílio as ferramentas jurídicas já existentes contra o detrimento do meio ambiente.

Conclui-se que a responsabilidade civil no contexto ambiental se impõe obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, e na seara do direito ambiental essa responsabilidade não depende de comprovação de culpa, o dever de indenizar se constitui-se do ato e das consequências causadas ao meio ambiente, tal necessidade de reparação de agressões ambientais ofendem um direito difuso, coletivo da sociedade devendo então receber atenção integral e especial como todos os outros ramos que possam ofender a coletividade.

## 7 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BRASIL, 1993. Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 de jun. de 1993.

BRASIL, REPÚBLICA FEDERATIVA DO. Constituição (1988). Brasília: Planalto do Governo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Data de acesso: 22 de set. 2022

BRASIL, REPÚBLICA FEDERATIVA DO. Lei n° 3.071 de 1° de janeiro de 1916. BRASIL. Código Civil. Lei n° 10406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei Federal N° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 02 de set. de 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 08 de set. de 2022.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portal Eletrônico. Brasília. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 01 de set. de 2022.

BRASIL. Resolução CONAMA n° 307, de 05 de julho de 2002. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 de jul. de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1.374.284-MG 2012/0108265-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2014, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 05/09/2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864823848/inteiro-teor-864823858>>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CASTRO, Lilian Simões, BONINI, Luci Mendes de Melo, LEME, Maria de Lourdes Colacique. A responsabilidade civil por danos ao meio ambiente Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66987/a-responsabilidade-civil-por-danos-ao-meio-ambiente> Acesso em 06/05/2022.

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, 2000. Resolução n° 01, de 23 de janeiro de 1986 Publicada no DOU, de 17 de fevereiro de 1986, Seção 1, páginas 2548-2549. Ministério do Meio Ambiente, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14ª Ed. Saraiva, São Paulo: 2013.

FONTES, Roberta Neves, LOPES, Ivonete da Silva. As representações da mídia sobre o rompimento de barragem do fundão Disponível em: <https://www.revistaespacios.com/a17v38n34/a17v38n34p32> Acesso em: 23 mai. 2022

GUITARRARA, Paloma. "ECO-92"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/eco-92.htm>. Acesso em 11 de out. de 2022.

KOL, Paulo Roberto. Entenda quando se configura a responsabilidade civil ambiental. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/responsabilidade-civil->. Acesso em 18/05/2022

LEMOS, PatríciaFraga Iglecias. Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: Análise do nexa causal. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

N. NERY JÚNIOR e R.M.V.B. DE ANDRADE NETV, Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental, in A. H, V. BENJAMIN, Dano Ambiental cit., 279.

PINTO, Eduardo Viana. Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil. Porto Alegre: Síntese, 2002

PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

REZENDE, Élcio Nacur, NETO, Alex Floriano RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DA EMPRESA DIANTE DAS TRAGÉDIAS AMBIENTAIS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGENS: uma análise à luz dos princípios da função social e da preservação da empresa Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/233156309> acesso em 29/05/2022>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SILEIRA, Clóvis Eduardo Manliverni. A inversão do ônus da prova do dano ambiental difuso. In: LEITE, Jose Rubens Moratto. Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: forense Universitária, 2004.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 5. ed. São Paulo:Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 10ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2014.

## **A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIA**

### **MICHELE CARDOSO CONTIERO:**

Pós-Graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e em Direito do Trabalho pela Faculdade Única de Ipatinga. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Atua na advocacia pública com ênfase em direito trabalho, processo do trabalho e processo civil.

**RESUMO:** Trata-se de estudo acerca da atuação do Ministério Público na efetivação do direito à educação das crianças e dos adolescentes com deficiência. A prioridade absoluta conferida à infância e juventude toma extraordinária ênfase e caráter emergencial quando se trata de criança ou adolescente que possui algum tipo de deficiência. Isto se dá em razão da educação, sob a perspectiva da inclusão escolar, ser o momento oportuno de aproveitamento e desenvolvimento das potencialidades de um ser humano, permitindo que os alunos vivenciem as diferenças e que os discriminados pela deficiência ocupem seu espaço na sociedade, garantindo-lhes aprendizado de acordo com suas faculdades. Portanto, vislumbra-se a necessidade de se refletir sobre os critérios apropriados para fornecimento do ensino especial, as formas de fiscalização da eficiência e qualidade da educação, bem como o papel do Ministério Público na defesa da Educação Inclusiva.

**Palavras-chaves:** Crianças e adolescentes com deficiências. Educação especial. Educação inclusiva. Ministério Público.

**ABSTRACT:** This is a study about the performance of the Public Ministry in the realization of the right to education for children and adolescents with disabilities. The absolute priority given to childhood and youth takes on extraordinary emphasis and an emergency character when it comes to children or adolescents who have some type of disability. This is because education, from the perspective of school inclusion, is the opportune moment to take advantage of and develop the potential of a human being, allowing students to experience differences and allowing those discriminated against due to disability to occupy their space in society, ensuring them learning according to their faculties. Therefore, there is a need to reflect on the appropriate criteria for providing special education, the ways to monitor the efficiency and quality of education, as well as the role of the Public Ministry in defending inclusive education.

**Keywords:** Children and adolescents with disabilities. Special education. Inclusive education. Public Ministry.

### **1.Introdução**



O presente trabalho tratará sobre as funções, o campo de atuação do Ministério Público e os instrumentos mais adequados à realização do intento de garantir o acesso à educação pelas crianças e adolescentes com deficiência.

Iniciar-se-á pela promulgação da Constituição Federal de 1988 que trouxe imenso prestígio ao Ministério Público ao ter-lhe incumbido de relevantes funções, deixando de ser aquela instituição que exercia, até então, apenas as atribuições de fiscal da lei no processo civil e as funções acusatórias no processo penal.

Na sequência, apresentar-se-á um panorama da atuação do Ministério Público na tutela dos direitos sociais, dentre eles o direito à educação, direcionado ao embasamento jurídico para o exercício dessas funções.

Posteriormente, objetiva-se discorrer sobre a prática funcional dos membros do Ministério Público quando exercem a defesa do direito à educação, a fim de que se verifique sua efetivação as crianças e adolescentes com deficiência, sob a ótica da educação inclusiva.

Por fim, retratar-se-á, ainda que de forma geral, os avanços e os desafios enfrentados pelos membros do Ministério Público para tornar eficaz na realidade brasileira o acesso de todos à educação, principalmente das crianças e adolescentes com deficiência, considerados vulneráveis sobre uma dupla ótica: por serem pessoas em desenvolvimento e por serem indivíduos com deficiência.

## **2. Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público**

O Ministério Público é uma instituição imprescindível a toda organização social democrática, constituindo-se em um instrumento de efetivação da justiça social, por ser o guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 inovou se comparada às Constituições anteriores, bem como em relação ao Direito Comparado, ao conferir autonomia ao Ministério Público, elevando-o à condição de Instituição.

A Carta Constitucional de 1988 trata do Ministério Público em capítulo próprio, qual seja, “Das funções essenciais à justiça”, juntamente com a advocacia, defensoria pública e a advocacia pública. Desta forma, a Instituição passa a exercer um *status* diferenciado no sistema constitucional pátrio, sendo-lhe, também, assegurada pelo texto constitucional sua autonomia funcional, administrativa e financeira.<sup>82</sup>

---

82 Art. 127 (...)

§2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

No cenário constitucional, ao arrolar as disposições acerca do Ministério Público no rol das funções essenciais à justiça, portanto não submetido ao Poder Executivo, a Constituição conferiu ao Ministério Público autonomia e independência para exercer suas funções livremente e se legitimar como defensor da sociedade e dos valores democráticos (CRFB/88, art.127).

A *Lex Fundamentalis* proclama, em seu art. 127, *caput*, que o Ministério Público "é Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

O Ministério Público passou a ser instituição constitucional de promoção e justiça social, de forma que a sua atuação está diretamente relacionada aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988, entre eles, a criação de uma sociedade justa, livre e solidária e a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

O novo perfil do Ministério Público - de Instituição criada com a missão precípua de defesa dos fundamentos e valores deste novo Estado Democrático de Direito - em especial, no que se refere à defesa dos interesses sociais individuais e indisponíveis, cujo objetivo é a concretização de direitos fundamentais da pessoa humana, representa uma resposta significativa aos anseios dos perseguidos pelo arbítrio e oprimidos pela onipotência do Estado, que recorrem a essa Instituição na expectativa de assegurarem o exercício de seus direitos.

Conforme disposto no artigo 127, §1º da CRFB/88, são três os princípios fundamentais que regem o Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

O princípio da unidade significa que o Ministério Público é uma instituição única, cujas funções são privativas e exercidas por membros que atuam em nome da Instituição, havendo uma divisão interna apenas para fins funcionais.

O princípio da indivisibilidade, que é corolário do princípio da unidade, remonta a possibilidade dos membros do Ministério Público substituir uns aos outros sem que haja ilegalidade, uma vez que quem atua é a Instituição e não a pessoa física do Promotor ou do Procurador de Justiça.

Ainda no que tange ao princípio da indivisibilidade, Hugo Nigro Mazzili alerta que "[...] indivisibilidade significa apenas que os membros do mesmo Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, não arbitrariamente, porém, sob pena de grande desordem, mas segundo a forma estabelecida na lei [...]"<sup>83</sup>.

O princípio da independência funcional deve ser compreendido como a liberdade e a ampla independência na atuação dos membros nos casos que lhes são afetos, sem que haja

---

§ 3º. O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

83 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no Processo Penal**. 2002. Disponível em: < <http://www.justitia.com.br/artigos/0ay8ad.pdf>>. Acesso em: 01 mar.2015.

qualquer subordinação hierárquica, adstrito apenas à lei e à sua consciência para a formação de sua convicção jurídica.

A hierarquia no âmbito do Ministério Público limita-se às questões de caráter meramente administrativo, conforme esclarece Mazzili:

A Constituição Federal dá a fonte da hierarquia no Ministério Público quando institui chefia para os diversos Ministérios Públicos e quando assegura os princípios de unidade e indivisibilidade; mas, se ela impõe hierarquia, também traça seus limites, quando institui vários ministérios públicos, com autonomia recíproca, e quando assegura o princípio da independência funcional, a garantia da inamovibilidade e o princípio implícito do promotor natural.<sup>84</sup>

Como em qualquer outra Instituição, há limites impostos pela ordem constitucional na atuação dos membros do Ministério Público. Para compreender quais são esses limites constitucionais, necessária uma análise concreta das garantias que usufruem os membros do Ministério Público e das vedações que lhe são impostas, bem como as suas atividades.

Levando em consideração que o Ministério Público não pertence a nenhuma estrutura dos Poderes de Estado, o legislador constituinte instituiu um sistema de garantias destinadas aos Promotores e Procuradores de Justiça para que desempenhem satisfatoriamente seus papéis com isenção e livre de ingerências.

O ordenamento jurídico pátrio assegura as seguintes garantias aos membros do Ministério Público: a vitaliciedade que respalda a garantia da perda do cargo, após dois anos de exercício, apenas por decisão judicial transitada em julgado; a inamovibilidade baseada na circunstância da remoção só poderá ocorrer por interesse público ou por decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; a irredutibilidade de subsídios; e o foro privilegiado (CRFB/88, art. 128, §5º, inciso I).

A Constituição, em outro vértice, também impõe limites e vedações aos membros do Ministério Público, que lhe garantem a imparcialidade no desempenho de suas funções (CRFB/88, art. 128, § 5º, inciso II e art. 95, § único).

São vedações impostas ao Ministério Público: exercer atividade política partidária; receber por qualquer título honorários, percentuais e custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer, ainda que em disponibilidade, outra função pública, salvo uma de magistério; receber a qualquer título auxílios, contribuições de pessoas físicas ou entidades públicas ou privadas, salvo exceção em lei.

---

<sup>84</sup> *Idem*.

Os membros do Ministério Público não poderão, ainda, no uso de suas atribuições, invocar sua independência funcional para violar a ordem jurídica, buscar fim incompatível com a defesa do regime democrático e preterir a defesa dos interesses sociais que devem defender, além de, na qualidade de fiscal, invadir as áreas governamentais e até mesmo não governamentais de maneira a se impor em juízo ou extrajudicialmente.

Em suma, a Constituição de 1988 conferiu autonomia, instrumentos, garantias e limitações necessárias para que o Ministério Público possa cumprir a sua missão institucional. Vale lembrar, que a atuação constante e eficaz do Ministério Público acabou por legitimá-lo perante a sociedade, passando a ser considerado, na atualidade, um dos grandes esteios do próprio regime democrático.

### **3. Função do Ministério Público na defesa dos direitos sociais**

Segundo a perspectiva do Estado Democrático de Direito, as atividades dos Poderes Públicos devem se pautar na garantia da justiça social, proporcionando a todos os indivíduos inseridos na sociedade as mesmas oportunidades.

Os direitos sociais são aqueles elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, quais sejam: educação, saúde, proteção à maternidade e a infância, assistência aos desamparados, previdência social, trabalho, moradia, lazer e segurança.

Os direitos sociais são classificados como direitos difusos (com exceção dos direitos relativos aos trabalhadores), uma vez que não podem ser atribuídos a um grupo específico de pessoas, pois dizem respeito a toda a sociedade.

A norma constitucional vigente encarregou o Ministério Público da tarefa de promoção dos direitos sociais no caso de omissão por parte do Poderes Públicos, por meio da disposição contida no inciso II do artigo 129, que estabelece como função institucional do Ministério Público "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia".

Todavia, os Poderes Públicos, historicamente omissos e desidiosos, estão inadimplentes com o cumprimento de suas obrigações sociais constitucionais. Por esta razão, o Ministério Público, no exercício de sua função constitucional de guardião dos direitos sociais, deve desempenhar suas atividades incansavelmente na busca de sua plena concretização.

Tem-se como fundamento jurídico, a autorizar a função do Ministério Público de defender e garantir os direitos sociais, a própria Constituição Federal de 1988, a Lei nº 7.347/1985, que rege a ação civil pública e institui o inquérito civil, e a Lei nº 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

A Carta Magna, em seu artigo 129, inciso III, atribuiu ao Ministério Público a promoção de inquérito civil e de ação civil pública para proteção de outros interesses difusos ou coletivos. Como os direitos sociais são espécies de direitos difusos, as atribuições da Instituição alcançam os direitos sociais.

A Lei nº 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública, incorpora somente em 1990, a cláusula geral de proteção de quaisquer outros interesses difusos ou coletivos em seu artigo 1º, que passa a contar com a seguinte redação:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social.<sup>85</sup>

Seguindo na mesma linha de raciocínio, a Lei nº 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dispõe, no inciso IV do artigo 25, que é função do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

#### **4 A atuação do Ministério Público na efetivação do direito à educação das crianças e dos adolescentes com deficiência**

A atuação do Ministério Público como instituição garantidora das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito não se resume à provocação do Poder Judiciário para a prestação jurisdicional.

Em suas atividades cotidianas, os membros do órgão ministerial atuam permanentemente na solução extrajudicial de conflitos e resolução de adversidades da sociedade em geral, ainda que, por meio de orientações ou encaminhamentos aos Órgãos Públicos.

---

85 BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Brasília, 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 01 mar. 2015.

De início, é importante fazer uma breve elucidação sobre a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa do direito à educação das crianças e adolescentes com deficiência.

Por questões didáticas, a legitimidade do Ministério Público será abordada em três vertentes distintas, são elas: (a) legitimidade para atuar em defesa do direito à educação; (b) a legitimidade para atuar em defesa das crianças e adolescentes; e, por fim, (c) a legitimidade para atuar em defesa das pessoas com deficiência.

No que diz respeito à legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa da educação, esse tema foi tratado nas abordagens do subitem anterior, onde restou esclarecido que o direito à educação é uma das espécies de direitos sociais e que a legitimidade da atuação do Ministério Público em favor dos direitos sociais, entre eles o direito à educação, tem previsão tanto constitucional como infraconstitucional.

Para entender a legitimidade do Ministério Público na atuação em defesa dos direitos das crianças e adolescentes, elencados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, "duas observações básicas devem ser feitas: a) de um lado, vige o princípio da absoluta prioridade desses direitos; b) de outro lado, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa (...)".<sup>86</sup>

O mesmo raciocínio se aplica quanto à legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos direitos das pessoas com deficiência. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada (CRFB/88, art. 127).

Desta forma, a legitimidade do Ministério Público está entrelaçada à garantia dos direitos indisponíveis, não só de existência digna, mas da própria vida e integridade físico-psíquica das pessoas com deficiência, que devem ser consideradas sujeitos de direito hipervulneráveis.

Portanto, dentro da interpretação mais larga que se tem preconizado nesse estudo, resta evidente a legitimidade do Ministério Público tanto para a defesa dos direitos à educação, quanto para defesa dos direitos das crianças e adolescentes e das pessoas com deficiência.

Após esse breve esclarecimento acerca da legitimação do Ministério Público para atuar em defesa do direito à educação das crianças e adolescentes com deficiência, segue-se a descrição dos instrumentos de atuação que o Ministério Público pode fazer uso no desempenho de suas funções, são eles: audiência pública, recomendação, requisição, inquérito civil, termo de compromisso de ajustamento de conduta e ação civil pública.

A audiência pública realizada pelo Ministério Público é a primeira ação importante a ser executada para que o membro do Ministério Público possa nortear sua atuação com base no diagnóstico da situação educacional do Município ao qual o órgão oficiante está vinculado.

---

<sup>86</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 703.



A audiência pública é o meio pelo qual o Ministério Público toma conhecimento das necessidades específicas dos alunos com deficiência, colhendo informações e obtendo dados sobre os problemas relacionados ao atendimento educacional especializado e à não matrícula em salas comuns de alunos que frequentam escolas e classes especiais.

A recomendação, por sua vez, é um instrumento de atuação do Ministério Público utilizado para advertir a Administração Pública e os particulares sobre a ausência ou irregularidade no cumprimento de suas obrigações, delineando formas de execução, que apesar de não possuir força coercitiva, exerce poder persuasivo psicológico e moral.

O Ministério Público do Estado poderá expedir recomendações, por exemplo, à Secretaria Estadual de Educação, à Secretaria Municipal de Educação, bem como aos dirigentes de estabelecimentos particulares de ensino, recomendando: a efetivação da matrícula no ensino regular de todos os estudantes, independentemente da condição de deficiência física, sensorial ou intelectual que o aluno possa apresentar; o oferecimento de atendimento educacional especializado; a garantia de que a Educação Inclusiva constará no Projeto Pedagógico da instituição de ensino e que especifiquem na proposta pedagógica a flexibilização curricular, as metodologias de ensino, os recursos didáticos e os processos avaliativos; a previsão do financiamento de serviços e recursos da educação especial na planilha de custos da instituição de ensino<sup>87</sup>, bem como que os estabelecimentos particulares de ensino abstenham-se da cobrança de taxas extras aos alunos com necessidades educacionais especiais.<sup>88</sup>

As requisições são ordens legais emanadas pelo órgão ministerial que pode ter como objeto documentos, informações, certidões e diligências a serem cumpridas por quaisquer autoridades do Estado ou por particular.

Não poderá haver negativa no cumprimento da requisição ministerial, sob pena de crime de prevaricação ou desobediência, exceto nos casos em que o objeto esteja protegido pelo sigilo (artigos 330 e 319 do Código Penal ou, ainda, artigo 10 da Lei nº 7.347/1985, quando os documentos requisitados forem indispensáveis à propositura da ação civil).

O Ministério Público, na defesa das crianças e adolescentes com deficiência, poderá requisitar cópia do Projeto Pedagógico às instituições de ensino, requisitar informações sobre situação da educação inclusiva junto aos Municípios, às Secretarias de Educação e a banco de dados de sites especializados em pesquisa, análise e estatísticas, tais como MEC, INEP, IBGE, e requisitar estudo social e/ou psicopedagógico para avaliação da criança ou adolescente com deficiência, a fim de averiguar qual a melhor forma de promover a sua inclusão na rede regular de ensino.

---

87 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, **Recomendação nº 001/2013**. Disponível em: <[http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceduc/recomendacoes/recomendacao\\_001\\_2013\\_inclusiva.pdf](http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceduc/recomendacoes/recomendacao_001_2013_inclusiva.pdf)>. Acesso em: 09 mar.2015.

88 BRASIL. Ministério da Educação. **Nota Técnica nº 15/2010 MEC/CGPEE/GAB**. Disponível em: <[www.nre.seed.pr.gov.br/toledo/arquivos/File/.../Notatecnica15\\_2010.doc](http://www.nre.seed.pr.gov.br/toledo/arquivos/File/.../Notatecnica15_2010.doc)>. Acesso em 02 abr. 2015.

O Ministério Público, ao receber a reclamação da existência de criança e/ou adolescente com deficiência fora da escola, deverá proceder à instauração de inquérito civil, mediante portaria, em matéria de pessoa com deficiência, seja a notícia de âmbito individual ou coletivo.

O inquérito civil é conceituado por Hugo Nigro Mazzili nos seguintes termos:

(...) o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra atuação a seu cargo.<sup>89</sup>

Para exemplificar, no caso de recusa de matrícula de criança ou adolescente em razão de deficiência física, sensorial ou intelectual, a instauração do Inquérito Policial terá como base a prática do crime de abandono intelectual, previsto no artigo 246 do Código Penal<sup>90</sup>, ou do crime previsto no inciso I do artigo 8º da Lei nº 7.853/1989<sup>91</sup>.

O termo de compromisso de ajustamento de conduta (TAC) é um ato jurídico bilateral que tem natureza jurídica de título executivo extrajudicial, no qual o violador da norma reconhece que sua conduta ofende aos preceitos constitucionais e assume o compromisso de adequar seu comportamento.

O Ministério Público poderá celebrar termo de compromisso de ajustamento de conduta com o Poder Executivo objetivando o oferecimento da educação inclusiva e de suas ferramentas, nos respectivos sistemas de ensino.

Para os Entes Públicos que já ofertam a Educação Especial na rede de ensino, é possível firmar um termo de compromisso de ajustamento de conduta de expansão das matrículas dos alunos com deficiência no ensino regular e do atendimento educacional especializado em médio prazo, considerando as necessidades e possibilidades econômicas do Ente Público.

O termo de compromisso de ajustamento de conduta também poderá prever cláusulas específicas quanto à acessibilidade nas edificações escolares; à oferta de capacitação continuada para professores e servidores; à oferta do atendimento educacional especializado; à oferta de

89 MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa ...**, p. 473.

90 Código Penal. Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

91 Lei nº 7.853/1989. Art. 8º. Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

transporte acessível; à oferta de material pedagógico adaptado, treino de escrita em Braille e ensino de LIBRAS, entre outras.

O último instrumento de atuação do Ministério Público a ser retratado é a Ação Civil Pública, remédio constitucional constante na Lei nº 7.347/1985 para defesa de direitos transindividuais, proposta por diversos colegitimados, dentre eles o Ministério Público (Lei nº 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública, artigo 5º, inciso I).

A ação civil pública, por exemplo, é uma espécie de ação coletiva utilizada pelo Ministério Público para defender interesses transindividuais de crianças e adolescentes com deficiência, especificamente o direito à educação, conforme aplicação conjunta da Lei da Ação Civil Pública, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei nº 7853/1989, que versa sobre as pessoas com deficiência.

Assim sendo, verificada a inércia e omissão do Poder Público em prover o direito à educação das crianças e adolescentes com deficiência, poderá o Ministério Público valer-se do manejo de Ação Civil Pública para obter provimento jurisdicional favorável, em forma de título, que poderá ser executado caso o Poder Público descumpra a ordem judicial nele emanada.

Levando em consideração o caráter de indisponibilidade, tanto dos interesses das crianças e adolescentes, como dos interesses da pessoa com deficiência, o Ministério Público poderá ajuizar ação civil pública não só para a defesa dos interesses transindividuais, como também para a defesa de uma única criança ou adolescente com deficiência.

Essa atuação individual também se justifica, diante do significado que, por vezes, os casos particularizados podem ocultar uma violação em âmbito coletivo. É comum que a omissão do Poder Público, trazida ao conhecimento do Ministério Público por uma demanda individual, represente uma situação a ofender o direito de toda uma coletividade de crianças que, sequer, têm conhecimento de seus direitos. Possibilitando, assim, ao Ministério Público levar a concretização do direito, outrora violado, a um maior número de pequenos titulares.

A propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, a depender do caso concreto, não visa somente garantir a matrícula da criança e adolescente com deficiência na rede de ensino, mas também garantir a presença do aluno com deficiência na classe comum, o oferecimento do atendimento educacional especializado no contraturno do ensino regular e em todos os níveis de ensino, apoios estruturais garantindo a acessibilidade do alunado, bem como apoios pedagógicos, com adaptação curricular e professores especializados.

## **5. Avanços e desafios enfrentados pelos membros do Ministério Público**

Com o advento da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva do Ministério da Educação e a atuação do Ministério Público a fim de garantir sua implantação em todo o Brasil, o Censo Escolar a cargo do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) vem, anualmente, contabilizando considerável progresso nos

sistemas de ensino em relação às matrículas de estudantes da educação especial inclusos no ensino regular.

Com relação aos dados da educação especial, o Censo Escolar registra uma evolução nas matrículas, de 337.326 em 1998 para 700.624 em 2006, expressando um aumento de 107%. No que tange ao ingresso em classes comuns do ensino regular, verifica-se um crescimento de 640%, passando de 43.923 alunos em 1998 para 325.316 em 2006. De 2007 para 2010 passou-se a ter 484.332 estudantes matriculados em classes comuns do ensino regular, totalizando uma taxa de crescimento neste período de 37%. Pelo censo escolar realizado em 2013, existem 648.921 estudantes da educação especial, matriculados em classes comuns do ensino regular.<sup>92</sup>

Os dados estatísticos acima demonstram um crescente avanço do ideário de inclusão escolar e sua aquiescência e implantação nas escolas em todo o Brasil, pois as crianças e os adolescentes com deficiência, antes submetidas às classes especiais, estão progressivamente migrando para a rede regular de ensino, recebendo o atendimento educacional especializado no contraturno do período letivo regular, nos moldes dos valores fundantes da escola inclusiva, que preconiza que o aluno com deficiência não poderá ser privado do convívio social e que a escola deve se adaptar para receber esse aluno, e não o contrário.

Essa expansão da educação inclusiva se deve em parte ao trabalho árduo do Ministério Público de conscientização e de luta para garantir a todos uma educação de qualidade, por meio da cobrança de condições do Poder Público e das articulações com a comunidade escolar e com os Conselhos Estaduais e Municipais na perspectiva da educação inclusiva.

Para uma atuação eficiente, o Ministério Público deve funcionar como órgão articulador, mediador e protagonista no fomento das ações junto aos Conselhos Sociais que efetivamente possam contribuir para a expansão da educação inclusiva no maior número de instituições de ensino, abrangendo todos os níveis escolares, baseado na legitimidade advinda dos anseios da comunidade que está a representar.

Contudo, as notícias frequentes recebidas pelos membros do Ministério Público sobre a existência de criança ou adolescente com deficiência que teve o seu pedido de matrícula em instituição de ensino negado – seja ela pública ou privada – mas, especialmente nesta última, posto que as representações mais recorrentes nas escolas da rede pública de ensino referem-se à matrícula sem os necessários/indispensáveis apoios pedagógicos, entretanto demonstram que, apesar dos avanços mencionados, o cenário educacional está bem longe do ideal.

É fundamental, com a urgência que o assunto está a merecer, uma atuação mais estratégica do Ministério Público na área da educação, por exemplo, através de criação de Promotorias Especializadas na área de educação, de Grupos Especiais e até forças-tarefa de

---

92 INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopses Estatísticas da Educação Básica. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

atuação, de modo a desencadear uma ação simultânea em todo o território estadual, a conferir maior eficiência na concretização de suas atribuições constitucionais nessa área.

Em alguns Ministérios Públicos Estaduais, existe também o desafio dos membros do Ministério Público que atuam com insuficiência de recursos materiais e humanos, principalmente nas comarcas do interior dos Estados.

As Promotorias Especializadas na área de educação desempenham uma gama de atividades no campo preventivo que podem evitar futuros litígios e solucionar os problemas da sociedade de forma mais célere, conquanto impliquem em atividades fora do gabinete que, por vezes, vão além do expediente regular de trabalho.

Se as Promotorias atuantes na área de educação não possuem os recursos materiais e humanos necessários ao bom desempenho de suas funções, as atividades no campo repressivo podem ser prejudicadas pelo enorme dispêndio de tempo nas ações preventivas, principalmente no que se refere aos prazos processuais decorrentes da propositura de Ações Cíveis Públicas.

Torna-se imprescindível que a equipe de trabalho da Promotoria com atribuições na área de educação tenha à sua disposição todo o aparelhamento necessário para que as atividades nos campos preventivo e repressivo possam coexistir de forma harmônica, sem que o membro do Ministério Público seja obrigado a optar pela via repressiva, por falta de tempo para tentar compor o litígio extrajudicialmente.

Outro desafio enfrentado pelo Ministério Público na defesa do direito à educação das crianças e adolescentes com deficiência diz respeito à escassez ou ausência de destinação de recursos públicos, em razão da precedente inexistência de previsão orçamentária correspondente, que tem sido um dos grandes obstáculos para a concretização dos direitos sociais.

Diante das dificuldades financeiras enfrentadas pelo Poder Público, é comum a tese de defesa no sentido de que o Estado não pode arcar com todos os direitos sociais. Em oposição defende-se que existem certos direitos sociais que não estariam condicionados à existência de recursos públicos ou à reserva orçamentária, por serem considerados essenciais para uma vivência minimamente digna humana. É a tese do princípio da reserva o possível que se contrapõe ao princípio do mínimo existencial.

Sobre o respeito ao mínimo existencial em contraposição a reserva do possível elucidada Hirmínia Dorigan de Matos Diniz:

É certo que o processo de concretização dos direitos de segunda dimensão consubstancia-se em implementação sempre onerosa. Esta vertente da realização, contudo, não o legitima a desrespeitar a Constituição, mediante uma ação estatal desviada ou inércia governamental. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à concretude dos preceitos constitucionais,

ignorando seu dever de cumprimento que a própria Constituição lhe impôs, violará, negativamente, o texto constitucional.<sup>93</sup>

No que pertine à disponibilização do serviço educacional pelo Poder Público, o Supremo Tribunal Federal, no julgado ARE nº 639337 AgR/SP94, de relatoria do Ministro Celso de Mello, também identificou neste dever do Estado, um correspondente direito público subjetivo, que impõe ao Estado ônus financeiro para adimplir condições objetivas de acesso ao ensino.

Nesse julgado o Pretório Excelso manteve a condenação de município a criar vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos em unidade próximas de suas residências, entendendo que havendo insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, o Poder Público deverá proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial a fim de viabilizar a plena fruição de direitos sociais básicos, como o direito à educação.

Em outras palavras, como o direito à educação tem estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e pela importância que esse direito social tem na ordem jurídica pátria, os obstáculos financeiros não podem servir de justificativa para a não concretização da educação básica.

Inobstante, a efetivação de políticas públicas que levarão a uma educação inclusiva de qualidade num quadro de escassez de recurso exige que o membro do Ministério Público atue como mediador social, a impulsionar o Poder Público a gerenciar os gastos com a educação com observância irrestrita ao princípio da prioridade absoluta e, com maior razão, deverá fazê-lo em face da educação de crianças e adolescentes com deficiência. Vale dizer, é a prioridade, dentro da prioridade absoluta.

Mais um desafio a ser enfrentado pelo Ministério Público na atuação em defesa da educação inclusiva é a multiplicidade das necessidades educacionais dos alunos com deficiência. O atendimento educacional especializado a ser fornecido de forma individualizada vai depender do tipo de deficiência, se física, sensorial ou intelectual e do grau de comprometimento da aprendizagem em razão da deficiência.

A diversidade das necessidades específicas dos alunos com deficiência pressupõe número equivalente de formas de atendimento educacional especializado a serem desenvolvidas. Destarte, reclama-se uma adaptação cada vez maior dos estabelecimentos de ensino para atender as especificidades inerentes a cada tipo de deficiência e comprometimento, o que demanda maiores investimentos e recursos.

## 6. Considerações Finais

---

93 DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos. **O Direito Fundamental à Educação Infantil e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Curitiba, 2007. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

94 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo em Recurso Extraordinário 639337. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello, DJE, Brasília, 14 set 2011, p. 125



Muitas são as possibilidades de ações por parte do Ministério Público como órgão parceiro da Educação. No presente estudo foram elencadas algumas formas de atuação entendidas como mais relevantes. Contudo, essa enumeração é meramente exemplificativa, haja vista as normas residuais presentes nos diversos diplomas legais que tratam sobre esse assunto.

O Ministério Público deve buscar sempre dialogar com os principais atores ligados à comunidade escolar e com a sociedade em geral. Participando de discussões sobre a temática da educação inclusiva e formas para sua efetivação, como os representantes das Secretarias de Educação, com os membros dos Conselhos Estaduais e Municipais de Educação e das Pessoas com Deficiência, com os Conselhos Escolares, representantes de Organizações Não Governamentais (ONGs), representantes de pais, alunos e professores.

Mesmo com a participação efetiva do Ministério Público, a educação inclusiva exige envolvimento social, sendo certo que o Estado, a família e a sociedade têm papéis fundamentais a serem desenvolvidos. Somente levando em consideração essa perspectiva plural é que a prática na defesa do direito à educação das crianças e adolescentes com deficiência estará garantindo conquistas e, principalmente, contribuindo na construção de uma mentalidade cultural de inclusão de todos, apesar de suas diferenças.

É preciso reconhecer que, somente a articulação de diversas áreas que promovem e garantem o acesso à educação, pode favorecer a inclusão das crianças e adolescentes no sistema de ensino. No caso das pessoas com deficiência, essa qualidade exige um cuidado especial, pelas limitações e barreiras que uma infraestrutura social discriminatória pode agravar.

O Ministério Público pode fomentar a criação de uma rede de atuação em prol da educação inclusiva que viabilizará a reflexão conjunta sobre as barreiras e os desafios enfrentados e a busca de resultados efetivos da política de acesso e expansão da educação inclusiva.

Todas as questões expostas nesse estudo demonstram o importante papel desempenhado e, a desempenhar, pelo Ministério Público para garantir o direito à educação inclusiva de qualidade para as crianças e adolescentes com deficiência, seja atuando como articulador, fiscalizador ou mediador social. Como um legítimo agente político, nos termos concebidos pela Carta da República de 1988.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2003.

BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. **Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência: da Exclusão à Igualdade**. Curitiba: CAOPDI, 2001.

BRASIL. Ministério da Educação. **Nota Técnica nº 15/2010 MEC/CGPEE/GAB**. Disponível em: <[www.nre.seed.pr.gov.br/toledo/arquivos/File/.../Notatecnica15\\_2010.doc](http://www.nre.seed.pr.gov.br/toledo/arquivos/File/.../Notatecnica15_2010.doc)>. Acesso em 15 abr. 2015.

DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos. **O Direito Fundamental à Educação Infantil e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Curitiba, 2007. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

DIREITO INTERNACIONAL. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09 de dezembro de 1975. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec\\_def.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf)> Acesso em: 03 abr. 2015.

FEIJÓ, Alexandro Rahbani Aragão. **Direitos humanos e proteção jurídica da pessoa portadora de deficiência: normas constitucionais de acesso e efetivação da cidadania à luz da Constituição Federal de 1988**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2002.

FERREIRA, Maria Elisa Caputo; GUIMARÃES, Marly. **Educação Inclusiva**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

FONSECA, Vitor da. **Educação Especial**. 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

GOFFREDO, Vera Lúcia Flor Sénéchal. Educação: Direito de Todos os Brasileiros. In: **Salto para o futuro: Educação Especial: Tendências Atuais**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação a Distância, 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopses Estatísticas da Educação Básica. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>> Acesso em: 05 mar. 2015.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação com direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no Processo Penal**. 2002. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/0ay8ad.pdf>>. Acesso em: 01 abr.2015.

\_\_\_\_\_. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 703.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, **Recomendação nº 001/2013**. Disponível em: <[http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceduc/recomendacoes/recomendacao\\_001\\_2013\\_inclusiva.pdf](http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceduc/recomendacoes/recomendacao_001_2013_inclusiva.pdf)>. Acesso em: 09 mai.2015.

MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas Públicas e direito à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

## **A FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA E SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

**JÉSSICA KAROLINE PENA FERREIRA:**  
acadêmica de Direito

### **1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA**

O presente estudo propõe-se a analisar a realidade jurídica e social acerca do Sistema Penitenciário Brasileiro e a real aplicação do caráter ressocializador do cárcere, bem como possíveis soluções à crise penitenciária.

Pretende-se adentrar nas medidas utilizadas no Brasil para assegurar a função social da pena, e se de fato essa função ressocializadora é exercida, expondo determinados conceitos, características, problemas e posicionamentos de alguns juristas.

A justiça brasileira prende muito e prende mal, temos que prender apenas em casos estritamente necessários e buscar outras formas de pena, que admitam e julguem o delito praticado, ressocializar é a única forma eficaz para diminuirmos a população carcerária existente no Brasil.

A aplicação da função social da pena será o ponto principal de discussão e análise da presente pesquisa.

### **2 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL**

Do estudo referente às funções do Direito Penal, extraem-se duas teorias capazes de demonstrar as mais íntimas finalidades a respeito das penas. São elas, a Teoria Absoluta, também conhecida como retributiva, e a Teoria Relativa, que prevê um condensado entre prevenção especial e prevenção geral.

#### **2.1 Teoria Absoluta:**

Para a teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, um fim em si mesmo. Justifica-se pelo fato do agente ter cometido um crime, que deve ser punido independente de considerações utilitárias ou preventivas, significa punir tal agente com a mesma intensidade com a qual ele teria infringido uma determinada obrigação legal. Percebe-se que não há uma função específica da pena, é uma espécie de compensação, cumprindo o papel de reparação ou retribuição, mas se esgotando em tais funções. Portanto, para os adeptos da teoria absolutista, não é necessário descobrir uma finalidade para pena, ela se justifica ainda que não tenha uma finalidade preventiva.

De acordo com Paulo Queiroz, os principais defensores da Teoria Absoluta são Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que a partir de diversas ideias e pensamentos tentam

justificar o direito de punir. Para os dois pensadores, a justificação da pena é idealista. (QUEIROZ, 2008)

Para Immanuel Kant, a pena advém de uma necessidade absoluta de justiça, uma busca pela moral, independentemente de considerações preventivas ou utilitárias. Não há espaço para a busca de um fim socialmente útil, mas sim a retribuição de um mal anteriormente cometido. (KANT, 1993). Kant vê a pena como um imperativo categórico, sem que haja nenhuma finalidade ou fins políticos. O agente que comete um crime deve ser necessariamente castigado, "porque é preferível que morra um homem a perder todo um povo, pois, ao se desprezar a justiça, já não terá sentido a vida dos homens sobre a terra.". (KANT, 1993).

Georg Wilhelm Friedrich Hegel ao contrário de Kant, não entende que a pena resulte de um mandato absoluto de justiça, mas sim da necessidade da razão. Para Hegel "o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência, a pena é assim a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação)" (HEGEL, 1997). Portanto, para Hegel, a pena é necessária para a validade do direito, o que considera como uma necessidade lógica. Ele entende que toda violência ou coação é injusta, uma vez que atenta contra o direito de liberdade. O ato injusto é uma violência contra a existência da liberdade, sendo que manter essa violência como ação exterior é uma violência que suprime a primeira. Dessa forma, Hegel afirma que "a primeira coação, exercida pelo ser livre que lesa a existência da liberdade no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal, é o crime - juízo negativo em todo o seu sentido".(HEGEL, 1997)

Portanto, para a teoria Absoluta o fim da pena é desvinculado de qualquer efeito social, é independente. Porém a pena deve ser justa, é a retribuição de um mal que deve ser proporcional ao mal praticado.

## 2.2 Teoria Relativa

A teoria relativa se baseia no critério de prevenção e possui claramente um cunho finalista, uma vez que não vê a pena como um fim em si mesmo, e sim como um instrumento que leva a um determinado fim. A finalidade da pena seria, principalmente, a prevenção de novos delitos de caráter geral ou especial. Dessa forma a teoria relativa se baseia no critério da prevenção, que se subdivide em: prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva).

- **Prevenção Geral**

Negativa: é a prevenção que pode ser vista como uma intimidação geral, a qual pretende anular os impulsos que possam levar um cidadão a cometer um delito. É, portanto, uma prevenção por intimidação, uma vez que a pena aplicada a um determinado agente reflete em toda a sociedade. Por tal teoria, a finalidade da pena seria a prevenção de delitos por meio da coação psicológica, levando certo temor àqueles que devem respeito às normas penais, quais sejam, toda a coletividade.

Positiva ou integradora: tem o propósito de espalhar na sociedade a necessidade de respeito ao ordenamento jurídico, com o fim de promover a integração social.

a pena se presta não à prevenção de delitos, demovendo potenciais infratores, nem tampouco dissuadindo aqueles que já praticaram delito; seu propósito vai além: infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo a integração social finalmente. (QUEIROZ, 2008)

- **Prevenção Especial**

Busca-se pela prevenção especial evitar a reincidência, através da ressocialização ou reintegração social do agente. Dessa forma, a coletividade não é o destinatário final do direito penal, mas sim os infratores. Basileu Garcia entende que a finalidade do direito penal é conversão do criminoso em homem de bem (GARCIA, 2008). De acordo com Rogério Greco, a prevenção especial também se divide em negativa e positiva, sendo que para a primeira vertente, existe a "neutralização daquele que praticou a infração penal, com a sua segregação no cárcere" (GRECO, 2011). Dessa forma, a segregação do apenado do convívio social o impossibilita, ao menos momentaneamente, de praticar novos ilícitos penais. Já para a corrente positiva, que possui adeptos como Roxin, a finalidade da pena consubstancia na tentativa de fazer com que o agente desista de cometer futuros delitos. É a partir de tal teoria, que encontra-se "o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros." (GRECO, 2011)

### **2.3 Função do Direito Penal no Brasil**

É a teoria relativa de prevenção especial que possui a maior influência nas legislações contemporâneas, exercendo influência também legislação brasileira, visto que a Lei de Execução Penal preceitua em seu primeiro artigo, que a "execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal ou proporcionar condições para a harmonica integração social do condenado e internado".

Porém de acordo com o art. 59 do Código Penal, percebe-se a adoção de uma Teoria Mista ou Unificadora da Pena, conforme o dispositivo legal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Assim o legislador, na parte final do *caput*, conjuga a reprovação e prevenção do crime, acreditando que a união dos critérios de retribuição e de prevenção seria necessária para atender as finalidades da pena.

## **3 Das Penas**

### **3.1 Conceito de Pena – Histórico**

De acordo com Gilberto Ferreira da Silva (1995) não há uma origem certa da palavra pena, existindo diversas possibilidades a cerca da origem:

para uns, viria do latim *poena*, significando castigo, expiação, suplício ou ainda do latim *punere* (por) e *pondus* (peso), no sentido de contrabalançar, pesar, em face do equilíbrio dos pratos que deve ter a balança da Justiça. Para outros, teria origem nas palavras gregas *ponos*, *poiné*, de *penomai*, significando trabalho, fadiga, sofrimento e eus, de expiar, fazer o bem, corrigir, ou no sânscrito *punya*, com a idéia de pureza, virtude. Há quem diga que derive da palavra *ultio* empregada na Lei das XII Tábuas para representar castigo como retribuição pelo mal praticado a quem desrespeitar o mando da norma. *Apud* CARVALHO NETO, 2003, pág. 4.

O conceito de pena é amplo, abre margem a diversas interpretações, sem que para isso exista um conceito correto, certo. A pena vem sido aplicada desde a antiguidade, a primeira noção de pena que se tem notícia tem origem bíblica, logo no início, em Gênesis, Adão e Eva são punidos por terem comido do fruto proibido.

A pena também aparece durante a Era primitiva, tinha função reparatória, com a finalidade de uma suposta retratação com certa divindade. Posteriormente na Lei Mosaica foi introduzida a chamada "Pena de Talião", que pode ser considerada uma evolução no sistema penal, uma vez que certa noção de proporcionalidade foi inserida naquela legislação. A expressão Talião vem do latim *talis*, que significa tal, semelhante, igual, demonstrando que a pena deve ter igual retaliação ao mal causado. A pena possui ainda papel fundamental no Direito Romano e Idade Média, caracterizado pela crueldade na execução das penas, que na maioria das vezes eram corporais, objetivando tão somente uma espécie de intimidação e vingança social.

Na época do Iluminismo, a pena, de igual maneira, teve papel fundamental. Passou a ter um fim utilitário, conforme Cesare Beccaria, a pena só é justa quando necessária, afirmando que:

Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande MONTESQUIEU, é tirânica, proposição esta que pode ser assim generalizada: todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir os delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares (...)

(...) Por justiça entendo o vínculo necessário para manter unidos os interesses particulares, que, do contrário, se dissolveriam no antigo estado de insociabilidade. Todas as penas que ultrapassarem a necessidade de conservar esse vínculo são injustas pela própria natureza. BECCARIA, 2005

Há ainda a noção de pena na Escola Positiva, que coloca o homem como centro do Direito Penal e que dá à pena a finalidade de ressocialização. A pena era um instrumento de reintegração do delinquentes à sociedade.



### **3.2 A Pena no Brasil:**

A história do direito penal brasileiro iniciou-se desde a época do descobrimento, quando se passou a utilizar as regras do direito português. Até a proclamação da independência vigoravam no Brasil as Ordenações Afonsinas. Em 1824, com a edição da primeira Constituição, houve a criação de um Código Criminal, que declarou expressamente o fim das penas injustas e cruéis. Já com o Código Criminal do Império, publicado em 1830, foi reduzido o número de crimes punidos com morte, de setenta crimes com penalidade sujeitas a enforcamento, ficaram apenas três, quais sejam: insurreição de escravos, homicídio com agravante e latrocínio.

A partir da Proclamação da República, as normas penais foram se tornando, ainda que paulatinamente, mais humanas e justas. A Constituição de 1946 se preocupou em restaurar direitos e liberdades individuais, proibiu a pena de morte, prisão perpétua, banimento e confisco. Vejamos no art. 141 da Constituição de 1946:

Art. 141 - parágrafo 31: Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. (...)

Já em 1984, com a reforma na parte geral do Código Penal de 1940, foi abolido o sistema chamado "duplo binário", as penas acessórias e a pena de publicação de sentença. Atualmente são três os tipos de penas previstos no ordenamento jurídico: pena de multa, pena restritiva de direitos e pena privativa de liberdade.

Diante do histórico da aplicação das penas, percebe-se que, ainda que tenuamente, a pena de prisão é um avanço considerável diante de tamanha crueldade e injustiças ao longo da história. Não que o modelo punitivo atual esteja perfeito, ao contrário, longe disso, mas certamente, em comparação aos tempos passados, houve sim uma melhoria, ainda que singela.

### **3.3 Espécies de Penas**

De acordo com o art. 32 do Código Penal Brasileiro, as penas são:

- I - privativas de liberdade;
- II - restritivas de direitos;
- III - de multa.

Porém ao analisar o disposto na Constituição Federal a respeito das espécies de penas, observa-se um rol maior do que aquele previsto no código penal. Prevê o art. 5º, nos incisos XLVI e XLVII que:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Conforme preceitua Inácio de Carvalho Neto, quanto à análise do inciso XLVI, observa-se que desde já, há um certo descompasso entre a Constituição Federal e o Código Penal, porque, como é de fácil percepção, o Código não estabelece todas as penas arroladas no rol constitucional mínimo, que é um dispositivo programático, carecendo de regulamentação infraconstitucional.(CARVALHO NETO, 2013). Ele ainda entende que pela redação de tal inciso, nada impede que a lei venha criar outras penas que não as previstas constitucionalmente, desde que, obviamente, não incidam na proibição do inciso XLVII.

### **3.3.1 Pena de Multa**

A pena de multa é uma espécie de pena pecuniária que teve origem na antiguidade do direito penal. Julio Fabbrini Mirabete afirma que a pena de multa pode ser vista como um instrumento destinado a evitar o encarceramento, por prazo de curta duração, dos autores de ilícitos penais que não apresentem maior gravidade. (MIRABETE, 2011).

A pena de multa pode ser aplicada isoladamente, alternativamente ou cumulativamente. Poderá ser uma alternativa à pena privativa de liberdade ou ainda, poderá ser cumulada a ela.

Conforme disposto no do art. 49 do Código Penal Brasileiro:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária.

Calcula-se a pena de multa pelo sistema de dias-multa, que será equivalente a certo valor pecuniário, variável de acordo com a situação econômica do condenado. No cálculo do valor devido, leva-se em conta não só o salário, mas sim toda e qualquer renda, bens e capitais apurados na data do fato. De acordo com Luis Regis Prado, a principal vantagem do sistema de dias multa está no fato dele servir para graduar a gravidade da pena e calcular uma possível pena privativa de liberdade, caso o condenado não efetue o pagamento da multa. (REGIS, 2011). Tal critério é ainda vantajoso por não se sujeitar ao grave problema gerado pela inflação.

### **3.3.2 Pena Restritiva de Direitos**

Pode se dizer que as penas restritivas de direito são, na verdade, alternativas à prisão, evitando-se assim os efeitos negativos intrínsecos ao cárcere. A pena restritiva de direitos é, portanto, a restrição de outros direitos que não o direito de liberdade.

As penas restritivas de direitos não são acessórias, mas autônomas. Podem ser aplicadas independente de outras (art. 44 do CPB) e possuem a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída (art. 55 do CPB). De acordo com o art. 44 do Código Penal Brasileiro, as penas restritivas de direitos substituem as penas privativas de liberdade fixadas em quantidade não superior a quatro anos se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.

O inciso II do art. 44 do Código Penal também pressupõe que é necessário que o réu não seja reincidente em crime doloso. Caso o condenado seja reincidente em crimes culposos ou pela prática de crimes doloso e culposo, o magistrado poderá optar pela substituição, se a medida for socialmente recomendável, desde que a reincidência não se tenha dado em virtude da prática de mesmo crime. É ainda necessário que tal substituição seja suficiente, conforme esclarece o inciso III do mesmo artigo, para que os critérios de reprovação e prevenção do crime sejam atingidos.

Os crimes Hediondos e nos a ele equiparados exigem o cumprimento integral da pena em regime fechado, o que se torna impossível sua substituição por qualquer uma das medidas restritivas de direitos, ainda naqueles crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Os tipos definidos em lei das penas restritivas de direitos serão mais detalhadamente abordadas no presente estudo no tópico referente às alternativas penais.

### 3.3.3 - Pena Privativa de Liberdade

As penas restritivas de liberdade são aquelas que restringem a liberdade do condenado, sendo-lhe imputado a obrigação de permanecer em determinado estabelecimento prisional. O código penal prevê duas penas privativas de liberdade, quais sejam: Reclusão e Detenção.

O art. 33 do Código Penal dispõe:

#### DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

##### Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação

do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

### **3.3.4 Regimes Prisionais**

O regime inicial para a execução da pena privativa de liberdade é estabelecido na sentença de condenação. É o juiz que, observando a natureza, quantidade da pena e reincidência, estabelece o regime inicial de cumprimento de pena, de acordo com os artigos 33 do Código Penal e 110 da Lei de Execuções Penais.

Como estabelecido na lei (parágrafo 2º do art. 33 do CPB), o regime inicial para os condenados à pena de reclusão reincidentes será sempre o fechado, mas a jurisprudência dominante entende que, não havendo proibição expressa, pode ser fixado o regime inicial semi-aberto ao condenado reincidente, desde que sua pena não ultrapasse a 04 (quatro) anos. Se não for o condenado reincidente, mas a pena aplicada superior a 8 (oito) anos, o regime inicial também será fechado, obrigatoriamente.

Poderá ser fixado o regime inicial semi-aberto se a pena arbitrada for entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos, e será o regime aberto se a pena não exceder a 4 (quatro) anos. Observe-se que o juiz só deve optar pelo regime semi-aberto ou aberto se as condições do condenado forem compatíveis com o tratamento menos severo. Ou seja, o magistrado não é obrigado a fixar o regime aberto a um condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, se as condições pessoais do agente não forem adequadas ao tipo de regime mais brando. Por exemplo, se for o agente de alta periculosidade, possuir desvio de comportamento moral, perversão, dentre outros, poderá ser ele direcionado ao regime fechado. Observe-se, porém, que a decisão do magistrado deverá sempre ser fundamentada, informando expressamente os motivos que o levaram a fixar determinado tipo de regime inicial. Dessa forma, fica claro que o regime inicial não depende exclusivamente da quantidade de pena fixada, mas sim das circunstâncias judiciais da fixação da pena-base, previstas no art. 59 do Código Penal.

### **3.3.5 Aspectos da Prisão**

A prisão, segundo Guilherme de Souza Nucci é "a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere.". (NUCCI, 2013, p. 31).

De acordo com Rodrigo Tôres de Oliveira e Virgílio de Mattos (2009), a prisão teve diferentes funções de acordo com o momento político vivido. Para eles, três são os períodos:

- Até o século XVIII: Punir
- Século XIX: Vigiar
- Século XX: Controlar

Antigamente as punições visavam o corpo, os mais cruéis castigos corporais foram registrados em séculos passados. Sérgio Sobrinho, preleciona que a pena de prisão começa a surgir com a alteração do foco da punição. Para ele os castigos corporais são substituídos pela privação do tempo do condenado, pois desde o ponto de vista das idéias, a partir do século XVI se começa a valorizar a liberdade e se impõe progressivamente o racionalismo. Extrai-se ainda da obra de Sérgio Sobrinho que:

A partir do Século XX, o aprisionamento passou a ser forma prioritária de distribuição de castigos. Para Bentham, a prisão era o castigo ideal porque a perda da liberdade seria sentida por todos. O ideal de liberdade estava começando a se implantar, e esta se tornava um dos bens mais preciosos para os homens. Com o aprisionamento, seria possível extrair esse bem de todos, com a vantagem de ser possível calcular essa extração em anos, meses e dias. Por isso, Bentham também considerava que, em termos de exemplo para a sociedade, a prisão tinha mais utilidade. (SOBRINHO, 2007, p.64)

Há doutrinadores que não acreditam na efetividade do aprisionamento. Para eles a prisão apenas possui efeitos maléficos tanto para a sociedade quanto para o condenado. Cezar Roberto Bitencourt afirma que "a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios degradações". (BITENCOURT, 2011)

#### **4 Sistema Progressivo: busca pela reinserção social**

O Código Penal de 1940 adotou o sistema progressivo, que previa um período inicial de isolamento absoluto por um prazo não superior a três meses na pena de reclusão, posteriormente era dada a possibilidade de trabalho em estabelecimento penal ou em obras de serviço público, ou, ainda, de transferência para colônia penal e, finalmente, seguia-se ao livramento condicional. Após diversas mudanças no código, a Lei nº 7.209 excluiu todo o período inicial de isolamento, estabelecendo as três espécies de regime (fechado, semi-aberto e aberto), determinando que as penas devem ser executadas de maneira progressiva, segundo as condições do condenado, não impossibilitando que as penas fossem iniciadas em algum regime mais brando.

A progressão nada mais é do que um dos meios que o legislador encontrou na tentativa de aplicar a verdadeira finalidade da pena, ou seja, a reinserção social. Julio Fabbrini Mirabete afirma que "o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário". (MIRABETE, 2000, p.327)

Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho aduz que:

A progressão de regime, de acordo com a legislação penal vigente, faz parte do processo de readaptação do indivíduo à sociedade livre. Para tanto é necessário o tratamento pessoal do condenado (processo de individualização da pena), a fim de que as funções da prisão sejam atendidas, principalmente a da ressocialização. Assim, deve-se perceber que



mesmo dentro da ideologia penal dominante, e seus pressupostos fundamentais, a pessoa criminalizada deve receber tratamento adequado para sua readaptação social, e que a progressão de regime (...) faz parte da promessa de se alcançar a reinserção social. (SOBRINHO, 2007)

Sérgio Sobrinho entende, ainda, que o sistema progressivo caracteriza-se pela "adoção da ideologia do tratamento da "cura" dos criminosos".

O art. 112 da Lei de Execuções Penais estabelece a progressão nos seguintes termos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Dessa forma, a progressão é a transferência do condenado de regime mais severo a outro menos severo, desde que seja demonstrada a existência de condições de adaptação ao regime menos rigoroso. Observe-se que a lei também prevê o contrário, ou seja, a regressão, quando o condenado demonstra inadequação ao regime mais brando, sendo necessário sua transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso.

A progressão deve ser efetuada por etapas, não se permitindo que o condenado passe do regime fechado para o aberto, sendo necessário, obrigatoriamente, a passagem pelo regime intermediário, qual seja, o semi-aberto. Pressupõe a Lei ainda, que é necessário um cumprimento mínimo de pena no regime inicial fixado pelo juiz.

A Lei de Execuções Penais, ao prever a progressividade, entendeu ser inviável a ressocialização do condenado dentro do ambiente completamente isolado. Com a progressão, foi viabilizado ao condenado a possibilidade de se conquistar uma certa confiança do Estado, a partir da demonstração de sinais de modificação de comportamentos.

É o que diz a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, ao se referir à progressividade de regime:

119. A progressão deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, cuja

decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação. Quando se tratar de condenado oriundo do sistema fechado, é imprescindível o exame criminológico (art. 111 e parágrafo único).

120. Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução.

Assim, a progressão é alcançada a partir do próprio interesse do delinquente, que deve demonstrar a capacidade de adequação em um regime menos rigoroso. Porém, é necessário destacar que o próprio Estado deve se utilizar de artifícios a fim de que essa mudança de comportamento seja alcançada, tais como ensinamentos e aperfeiçoamento profissionalizantes.

#### **4.1 Estabelecimentos Penais**

Os estabelecimentos penais devem cumprir com as obrigações dispostas em lei no que diz respeito à adequação do estabelecimento e da necessidade da pena aplicada. Dessa forma, é dever do Estado propiciar uma estrutura adequada para que se tenha garantia que as sanções penais sejam efetivamente aplicadas.

É no art. 82 da Lei de Execução Penal que se trata a respeito dos estabelecimentos penais.

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

§ 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

O Ministério da Justiça conceitualiza as variadas espécies de estabelecimentos penais existentes em nosso ordenamento jurídico, são eles:

a) Estabelecimentos Penais: todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar pessoas presas, quer provisórios quer condenados, ou ainda aqueles que estejam submetidos à medida de segurança;

b) Estabelecimentos para Idosos: estabelecimentos penais próprios, ou seções ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, destinados a abrigar pessoas presas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou os que completem essa idade durante o tempo de privação de liberdade;

c) Cadeias Públicas: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima;

d) Penitenciárias: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado;

d.1) Penitenciárias de Segurança Máxima Especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados exclusivamente de celas individuais;

d.2) Penitenciárias de Segurança Média ou Máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas;

e) Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semi-aberto;

f) Casas do Albergado: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana;

g) Centros de Observação Criminológica: estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológico, cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa;

h) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas submetidas a medida de segurança. (BRASIL,2014)

## **5 DIREITOS DOS PRESOS**

De acordo com Luis Regis Prado, "sempre que existir um direito que assista ao condenado, este representará um dever a ser cumprido por parte do Estado". (PRADO, 2011, p.70). É a própria lei que determina os direitos pertencentes aos condenados, sendo que tais direitos constituem uma obrigação, um dever, que devem ser respeitados pelo Estado e autoridades públicas. É bem verdade que, o condenado possui todos os direitos que lhe pertenciam antes de sua condenação, exceto os direitos que forem atingidos pela privação de sua liberdade, conforme disposto no art. 38 do Código Penal Brasileiro "o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral". A mesma idéia é ainda reafirmada no art. 3º da Lei de Execuções Penais, "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei."

Tais direitos são, portanto, os que naturalmente emanam do ser humano em razão da dignidade humana. São direitos como integridade física, moral, segurança, igualdade, justiça e paz, em que toda pessoa faz jus, necessariamente. Dessa forma, por estar privado de sua liberdade o preso é impossibilitado de usufruir da totalidade dos direitos previstos constitucionalmente e legalmente, porém, não significa que ele perde, além dos direitos inerentes à liberdade, sua condição de pessoa humana e todos os demais direitos não atingidos pelo encarceramento.

O art. 41 da Lei de Execução Penal traz o rol de direitos do preso:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Todos os direitos previstos no art. 41 da Lei de Execução Penal são imprescindíveis para que o preso possa cumprir sua condenação com dignidade, com o intuito de ser, futuramente, reintegrado no convívio em sociedade.

### 5.1 Fé e Religião - Um direito do preso

O acesso à fé, através da religião, não é uma mera prerrogativa de determinados presos. Ao contrário, é um direito como outro qualquer, o de assistência religiosa. A fé é um dos direitos do preso que mais contribuem para a sua ressocialização e à consequente desvinculação de atitudes criminosas, que dificultam seu retorno ao crime.

A ideia do uso da religião como uma forma de conscientizar os presos é usada desde a antiguidade e possui lugar até mesmo nas Regras Mínimas da ONU, que asseguram a assistência religiosa nos estabelecimentos prisionais. De acordo com Mirabete:

Em pesquisa efetuada nos diversos institutos penais subordinados à Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo por um grupo de trabalho instituído pelo então secretário Manoel Pedro Pimentel, **concluiu-se que a religião tem, comprovadamente, influência altamente benéfica no comportamento do homem encarcerado, e é a única variável que contém em si mesma, em potencial, a faculdade de transformar o homem encarcerado ou livre.** (grifos nossos) (MIRABETE,2008)

Dessa forma, a fé tem sim um papel forte na luta do Estado pelo fim da reincidência, contribuindo, em grande parte, para a reintegração do preso no meio em que vive principalmente nos ambientes religiosos.

## 6 FINALIDADES DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - LEI Nº 7.210/84

O direito penal não teria sentido algum se não houvesse uma maneira que viabilizasse sua aplicação. Como já destacado no presente estudo, a prática de um ato delitivo por determinado agente, faz com que nasça para o Estado o dever de punir, e é justamente a Lei de Execução Penal que dá vida à sanção penal.

O objeto da Execução Penal é de suma importância, sendo destacado logo no primeiro artigo da Lei nº 7.210. Eis o teor do dispositivo:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a **harmônica integração social do condenado e do internado.** (grifos nossos)

Dessa forma, a execução penal tem por objetivo, além de cumprir o que foi determinado pelo juiz, tem-se ainda, o objetivo de proporcionar uma integração do condenado ao meio social. Luiz Regis Prado a respeito da finalidade da LEP destaca que:

vê-se, claramente, pela disposição do art. 1º da Lei em comento [LEP], que o legislador brasileiro adotou um dos postulados da *Novíssima Defesa Social*, ao dispor que o objetivo da execução penal não se limita ao cumprimento de pena, já que também deve propiciar ao condenado condições para seu retorno harmônico à sociedade. (PRADO, 2011, p.32)

Dessa forma, a reinserção do condenado no convívio harmônico em sociedade configura um dos principais objetivos da Execução Penal, sendo que é o Estado quem deve proporcionar os meios adequados para que o verdadeiro objetivo da lei seja alcançado.

Vale ressaltar, ainda, que a busca pela reinserção do condenado ao convívio social não é somente destacado no art. 1º da Lei de Execução Penal, ao contrário, a LEP, por diversas vezes, menciona as condições indicadoras da reinserção e a importância do tratamento humanitário que deve ser dedicado aos presos.

## **7 APLICAÇÃO DA FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA**

Como já abordado no presente estudo, a preocupação com a ressocialização do condenado é proveniente da Teoria da Prevenção Social da pena, que visa transformar um criminoso em um não criminoso e inseri-lo na sociedade.

Ressocializar significa reintegrar uma pessoa novamente ao convívio social, tornar-se sociável aquele que se desviou por meio de condutas reprováveis pela sociedade. Qualquer processo de socialização pode ser considerado ressocialização desde que implique uma mudança por aquele que se deixa ressocializar. O papel ressocializador da pena procura reduzir os níveis de reincidência, ajudando na consequente recuperação do preso, por meio de medidas que auxiliem sua educação e capacitação profissional, visando também sua conscientização psicológica e social.

Dos problemas existentes no Sistema Penitenciário Brasileiro, a carência ressocialização é a principal mazela existente. Evidentemente a "pena" que tem sido atualmente aplicada não ressocializa, ou pelo menos, não tem ressocializado. Afirma Mirabete (2008, p. 26) ao citar Bitencourt que:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. (...) A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação. (MIRABETE, 2008, p.26)



Diante dos dados atuais a respeito da prisionização no Brasil, resta evidente que a pena por si só não é capaz de reintegrar o condenado no meio social. Para se alcançar um mínimo de reintegração é necessário conjugar fatores, tais como ações promovidas pelo Estado, pela sociedade e pela própria família do apenado.

O intuito da ressocialização é trazer dignidade, resgatar o detento das profundezas de sua rejeição, aconselhar e dar condições para o seu retorno à sociedade. Certo é que aquele que cumpre uma pena, obviamente está pagando por um mal que cometeu. Porém um criminoso, por mais cruel que seja, ainda assim possui o direito à ressocialização, ainda merece uma chance, um recomeço. Dessa forma, não pode o Estado deixar de cumprir as normas que lhe são impostas, ou seja, se é dever da Administração Pública promover a ressocialização do preso, esta norma, assim como qualquer outra, deve ser cumprida. Rogério Greco preleciona que:

(...) o Estado quando faz valer o seu *ius puniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. **O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal.** Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. (grifos nossos) (GRECO, 2011, p. 125)

Um bom medidor para majorar a aplicação da função ressocializadora no sistema carcerário brasileiro é a averiguação dos índices de reincidência. Ora, reincidência e ressocialização são preceitos que se comunicam. Um egresso que é devidamente ressocializado não se dedica à prática delitiva. E se a lei de execução penal pressupõe que uma das finalidades da pena de prisão é a ressocialização, o Estado fica responsável por ressocializar. Logo, se existem altos índices de reincidência, é ao Estado que se deve atribuir tal responsabilidade.

Augusto Thompson (2000. p. 8) problematiza a questão acreditando ser a causa do insucesso carcerário proveniente do Estado, argumentando que:

Toda vez que um detento consegue escapar das grades será, necessariamente, instaurado um inquérito, visando a descobrir as causas e as responsabilidades referentes ao fato. **Nunca ninguém se lembrou em adotar medida semelhante para cada caso em que um indivíduo, posto em liberdade, após submeter-se ao trabalho intimidativo e curativo da prisão, a ela retorna por força de reincidência. Não obstante, há aí prova sobeja de que a instituição fracassou e seria curial averiguar as causas e as responsabilidades do insucesso,** se tal é a medida que se toma relativamente a uma falha observada quanto à operação dos meios. (grifos nossos) (THOMPSON, 2000, p. 8)

Dessa forma, incumbe ao Estado adotar medidas capazes de materializar a ressocialização, que tornem viável o retorno do apenado ao convívio social, além de tornar sua estadia no cárcere mais humana e digna.

## 8 -A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Conforme já abordado no presente estudo, a finalidade da pena de prisão divide-se em:

- punir o mal causado pelo delinquente
- prevenir a prática de novas infrações
- regenerar o preso, buscando reinseri-lo no meio social

Em que pese o esforço dedicado pelo legislador em elaborar uma norma penal que vise a ressocialização do preso, o Sistema Penitenciário Brasileiro atual não cumpre, sequer um mínimo, das normas definidas pela Lei de Execução Penal. É gritante a distância entre os preceitos da Lei e sua aplicação na prática. No mesmo sentido assevera Julio Fabbrini Mirabete:

São totalmente divergentes o processo de valoração da culpabilidade que é o fundamento jurídico se submeter o condenado ao cumprimento da sanção, necessário à fixação da pena, e a execução desta, teleologicamente destinada a promover aptidão do condenado a uma convivência social sem violação do direito. Assim, o chamado processo penal de execução, e especialmente o das medidas privativas de liberdade, é, na verdade, um procedimento não só afastado essencialmente de muitos princípios e regras de individualização, personalidade, proporcionalidade da pena etc., como também um sistema em que a prisionização modela valores de interesses opostos àqueles cuja ofensa determinou a condenação. (MIRABETE, 2008, p. 27)

Durante muito tempo acreditou-se que a prisão seria o meio mais eficaz para que se alcançasse de fato a reforma do delinquente. Atualmente, em virtude dos resultados insatisfatórios que a pena de prisão tem demonstrado, deixou-se de acreditar na prisão tradicional. A percepção de que o Sistema Penitenciário está em crise é clara, transparente. Essa crise é ainda mais profunda no que diz respeito ao papel ressocializador da pena. Ora, é perceptível o fato de que um condenado, que cumpre sua pena nos estabelecimentos prisionais atuais, retorna à sociedade do mesmo jeito ou ainda pior. Cezar Roberto Bittencourt, tratando do assunto como "Falência da Prisão", que deu origem a obra de mesmo nome, ressalta a prisão como um "fator criminógeno", aduzindo que:

Um dos argumentos que mais se mencionam quando se fala na falência da prisão é o seu efeito criminógeno. Muitos autores sustentam essa tese, que, aliás, já havia sido defendida pelos positivistas e que se revitalizou no II Congresso Internacional de Criminologia (Paris, 1950). **Considera-se que a prisão, em vez de**

**frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. (grifos nossos) (BITTENCOURT, 2011, p.165)**

Assim, é evidente que o sistema do jeito que está não gera nenhum efeito positivo sobre o apenado, ao contrário, o qualifica ainda mais como um delinquente.

### **8.1 Incompatibilidade da Tríplice função da Pena de prisão**

Há autores que acreditam que o insucesso do sistema penitenciário brasileiro se encontra na incompatibilidade das próprias funções da execução penal. A tríplice finalidade da prisão não levaria à regeneração do preso, uma vez que nenhuma punição, aliada à intimidação seria capaz de transformar um criminoso em um não criminoso. Ou seja, essa combinação de objetivos (punir, intimidar e ressocializar), trazidas pela Lei de Execução penal, se apresenta um tanto quanto paradoxal. Augusto Thompson assevera que "Punir é castigar, fazer sofrer. A intimidação, a ser obtida pelo castigo, demanda que este seja apto a causar terror. Ora, tais condições são reconhecidamente impeditivas de levar ao sucesso uma ação pedagógica [ação regeneradora]." (THOMPSON, 2000. p. 5)

Porém até mesmo Thompson, ao questionar o motivo de não se criar uma penitenciária que fosse exclusivamente regeneradora, excluindo-se a função punitiva, responde negativamente, entendendo que seria contraditório e inviável pensar em uma prisão não punitiva. E de fato é. Desde a infância aprende-se que não se deve fazer algo errado sob pena de ser castigado, ou mesmo que deve-se comer toda a refeição, caso contrário a sobremesa é restringida. Assim, pode-se dizer que a punição também faz parte do aprendizado. Há sim eficiência naquilo que é punido. A punição é, na verdade, uma necessidade se se quer buscar uma verdadeira regeneração do delinquente.

Outro argumento que indica a ineficácia da pena privativa de liberdade é o fato de ser incongruente buscar ressocialização a partir de um ambiente completamente antissocial. Ora, não existe social em algo que é imaneente antissocial, o que torna paradoxal a busca pela ressocialização a partir da prisão.

### **8.2 Estigmatização dos presos**

A pena atualmente mais estigmatiza do que ressocializa, fazendo-se o papel inverso daquele fim que era para ser atingido. Ou seja, ao invés de limpar o condenado, a pena o marca para sempre na figura de um "preso", um criminoso. Na verdade, não é necessário sequer ser condenado, o simples contato que o indivíduo possa possuir com um processo criminal já traz para si uma marca profunda.

Seguindo este mesmo raciocínio, Cezar Roberto Bitencourt na obra *Falência da pena de prisão*, considera ser tão grande a ineficácia da prisão que não vale a pena sua reforma, pois

manteria para sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais. Para tanto, cita um trecho da obra de Stanley Cohen:

Não acredito na bondade da privação da liberdade, porém, enquanto esta for uma realidade necessária, a sua execução, a médio prazo, continua sendo um problema jurídico. No entanto, renunciar atualmente às práticas terapêuticas e perder, sob o ponto de vista criminológico, o tempo de reclusão é, sem dúvida, uma insensatez. Voltar às teorias absolutas e ao retribucionismo mecânico não responde nem às exigências político-penitenciárias nem às condições científico-sociais e estatais... A única solução é, como sustenta Baratta, a drástica redução da prisão àqueles caso em que não há outra resposta possível. (COHEN, 1975)

### **8.3 Condições Precárias e Superlotação Carcerária**

Outro prisma a ser levantado a respeito da crise vivenciada pelo Sistema Penitenciário consiste na precariedade das condições básicas, materiais e humanas, presentes nos estabelecimentos prisionais. Os presos estão submetidos às mais precárias e degradantes situações, o ambiente carcerário chega a ser escatológico e cruel. São várias as deficiências prisionais existentes, que, em conjunto, constroem um sistema carcerário doentio e desumano.

A questão da superlotação talvez seja um dos maiores problemas enfrentados pelo sistema carcerário brasileiro. O excesso de presos impossibilita a aplicação ampla da Lei, violando-se, assim, os direitos legalmente previstos. Com a população excessiva o Estado perde o controle, e reduz extremamente o aproveitamento dos benefícios que o cárcere, teoricamente, poderia trazer. Outro aspecto maléfico trazido pelo problema da superlotação é a falta de privacidade a que o preso é submetida, o que facilita e aumenta em grandes proporções a quantidade de abusos sexuais. É possível perceber até mesmo certo tipo de tráfico sexual, em que, normalmente, são os recém-ingressos que são cruelmente abusados, passando-se pelos mais sórdidos constrangimentos diante do homossexualismo indesejado.

Além da superlotação, problemas como falta de higiene, deficiência nos serviços médicos, farmacêuticos e odontológicos, alimentação precária, ambiente violento originado tanto pelos agentes penitenciários quanto pelos presos, exploração, tráfico de drogas, condições precárias de trabalho, são o que, em conjunto, levam à falência do Sistema Carcerário Brasileiro.

Cezar Roberto Bitencourt, ainda falando sobre o caráter criminológico já citado, o classifica em três fatores: materiais, psicológicos e sociais. Para ele, os fatores materiais são causados em virtude da precária situação dos estabelecimentos, celas e alojamentos, em conjunto com péssima alimentação oferecida aos presos e pela falta de higiene, que contribuem fervorosamente para o desenvolvimento em massa de doenças, principalmente a tuberculose. Os fatores psicológicos se resumem na própria natureza da prisão. (BITENCOURT, 2011, p. 165). Bitencourt chega a afirmar que a prisão aprofunda no recluso suas tendências criminosas, em virtude de estar em um ambiente de dissimulação e astúcia. Há ainda os fatores sociais, uma vez que a partir do momento em que o recluso é impedido de conviver no meio social, ele perde sua adaptação no ambiente em liberdade, tornando-se gradativamente inviável seu retorno à sociedade.

#### **8.4 A sociedade e o egresso**

Outro aspecto fomentador da crise do Sistema Penitenciário Brasileiro se consubstancia na própria sociedade. Ainda que a prisão fosse de fato ressocializadora, ainda que o Estado fosse capaz de aplicar todas as normas previstas na Lei de Execução penal, ainda assim, a sociedade não estaria preparada para receber um egresso. Uma pessoa, mesmo após ter cumprido toda sua pena, pagando seu débito para com o Estado, ainda continua sofrendo os efeitos segregatórios do cárcere. A prisão eterniza seus efeitos afetando a reconstrução de rotinas simples do dia a dia, afeta o vínculo empregatício, social, familiar e de lazer. Independente do crime cometido, a sociedade não está preparada para receber um ex-detento.

De acordo com Isadora Liz, foi elaborada uma pesquisa pela Fundação Perseu Abramo, que para 21% dos brasileiros, os ex-presidiários são o grupo que as pessoas menos gostariam de encontrar ou ver. Os ex-presidiários despertam repulsa ou ódio em 5% dos brasileiros, antipatia em 16% e recebem a indiferença de 56% dos entrevistados. Isadora afirma ainda que:

As pessoas ficam indiferentes diante dos ex-detentos, outras são repulsivas e algumas possuem até ódio, dados estes comprovados em pesquisas. Mas, a postura diante do ex-detento tem que ser diferente, não se pode ser preconceituoso já que dessa forma não se dá chance para o ex-detento se ressocializar, de se redimir com a sociedade. E a única opção que resta a esse, é voltar a praticar atos ilícitos. Logo, é importante tratar o ex-detento de forma respeitosa como se fosse qualquer outra pessoa, até porque ele está ali, tentando se inserir no convívio social da melhor forma, trabalhando de modo honesto. Não se deve dificultar isto, criar obstáculos, isso não só atrapalha ao ex-detento, mas também a sociedade como um todo. (LIZ, 2011)

#### **8.5 Uso indiscriminado da Prisão Provisória**

Um fator também importante que contribui, em muito, para a crise prisional é o número excessivo de prisões provisórias que assolam os estabelecimentos prisionais brasileiros. Hoje em dia, a prisão preventiva tem sido decretada como se fosse a regra do ordenamento jurídico, ao contrário do que preleciona nosso Código de Processo Penal, uma vez que o cárcere provisório é medida excepcional, que deve ser usada em último caso e com a devida fundamentação do juiz.

O abuso da decretação preventiva já vem sendo combatida até mesmo pelo Superior Tribunal Federal, uma vez que o Ministro Ricardo Lewandowski apresentou, um projeto ao Ministério da Justiça, que tem como objetivo reduzir a superpopulação nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Tal projeto propõe que os magistrados de primeira instância tenham de fundamentar mais especificamente o motivo pelo qual estariam decretando a prisão preventiva, e não a decretação de medidas cautelares, previstas em lei. Lewandowski afirma que o "objetivo do projeto é mudar a cultura do encarceramento".

## 9 SOLUÇÕES A CRISE PRISIONAL

Diante de todas as mazelas existentes no Sistema Penitenciário, até os mais partidários da pena privativa de liberdade, devem reconhecer que, ao menos até a presente data, cárcere algum atingiu o objetivo da ressocialização. A justificativa mais plausível para a tamanha crise prisional está atrelada à deficiência dos recursos empregados no sistema penitenciário. Augusto Thompson (2000) argumenta que:

(...)até hoje, em nenhum lugar, em nenhum tempo, nem nos países mais ricos e nos momentos de maior fastígio, sistema penitenciário algum exibiu um conjunto de recursos que tivesse sido considerado como, pelo menos, satisfatório. O que parece algo inviável, mesmo porque jamais foram estabelecidos precisamente, especificamente, quais seriam, em qualidade e quantidade, tais recursos ideais. Essa definição garante a perpetuidade à justificativa mencionada, pois permite seja aplicada *ad aeternum*: se um novo estabelecimento é inaugurado, com mais e melhores recursos do que os existentes, e vem a falhar, vale, quanto a ele, a mesma explicação usada para os outros: carência dos recursos necessários - sem que ninguém se dê ao trabalho de fixar, em quadro definido, os limites de tal necessidade.

Talvez a falta de definição trazida pela Lei nº 7.209 seja, em parte, responsável pelo mal-uso do sistema. Fato é que a Lei ao prever que o Estado é o responsável pela ressocialização do apenado, não estabeleceu meios ou percursos que o levassem ao cumprimento de tal obrigação. Seria necessário, portanto, que fossem fixados definitivamente os meios concretos para a realização da regeneração.

Evidentemente, a definição exata em lei dos caminhos que o Estado deve trilhar com intuito à ressocialização não seria por si só, capaz de solucionar a crise prisional. Porém, diante de uma carência de sugestões e diante da imobilidade na busca de soluções aos problemas prisionais, começar a partir daí seria, com certeza, um bom princípio.

### 9.1 Livramento Condicional

O livramento condicional é o instituto pela qual se concede a liberdade ao condenado antes que ele cumpra toda sua pena restritiva de liberdade. Não é de fato uma alternativa à prisão, visto que o condenado deve cumprir uma parte de sua pena restritiva de liberdade, porém o livramento condicional é um importante instrumento no processo de readaptação social dos indivíduos egressos da prisão, uma vez que viabiliza uma transição gradual do cárcere para a vida em liberdade.

O livramento Condicional é um benefício concedido pelo juiz da execução, que a partir de pressupostos definidos pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, poderá conceder ou revogar tal benefício. De acordo com o art. 83 do Código Penal:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:



I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

O instituto do Livramento Condicional, apesar de ter uma finalidade ressocializadora, tem demonstrado dados que não evidenciam uma alternativa apta a combater a reincidência. Assim, a constatação dos altos índices de reincidência, a partir do livramento condicional, bem como o elevado número de revogação do benefício, indicam a ineficácia de tal instituto.

## **9.2 Penas Restritivas de Direitos – Verdadeiras alternativas penais**

Também conhecidas como alternativas à prisão, as penas restritivas de direitos constituem uma das mais importantes evoluções da reforma penal de 1984, que tem por objetivo minimizar a crise do sistema penitenciário, com o intuito de reduzir a reincidência, fazendo com que a prisão passe a ser vista como última medida do direito penal. As alternativas penais podem ser consideradas como o sistema punitivo brasileiro que tem por base a liberdade, com sanções penais destinadas a infrações de pequeno e médio porte. Diante da falência da pena de prisão as alternativas penais tem sido a tendência dos legisladores. Julio Fabbrini Mirabete preleciona que "atende-se assim à política de impedir a ação criminógena do cárcere nas penas privativas de liberdade de curta duração, deixando-se a prisão reservada aos autores de fatos penais de maior gravidade ou às hipóteses em que a vida progressa do condenado recomende".(MIRABETE, 2008).

O Ministério da Justiça, através da Portaria nº 153 de 27 de fevereiro de 2002 instituiu o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas, que tinha por objetivo, entre outros, estimular a aplicação de medidas alternativas à prisão. Foram as Leis

7.209/84 e 9.714/98 que ficaram responsáveis pela mudança no Código Penal no que tange às penas restritivas de direitos. Conforme redação atual do dispositivo:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - (VETADO)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

Dessa forma, aumentou-se o rol de substitutos penais e estendeu-se a incidência das penas restritivas de direitos, possibilitando sua aplicação em condenados de até quatro anos de reclusão ou detenção.

### **9.2.1 Prestação Pecuniária**

Conforme disposto no art. 45, § 1º do Código Penal, consiste no pagamento de dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social. O valor é fixado pelo juiz, que poderá fixá-lo entre um salário mínimo e até 360 vezes o salário mínimo. Em caso de eventual condenação em ação de reparação civil, o valor pago será deduzido se coincidentes os beneficiários. Ocorrendo o pagamento, a pena será julgada extinta.

### **9.2.2 Perda de Bens e Valores**

Prevista no art. 45, § 3º do Código Penal, "a perda de bens e valores dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática de crime". Assim como a pena de prestação pecuniária e a pena de multa, a perda de bens e valores tem natureza pecuniária.

### **9.2.3 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**

Conforme definição do art. 46, § 1º do Código Penal, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, que deverá prestá-las em entidades assistenciais, escolas, orfanatos, hospitais, dentre outros. Entende-se que com a prestação de serviços desta natureza o condenado tomará consciência das dificuldades humanas que assolam a sociedade, além de fazer com que o apenado se sinta útil aos que precisam de seus serviços, possibilitando o reconhecimento pela comunidade e a consequente reincorporação ao meio social.

O serviço a que o apenado está obrigado terá duração de oito horas semanais, e será realizado, preferencialmente, aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, desde que não prejudique a jornada normal de trabalho. A execução da pena terá início a partir do primeiro comparecimento, que deverá ser informado nos autos pela entidade beneficiada com a prestação, sendo que a partir daí contará os dias trabalhados para efeito do cômputo da pena.

#### **9.2.4 Interdição Temporária de Direitos**

As interdições temporárias de direitos estão taxativamente previstas no art. 47 do Código Penal, são restrições que impedem o gozo de determinados direitos do condenado, são elas:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV - proibição de freqüentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

Julio Fabbrini Mirabete entende que "essa espécie de sanção atinge fundo os interesses econômicos do condenado, sem acarretar os males representados pelo recolhimento à prisão por curto prazo, e que os interditos sentirão de modo muito mais agudo os efeitos da punição do tipo restritivo ao patrimônio". (MIRABETE, 2008)

#### **9.2.5 - Limitação de fim de semana**

Previsto no art. 48 do Código Penal, a limitação de fim de semana consiste em um recolhimento em local determinado, durante sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Sem perder o caráter punitivo, tal medida possui a finalidade de reestruturação social e intelectual do condado. É uma alternativa que visa a ressocialização a partir de sua permanência no estabelecimento, local onde serão ministrados cursos, palestras e outras atividades educativas.

#### **9.3 - Alternativas à prisão: Economia e Resultado**

Dados do Ministério da Justiça evidenciam que a aplicação de penas restritivas de direitos, além de trazer benefícios aos condenados, diminuem em muito o gasto público com as

penas privativas de liberdade. O Estado brasileiro gasta, em média, entre R\$1.500,00 reais e R\$1.800,00 reais, por mês, com apenas um preso em uma cadeia do sistema prisional comum, sendo que com um sentenciado a pena alternativa, o gasto gira em torno de R\$70,00 reais mensais. Outro dado do Ministério da Justiça que causa espanto é o fato de que cada vaga em presídio custa, em média R\$ 25 mil reais.

Ou seja, é notório que as penas restritivas de direitos são mais eficazes em todos os sentidos, pelo fato de cumprir a função social da pena de maneira mais intensa e ainda pelo fato de ser mais econômico aos cofres públicos.

#### **9.4 APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados**

O método Apac, idealizado por Mario Ottoboni, é um modelo de penitenciária que possui alternativas reais de ressocialização do preso. A diferença se encontra logo na maneira de chamar o condenado, uma vez que para Ottoboni os presos devem ser chamados de “recuperandos”. Ele afirma ainda que o delito cometido por um recuperando deve ser deixado do lado de fora do estabelecimento, sendo que na Apac somente entra o homem que um dia fora esquecido e se perdeu no ambiente criminoso. Um dos mecanismos utilizados no método é a religião, que permite ao recuperando uma transformação moral e sua consequente ressocialização. Para Ottoboni, “(...) os crimes que [os recuperandos] cometeram na vida, tiveram origem, não na coragem e na força, mas na fraqueza gerada pela falta de religião e de Deus (...).

A vigilância dentro dos estabelecimentos da Apac é feito pelos próprios recuperandos, por meio do Centro de Reintegração Social (CRS). São eles também quem tomam grande parte das decisões, por meio do Conselho de Solidariedade e Sinceridade (CSS). Assim, utiliza-se uma técnica determinada por auto-gestão e auto-análise, com atividades desempenhadas diariamente pelos recuperandos. Não há armas na Apac, não existe a figura do agente penitenciário fardado, não há violência. Ao contrário, os recuperandos tem liberdade o suficiente para fugirem, mas possuem consciência de que, caso fujam, não podem voltar para a Apac.

De acordo com Natália Martino, em um artigo publicado no site da BBC, enquanto no sistema penitenciário comum, 70% dos egressos voltam a cometer crimes, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Apac esse número não ultrapassa 15%. E ainda, em 50 anos de existência, nunca foi registrado qualquer espécie de rebelião ou assassinato. (MARTINO, 2014)

Sem dúvida alguma, principalmente pela comprovação dos dados, o método Apac tem funcionado. E funciona não pelo fato de ser um método menos severo ou mais brando, e sim porque nele simplesmente a Lei de Execuções Penais é aplicada. A Apac é o sistema que mais se aproxima ao modelo ditado pela LEP, ao modelo todos os estabelecimentos penais deveriam seguir, mas que, como demonstrado no presente estudo, não seguem. Assim, a Apac não é uma inovação do Sistema Penitenciário Brasileiro, mas sim a aplicação da lei ao mundo concreto, o que desde a promulgação da lei deveria acontecer.

A Apac, portanto, é método onde a Lei de Execuções Penais é aplicada de forma mais abrangente, com a verdadeira busca à recuperação do preso, suprindo, em parte, a deficiência do Estado no que tange à ressocialização, sem perder de vista as finalidades da pena. A proposta é evitar a reincidência e oferecer alternativas eficientes para que o condenado possa, verdadeiramente, se recuperar.

## CONCLUSÃO

O presente estudo abordou as funções da pena e da prisão, discorreu sobre a real aplicação da função social no sistema prisional brasileiro, e demonstrou a realidade acerca da falência da pena de prisão, evidenciando que única solução para a crise são as medidas alternativas à prisão.

Apesar da questão penitenciária parecer estar longe de uma solução, o que realmente está, não se pode tratar as alternativas penais com descaso, uma vez que elas constituem a principal saída para a crise penitenciária. A falha do Estado em manter as condições dignas nos estabelecimentos prisionais é evidente, o que caracteriza um desrespeito à lei como outro qualquer, uma vez que a Lei de Execução Penal estipula as regras que, teoricamente, o Estado deveria cumprir. Dessa forma, ainda que o encarceramento tenha sido merecido por parte do condenado, tal merecimento não gera para o Estado o direito de puni-lo de forma desumana.

A falta de estrutura e a excessiva população carcerária fazem com que a pena de prisão tenha efeito contrário, se tornando uma verdadeira escola para o crime. A função ressocializadora da pena, exigida por lei, que teria o condão de reinserir o condenado ao mundo social, não passa, sequer perto, dos estabelecimentos prisionais.

As penas restritivas de direitos assim como o método APAC se tornaram as alternativas que mais tem demonstrado resultados positivos, no que tange à ressocialização, recuperação do condenado e níveis de reincidência.

Assim, ainda que não seja de fato uma solução para a crise vivenciada no sistema penitenciário brasileiro, as penas alternativas e o método APAC são os meios que mais evidenciam uma futura superação à tal crise. Dessa forma, em uma busca pela solução da crise, magistrados devem ser encorajados a aplicação das alternativas penais bem como novas APAC's devem ser criadas ao longo do Brasil.

## REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição** (1998). Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> .

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro – CPB. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> .

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de Julho de 1984.** Lei de Execução Penal – LEP. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal – CPP. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>.

BRASIL. **Constituição** (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** Comentado. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal.** 3. ed. rev. e atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho. **A progressão de regime no sistema prisional no Brasil:** A interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de Estigmatização do condenado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena.** 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2013.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito.** Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Rodrigo Tôres e MATTOS, Virgílio. **Estudos de Execução Penal: Direito e Psicologia.** Belo Horizonte, 2009

PRADO, Luiz Regis Prado; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi Maranhão; COIMBRA, Mario. **Direito de Execução Penal.** 2. ed. atual., ampl. e reform - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão** – Causas e Alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011.



VIANA, Johnnatan Reges. A crise do sistema carcerário brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12228](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12228)>.

MARTINO, Natália. **Índice de reincidência no crime é menor em presos das Apacs**. 2014. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/03/140313\\_prisoos\\_apac\\_nm\\_lk.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/03/140313_prisoos_apac_nm_lk.shtml)>

LIZ, Isadora. **Preconceito contra ex-detentos impede sua reabilitação**. 2011. Disponível em: <http://sociojuridica2011.blogspot.com.br/2011/05/preconceito-contra-ex-detentos-impede.html> .

TORRES, José Manoel Jr. Penas alternativas são mais baratas e mais eficazes. **Revista Consultor Jurídico**, Recife, 21 de ago. 2005. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2005-ago-21/penas\\_alternativas\\_sao\\_baratas\\_eficazes](http://www.conjur.com.br/2005-ago-21/penas_alternativas_sao_baratas_eficazes)>.

## A INAPLICABILIDADE DA LEI 5.617/2021 NO ALCANCE DOS BENEFICIÁRIOS DO ESPÓLIO DAS VITIMAS FALECIDAS POR COVID-19 ANTERIOR A DATA DE SUA VIGÊNCIA

**LARISSA SIQUEIRA DE ANDRADE:**  
Graduanda do Curso de Direito do Centro  
Universitário Fametro.

**RESUMO:** O presente artigo analisa a ausência da aplicabilidade da lei que beneficia herdeiros específicos de vítimas do covid-19, sem abrangência aos que faleceram anterior a publicação da referida lei. Assim, problematiza a questão da não retroatividade para benefício do direito de herdar o espólio "*de cujus*". O objetivo é compreender e explicar de forma objetiva o alcance da lei de isenção do itcmd "*causa mortis*" no Estado do Amazonas. Esta análise é feita a partir das contribuições teóricas de Hans Kelsen. A conclusão é que essa lei singular, em decorrência da pandemia covid-19 pressupõe a existência de parcialidade na sua aplicabilidade rígida e de não abrangência na totalidade dos herdeiros vitimados. Isto é, abre-se uma demanda jurídica passível de estudos aprofundados e fundamentais para a consolidação de novos sistemas de aplicação tributária, tal como a preservação dos direitos fundamentais das pessoas que compõem a respectiva sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Itcmd, Covid-19, Espólio, Princípio da irretroatividade, Direito Tributário.

**ABSTRACT:** This article analyzes the lack of applicability of the law that benefits specific heirs of victims of covid-19, without covering those who died prior to the publication of that law. Thus, it problematizes the issue of non-retroactivity for the benefit of the right to inherit the "*de cujus*" estate. The objective is to objectively understand and explain the scope of the itcmd exemption law "*cause mortis*" in the State of Amazonas. This analysis is based on the theoretical contributions of Hans Kelsen. The conclusion is that this unique law, as a result of the covid-19 pandemic, presupposes the existence of partiality in its rigid applicability and of non-coverage in all of the victimized heirs. That is, it opens up a legal demand subject to in-depth and fundamental studies for the consolidation of new tax application systems, such as the preservation of the fundamental rights of the people who make up the respective society.

**KEYWORDS:** Itcmd. Covid-19. Estate. Principle of non-retroactivity. Tax Law.

### 1 INTRODUÇÃO

A lei 5.617/2021, traz em seu bojo a abordagem da atenuação do sofrimento dos herdeiros que perderam seus familiares na pandemia da covid-19, a referida norma concedeu isenção do ITCMD aos herdeiros de espólio de vítimas do covid. Entretanto, sua abrangência ficou limitada em face da adequação de sua aplicabilidade aos herdeiros, considerando que exclui um quantitativo de beneficiários que não adquirem o direito por falha legislativa ao determinar a eficácia da lei dentro a partir de sua publicação.

Se tratando de lei tributária, ela funciona como uma lei produtora de efeitos jurídicos pretéritos, desde que não envolva penalidades, aonde sua vigência seria prospectiva. É necessário, antes de aprofundar ao tema, entender como funciona a lei tributária e seus princípios, para ser possível ter uma noção da funcionalidade e aplicabilidade da lei.

Mostra-se neste ponto que os princípios que ditam a lei tributária têm uma certa divisão de aplicabilidade, afim de que não haja possibilidade de se chocarem em certos pontos, facilitando assim, a compreensão, a aplicabilidade e a interpretação da norma positivada.

A construção do tema começa na compreensão da irretroatividade tributária, analisando as leis que falam do tema, bem como sua eficácia em todos os aspectos apresentados. Adiante, outro aspecto abordado neste ponto é a relação da segurança jurídica com o princípio da irretroatividade tributária, que vem trazer uma proteção ao Direito adquirido. Percebe-se afinal, um liame entre o primeiro princípio, expresso em lei, e que tem grande influência no Direito Tributário, e o segundo, que apesar de estar implícito, traz uma grande relevância ao ordenamento jurídico brasileiro em sua totalidade.

Destarte, adentra-se ao núcleo de discussão deste trabalho, na análise da lei 5.617/2021 como pretensão de retroagir a lei tributária. Cumpre salientar que a lei sofre modificação em seu art. 3º onde trouxe através de nova Lei (6.030/22) a retroatividade para beneficiar os anteriormente excluídos.

Por fim, destaca-se ainda que o legislador tem uma atitude que exige uma certa intenção de agir com força jurisdicional no momento da criação da norma, visto que a isenção da lei citada acima não é ampla, pois não ampara todos os herdeiros das vítimas de covid que tenham falecido antes da data de publicação da lei, causando em parte, o oposto do motivo basilar de sua criação.

## **2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO**

A ordem jurídica é constituída de normas dispostas em uma estrutura hierárquica, de maneira que normas inferiores buscam seu fundamento de validade em normas superiores. Dentro dessa estrutura escalonada, pode-se afirmar que a Constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

A determinação de um conceito para a “Constituição” é tarefa árdua, uma vez que se trata de um termo plurissignificativo. Assim, usualmente, a doutrina, a fim de definir o referido termo, concebe a Constituição ou sob o aspecto material ou sob o aspecto formal.

Do ponto de vista material, a Constituição representa o conjunto de normas que funda e organiza o ordenamento estatal. Por outro lado, a Constituição, sob o prisma formal, diz respeito, segundo as lições de Hans Kelsen, nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho, ao “[...] conjunto

de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão.”

Conciliando as duas percepções, pode-se afirmar que cabe à Constituição delinear as diretrizes que regem o sistema jurídico de uma determinada sociedade, historicamente determinada no espaço e no tempo, fixando, por exemplo, a forma de organização do poder, a forma de governo e os direitos e garantias da pessoa humana (individuais e sociais). Pode-se ainda, aduzir, que a Constituição irá consignar as premissas básicas necessárias ao surgimento do Estado de Direito, tornando-se, por esta razão, o fundamento último de validade do ordenamento jurídico.

Nesta senda, Canotilho, citado por Carraza(2018, p. 63), afirma que a superioridade hierárquica da Constituição revela-se de três modos:

as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (norma *normarum*), afirmando-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a Constituição.<sup>2</sup> (grifei)

Em outras palavras, a ordem jurídica mostra-se como um sistema de normas que tem a Constituição como fundamento último de validade.

Nessa senda, é possível inferir, ainda, que a Constituição forma seu próprio sistema, ou melhor, subsistema, ao qual todos os outros subsistemas estão subordinados (por exemplo: subsistemas tributário, penal, processual etc.).

### **3 O SUBSISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO**

Considerando o conjunto de normas que compõem o subsistema constitucional brasileiro, percebe-se a existência de determinadas normas que, por sua vez, constituem outros subsistemas ou subconjuntos, como, por exemplo, o subsistema constitucional tributário.

O subsistema constitucional tributário é formado por normas constitucionais que versam, eminentemente, sobre a relação entre o Estado, titular do poder de tributar, e as pessoas sujeitas a esse poder.

Comprova-se a existência desse subconjunto de normas, conforme vaticina Carvalho (2018, p. 75), por duas razões: 1) todas as normas que compõem o subsistema constitucional tributário estão legitimadas pela mesma fonte (norma hipotética fundamental); e 2) todas as normas deste

subsistema confluem para o mesmo ponto, ou seja, a disciplina da relação entre Estado e contribuinte (em sentido amplo).

Vale registrar que a referida menção a subsistemas de normas ocorre, meramente, para fins de cunho didático, porquanto, em verdade, o sistema jurídico é uno e indecomponível, segundo informa o princípio da unidade sistemática da ordenação jurídica. Nesse sentido, Carvalho (2018, p. 69), com exatidão peculiar, aduz que:

Com efeito, a ordenação jurídica é una e indecomponível. Seus elementos – as unidades normativas – se acham irremediavelmente entrelaçados pelos vínculos de hierarquia e pelas relações de coordenação, de tal modo que tentar conhecer regras jurídicas isoladas, como se prescindissem da totalidade do conjunto, seria ignorá-lo, enquanto sistema de proposições prescritivas.

Analisando a Constituição da República Federativa do Brasil, percebe-se que o legislador constituinte dispensou tratamento peculiar ao subsistema constitucional tributário, tendo em vista que disciplinou, pormenorizadamente, a matéria fiscal. Conclui-se, desta forma, que o subsistema constitucional tributário brasileiro pode ser caracterizado como um sistema rígido, pois o âmbito de atuação do legislador ordinário é limitado pelo profuso plexo normativo existente no texto constitucional.

Em outros países, contudo, o regramento da matéria tributária, em sede constitucional, limita-se apenas a tracejar as linhas mestras do sistema, cabendo ao legislador ordinário, por conseguinte, a tarefa de disciplinar, de maneira ampla e minuciosa, todo o restante da matéria.

O subsistema constitucional tributário é composto por normas de estrutura e por normas de conduta. Registre-se que tal característica não é exclusiva deste subconjunto normativo constitucional, visto que se trata, em verdade, de uma característica de todo o sistema constitucional brasileiro.

É possível compreender as normas de estrutura como normas voltadas ao regramento de condutas interpessoais relacionadas com a produção de novas normas. Por outro lado, normas de comportamento são definidas como normas dirigidas diretamente à conduta das pessoas em suas relações de intersubjetividade. No entanto, é imperioso registrar que, independentemente de sua natureza, essas normas, por sua vez, encontram-se sob o jugo dos princípios constitucionais.

#### **4 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE**

Em relação aos atos administrativos, editados pelo Poder Executivo, o Código Tributário Nacional trata da aplicação da garantia da irretroatividade em seus artigos 100 e 146. O

art. 100 do CTN diz respeito aos atos normativos expedidos pela Administração Fazendária, que são editados com o fito de possibilitar o fiel cumprimento da lei. Já o art. 146 do aludido diploma, por sua vez, dispõe acerca da hipótese de alteração do lançamento já realizado em razão de mudança dos critérios jurídicos.

Os atos normativos editados pela Administração Fazendária são atos dirigidos a todos os contribuintes (em sentido amplo), possuindo o caráter de atos secundários à lei, que buscam somente possibilitar sua execução. Apesar de possuírem um maior grau de concreção que a lei, os atos normativos são, em verdade, abstratos. Vale registrar que seu fundamento de validade é a própria lei que passa a regulamentar. Diante do exposto, prescreve o art. 100 do CTN:

Art. 100. São normas complementares das leis, do tratado ou das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Analisando o parágrafo único do artigo adrede citado, percebe-se que qualquer mudança nas normas complementares à lei que instituiu o tributo não resultará em aplicação de penalidades, cobrança de juros ou atualização do valor monetário da base de cálculo. Em outras palavras, a cobrança do tributo é mantida, contudo, caso o contribuinte haja pautando sua conduta conforme os preceitos normativos editados pela Administração Fazendária, não há que se falar em penalidades, juros ou atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Assim, nota-se a preservação da cobrança do tributo, em razão do princípio da legalidade, bem como a manutenção da estabilidade das relações entre Fisco e contribuinte, mediante a garantia da irretroatividade, vedando-se a aplicação de novo regulamento da Administração Fazendária a fatos pretéritos praticados pelo contribuinte, que se perfizeram de acordo com a orientação anterior. Resta evidente, deste modo, a atuação do princípio da irretroatividade no caso de alteração dos atos normativos editados pela Administração.



Por outro lado, o Código Tributário Nacional, em seu art. 146, trata da questão da irretroatividade em face da mudança de critérios jurídicos que informaram o lançamento. Ainda que não haja consenso quanto à natureza jurídica do lançamento (ato ou procedimento), registre-se que, no presente trabalho, acolhe-se o entendimento segundo o qual o lançamento é ato jurídico administrativo que insere na ordem jurídica uma norma individual e concreta. Acerca da possibilidade de alteração do lançamento por mudança dos critérios jurídicos que o informaram, prescreve o aludido enunciado:

Art.146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Assim, pode-se afirmar que o art. 146 do CTN, veda a alteração do lançamento já efetivado, na hipótese de modificação dos critérios jurídicos utilizados pela autoridade, visto que busca salvaguardar, mediante a observância da garantia da irretroatividade, a estabilidade da relação jurídica formada (obrigação tributária), que equivale à finalidade colimada pelo princípio da segurança jurídica.

## **5 A ESPECIFICIDADE DA SEGURANÇA JURIDICA TRIBUTARIA**

Ainda nas lições de Ávila (2010, p. 40) extrai-se que, além dos princípios, regras e postulados normativos, há a manifestação de outros elementos, que na verdade são identificados como qualificadores das normas princípios, arroladas no rol de normas de primeiro grau. Trata-se da figura dos sobreprincípios e subprincípios.

Segundo essa classificação, dentro do conjunto de normas constitucionais- tributárias vigentes, o princípio da segurança jurídica reclama o status de sobreprincípio, assim como o Estado Democrático de Direito; possuindo a característica única de irradiar efeitos sobre todo o sistema jurídico, impulsionando a gravitação de todos os outros princípios de menor potencialidade ao seu redor, denominados de subprincípios, como o princípio da legalidade e da irretroatividade.

Nos dizeres do professor Carvalho (2018, p. 75), a segurança jurídica pode ser classificada como o atributo com essência deontológica, voltado para a implementação de um objetivo específico, o de germinar uma sensação de previsibilidade relacionada aos efeitos jurídicos das decisões públicas; tranquilizando a comunidade social, possibilitando que os cidadãos planejem ações futuras com a garantia de que as normas protegerão a coisa julgada e os direitos adquiridos.

Portanto, a segurança jurídica constitui-se como sendo o elemento essencial do Estado Democrático de Direito, pois protesta pela estabilização e previsibilidade dos atos públicos,

gerando um sentimento de confiança para com o Estado e também se transmutando em direito fundamental aos cidadãos quando violada.

Nesse trilhar, além de norma princípio, a segurança jurídica pode ser interpretada sob o prisma de fato e valor. Sua visão como fato decorre, de acordo com as lições de Ávila (2012, p.114), de uma "determinada realidade passível de constatação", ou seja: deve haver a existência de um sentimento de previsibilidade quanto às relações futuras, e também a garantia fornecida pelo postulado da irretroatividade quanto aos fatos passados. Já como valor, pode ser estudada como um ideal máximo do Estado Democrático, insculpido no preâmbulo da Carta Magna.

De acordo com Canotilho (2018, p. 176), é direito dos indivíduos crer que as suas atitudes e as decisões tomadas pelo Poder Público que versem sobre os seus direitos e relações jurídicas encontrem respaldo em normas válidas e vigentes, criando um ambiente juridicamente estável.

No ordenamento constitucional brasileiro, a valoração da segurança é notória, estando explicitamente gravada no preâmbulo e no caput do Art. 5º, e implicitamente prescrita nos dispositivos da Lei Suprema que dispõem sobre a proteção do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada; bem como sobre as garantias da legalidade, irretroatividade e anterioridade. Também é fundamento da prescrição e decadência, institutos que fulminam as pretensões e direitos caso não sejam exercidos no tempo prescrito em lei.

O sobreprincípio em comento é considerado como um dos mais importantes do ordenamento, manifestando-se em todos os diplomas legais vigentes, que, em decorrência do respeito à Carta Magna, devem observá-lo. O Código de Processo Civil de 2015, em reverência à segurança jurídica, trouxe à lume uma série de novos institutos, como o reforço do sistema de uniformização de entendimentos, criando-se, para tanto, o instituto de resolução de demandas repetitivas IRDR, que tem por objetivo evitar, nos termos do Art. 976, II: Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica"; instruiu o dever de uniformização de entendimentos jurisprudenciais entre os tribunais brasileiros, consoante se extrai do Art. 926: "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente"; e vedou as chamadas "decisões-surpresa", manifestas nas situações em que o magistrado atenta contra o contraditório e à segurança jurídica ao decidir, deixando de observar os requisitos prescritos no art. 10 do diploma processual civil: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício" (LUCON, 2016, p. 330).

## **6 A INSTITUIÇÃO DA LEI 5.617/2021**

A isenção alcança o espólio de vítimas da covid que tenham falecido posteriormente a data da publicação da Lei. No entanto abre espaço para a discussão do tema quanto a restituição dos valores do ITCMD efetivamente recolhidos no período de calamidade pública, com falecimentos por COVID-19 ocorridos antes de 29/09/2021. Vejamos o texto da lei 5.617/2021:

Art. 1º Fica isento, no âmbito do Estado do Amazonas, o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCMD, na hipótese de inventário ou arrolamento, judicial ou extrajudicial, cuja causa do óbito seja em decorrência do vírus COVID-19, enquanto durar o período de calamidade pública em decorrência da pandemia.

Parágrafo único. A isenção de que trata o caput fica limitada aos inventários ou arrolamentos cujo patrimônio some o total máximo de até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Art. 2º Quando da abertura do inventário ou arrolamento, o herdeiro ou legatário deverá comprovar, através de documento que possua fé pública, como certidão de óbito, que a causa mortis se deu em decorrência de Síndrome Respiratória Aguda Grave, provocada pelo vírus COVID-19.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Para definirmos quando se considera ocorrido o fato gerador da obrigação tributária do ITCMD, na hipótese de transmissão "causa mortis", observa-se o disposto no artigo 114 do CTN define o fato gerador da obrigação principal como sendo a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Portanto, é o fato descrito em lei contendo todos os elementos que identifique sua perfeita identificação.

Vale lembrar o que dispõe o artigo 116 do CTN a respeito:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Nos termos do artigo 113, inciso I, da Lei Complementar 19/1997 do fato gerador do ITCMD ocorre:

Art. 113. O imposto sobre a transmissão "causa mortis" e doação, de quaisquer bens ou direitos, tem como fato gerador:

I - a transmissão "causa mortis" ou por doação de direitos e da propriedade, posse ou domínio de bens móveis ou imóveis.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.784, prevê: “aberta sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

Na sistemática de apuração do ITCMD, há que observar, inicialmente, o disposto no art. 35, parágrafo único, do CTN, segundo o qual, nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.

Embora a herança seja transmitida, desde logo, com a abertura da sucessão (art.1.784 do Código Civil), a exigibilidade do imposto sucessório fica na dependência da precisa identificação do patrimônio transferido e dos herdeiros ou legatários, para que sejam apurados os “tantos fatos geradores distintos” a que alude o citado parágrafo único do art. 35, sendo essa a lógica que inspirou a edição das Súmulas 112, 113 e 114 do STF.

A Constituição Federal prevê a incidência desse imposto na “transmissão causa mortis”, ou seja, na abertura da sucessão, ou na data da morte do “de cujus”.

Quanto a aplicação retroativa da lei tributária, a regra é a irretroatividade. O art. 106 do CTN trouxe as hipóteses de aplicação a ato ou fato pretérito: A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

A irretroatividade tributária, tal como posta no art. 150, III, a, da Constituição, implica a impossibilidade de que lei tributária impositiva mais onerosa seja aplicada relativamente a situações pretéritas, independentemente de qualquer outro condicionamento.

Deflui claramente, pois, que a irretroatividade da lei tributária vem preservar o passado da atribuição de novos efeitos tributários, reforçando a própria garantia da legalidade, porquanto resulta na exigência de lei previa.

O princípio constitucional da segurança jurídica exige, ainda, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, que, por isto mesmo, só podem surgir de lei, igual para todos, irretroativa e votada pela pessoa política competente. Assim, a segurança jurídica acaba por desembocar no princípio da confiança na lei fiscal, que, como leciona Alberto Xavier, “traduz-se, praticamente, na possibilidade dada ao contribuinte de conhecer e computar os seus encargos tributários com base exclusivamente na lei”. (CARRAZA 2004 – pg.148).

Ao garantir o contribuinte, a irretroatividade está, efetivamente, assegurando-o. O que inspira a garantia da irretroatividade é o princípio da segurança jurídica, que nela encontra um instrumento de otimização no sentido de prover uma maior certeza do direito.

Ávila (2004, p.151), destaca que “uma adequada compreensão do alcance da irretroatividade pressupõe uma compreensão mais abrangente do surgimento e da ocorrência dos fatos jurídicos enquanto pontos no tempo ou processos desenvolvidos durante determinado período.” A partir daí, ressalta que a resposta, em cada caso, “depende de saber antes ‘do que’ deve a lei ser editada”.

Segundo Ávila (2004, p. 151), estabelece, então, a distinção entre evento e fato, destacando que “a incidência de uma norma sobre um fato não é automática”, que “depende da intermediação da linguagem” e que os eventos podem ser descritos de várias formas, sendo decisivo, ainda, “Qual aspecto do fato será considerado relevante para a decisão relativa à norma aplicável?”.

Por fim, “resta construir o fato do ponto de vista do Direito” e definir qual o “ângulo a ser privilegiado na análise das circunstâncias”. Exemplifica: “O intérprete pode atender apenas para a causa, qualificando de impertinente, para descobrir a alíquota aplicável, a data da ocorrência do fato gerador. Assim como ele pode atender somente para a data da ocorrência do fato gerador, qualificando de impertinente, para descobrir a alíquota aplicável, a causa da importação. A qual ângulo deve ser dada preferência?”. E conclui adiante:

Segundo a teoria material da argumentação, o intérprete deverá privilegiar um aspecto do fato jurídico em detrimento de outro, sempre que esta preferência for suportada por um princípio jurídico superior. Esta exigência decorre da própria pretensão de eficácia dos princípios, cujo grau superior de abstração permite fundamentar decisões interpretativas mais concretas. Isso representa que o intérprete deverá fundamentar as escolhas feitas entre os aspectos fáticos a serem privilegiados, bem como deverá, dentre as alternativas, optar por aquela que mais intensamente esteja conectada com os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes. [...] Entre os vários aspectos do fato pertinente, o intérprete principiologicamente orientado deve valorizar aqueles que dizem respeito aos bens jurídicos valorizados pelos princípios constitucionais fundamentais. (ÁVILA 2004, p. 152-153)

Daí a imposição de que, na aplicação do art. 150, III, a, da CRFB, se construam normas abstratas e também para os casos concretos que afirmem a segurança jurídica enquanto certeza do direito. A lei, no que diz respeito à instituição e à majoração de tributos tem, pois, caráter

necessariamente prospectivo, sob pena de inconstitucionalidade da eventual retroatividade que determinar.

A Procuradoria do Estado do Amazonas – PGE/AM, posiciona-se da seguinte forma: Não vislumbramos como aplicáveis nenhuma das hipóteses do artigo 106 do CTN ao caso concreto, logo, entendemos que o fato gerador do ITCMD, no caso de herança, considera-se consumado, inclusive, em seu critério temporal, no momento da morte do “de cujus”, não sendo possível, portanto, aplicar a isenção prevista na Lei 5.617/2021 ao espólio de vítimas da covid que tenham falecido antes da data da publicação da Lei, qual seja: 29/09/2021.

Assim, o princípio da irretroatividade, na seara tributária, não se aplica somente nos casos de nova lei que institui determinado tributo ou, então, que tem por escopo a sua majoração. A aplicação do aludido princípio, de acordo com o texto acima, estende-se a atos do Poder Executivo e Poder Judiciário.

## **7 OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO SISTEMA TRIBUTARIO**

Em função das medidas de isolamento adotadas, os indicadores econômicos divulgados até o momento apontam forte deterioração da economia brasileira.

O Índice de Atividade Econômica do Banco Central (IBC-Br), uma espécie de indicador prévio do PIB, registrou retração de 5,9% entre fevereiro e março. O nível de utilização da capacidade instalada caiu de 75,3% em março para 57,3% em abril. A produção industrial recuou 9,1% entre fevereiro e março. O volume de serviços sofreu retração de 6,9% entre março e abril. As vendas no varejo recuaram 13,7% entre fevereiro e março, na apuração do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O Índice Cielo aponta queda de quase 30% desde o início da pandemia, mas com taxas de redução declinantes nas últimas semanas: -52,3%, na 4ª semana de março, -32,4%, na 4ª semana de abril; - 29,3%, na 1ª semana de maio. O fluxo nas estradas com pedágio reduziu-se em 19,1% entre abril e março. A produção de veículos praticamente parou em abril, com redução de 98,9% em relação a abril do ano anterior.

A taxa de desemprego, por outro lado, permanece relativamente inalterada, em 12,2% no trimestre encerrado em março – estabilidade que pode ser explicada, em parte, pela diminuição de pessoas procurando emprego. De toda forma, entre fevereiro e março houve redução no número de ocupados. Perderam-se cerca de 1,5 milhão de postos, sendo quase 300 mil deles empregados domésticos, segundo os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD-Contínua).

Em abril, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) experimentou inédita deflação para o mês, de -0,31%. Em 2019, no mesmo mês, registrou-se uma alta de 0,57% no IPCA.

A Instituição Fiscal Independente (IFI), de cujo Relatório de Acompanhamento Fiscal nº 40 se extraiu a compilação de dados acima, manteve o cenário-base do relatório anterior, com queda do PIB estimada em 2,2% em 2020. Informou, porém, que vai revisar essa projeção, com viés de



baixa, tendo em vista que os indicadores mais recentes apontaram queda do PIB no 2º trimestre em algo como 10%, mais próxima do cenário-pessimista do relatório anterior. Ajustada apenas a queda do 2º trimestre, a redução do PIB em 2020 seria de 5,5%, percentual que alinharia a projeção da IFI com as do FMI (-5,3%) e do Boletim Focus do Banco Central (-5,1%). A Secretaria de Política Econômica do Ministério da Economia estima a queda do PIB em 4,7% em 2020, com perda de R\$ 20 bilhões por semana de isolamento social.

Quanto à arrecadação tributária, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) divulgou que o volume de receitas da União (administradas e não administradas pelo órgão) em abril de 2020 foi de R\$ 101.154 milhões. Isso representa uma queda nominal de 27,2% em relação ao mesmo mês do ano anterior (R\$ 139.030 milhões). Segundo a RFB, a explicação para a perda de arrecadação estaria tanto na retração econômica e no aumento das compensações tributárias quanto nas alterações na legislação tributária realizadas para mitigar os efeitos econômicos da pandemia. Destacam-se dentre estas o diferimento no pagamento das contribuições previdenciárias patronais, da contribuição para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep), da contribuição para financiamento da seguridade social (Cofins), do Simples Nacional e das cotas do imposto de rendadas pessoas físicas (IRPF), e a redução a zero da alíquota do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) nas operações de crédito, medidas que serão detalhadas à frente.

A divulgação da RFB estima que o impacto do diferimento sobre as receitas previdenciárias (contribuição patronal e Simples-Nacional) teria sido de R\$ 12 bilhões. A avaliação, no entanto, não separa o efeito-econômico do efeito- legislação sobre o desempenho global da arrecadação, o que dificulta a análise dos dados informados.

De toda forma, a desagregação das receitas do imposto sobre produtos industrializados (IPI), tributo que também sofreu desonerações, mas de pequeno impacto fiscal<sup>26</sup>, mostra certa desproporção entre a retração da produção industrial ocorrida no período de março de 2019 a março de 2020 (-4,21%, em termos físicos), e a redução da arrecadação do referido imposto no mesmo intervalo (-23,7%, em termos nominais), possivelmente explicada pela forte desaceleração da atividade em setores com maior valor agregado e densidade arrecadatória, como no caso do setor automotivo (redução do IPI de 62,9%, em termos nominais), que praticamente paralisou a produção, como já mencionado.

O Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) também divulgou as arrecadações dos estados e do Distrito Federal do mês de abril (exceto em relação ao Amapá). O conjunto dos estados que enviaram as informações ao Confaz obteve, em abril de 2020, receitas tributárias de R\$ 41.696 milhões, com queda nominal de 15,2% em relação ao mesmo mês do ano passado (R\$ 49.180 milhões).

A receita do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS) desses estados foi de R\$ 36.512 milhões, o que representa uma perda nominal de 13,0% (R\$ 41.956 milhões). Os únicos estados que tiveram ganho nominal no período foram Pará, com arrecadação de ICMS de R\$ 976 milhões (+8,6%), Mato Grosso, R\$ 1.163 milhões (+1,8%), e Roraima, R\$ 93 milhões (+0,6%). Todos os demais recolheram menos ICMS em abril deste ano do que em abril do ano passado. São Paulo arrecadou R\$ 10.635 milhões (-13,4%); Minas Gerais, R\$ 3.648 milhões (-22,1%); Rio de Janeiro, R\$ 2.717 milhões (-14,9%); Rio Grande do Sul, R\$ 2.606 milhões (-12,8%). Piauí, com receita de ICMS de R\$ 289 milhões, sofreu a perda relativa mais severa (-34,3%)<sup>27</sup>.

É da Receita Estadual da Secretaria de Fazenda do Rio Grande do Sul o trabalho mais detalhado sobre os impactos da epidemia sobre a arrecadação tributária. O estudo tem foco na emissão de notas fiscais antes (de 16 de março de 2019 a 15 de março de 2020) e depois das primeiras medidas de isolamento adotadas naquele estado (após 16 de março), mas com ênfase na última semana de análise (21 a 27 de março de 2020).

Tomada como referência essa última semana em relação ao período anterior às medidas de isolamento, o estudo aponta queda de 26,0% no valor médio diário da emissão de notas fiscais eletrônicas. Em relação à média diária do valor de venda de combustíveis, a redução foi da ordem de 47,6%. Quanto às demais mercadorias, a redução da média diária do valor de venda a consumidor final (exceto combustíveis) foi de 56,0%. Registrou-se, contudo, aumento no valor médio diário de venda ao consumidor final de alguns produtos, como os farmacêuticos e hospitalares (54%), os de limpeza (44%) e os alimentares (entre 44% e 13%); e redução no valor médio diário de venda ao consumidor final de outros produtos, como eletrônicos (-62%), vestuário e têxteis (-83% a -74%), móveis (-60%), dentre outros<sup>28</sup>.

Como se vê, o panorama sanitário, econômico e tributário não é promissor no Brasil. Há razões para se esperar uma queda expressiva de receitas tributárias para o 2º trimestre do ano, uma vez que as curvas epidêmicas no Brasil ainda não cederam em locais estratégicos do ponto de vista econômico, especialmente nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e alguns dos principais estados do Norte e Nordeste. Mesmo com a flexibilização das medidas de isolamento recém adotadas em várias localidades, é muito provável que ainda se enfrente algum período de restrição ao pleno exercício de boa parte das atividades econômicas antes de sua completa normalização.

## **8 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE AMPARO AOS HERDEIROS EXCLUSOS DO BENEFÍCIO DA LEI 5.617/2021 EM FACE DA SUA IRRETROATIVIDADE**

Na realidade, os países mais desenvolvidos concentram a tributação do patrimônio em impostos sobre a doação e herança, base tributável que no Brasil é reservada ao ITCMD, de competência estadual. Em relação a esse imposto, caberia ao Congresso Nacional, em princípio, elaborar a lei complementar regulamentadora do fato gerador, base de cálculo e contribuinte, e ao Senado Federal, elevar a alíquota máxima aplicável, fixada atualmente em 8%.

São raros os estados que chegam a aplicar a alíquota máxima e, quando o fazem, é de forma progressiva. Parte dos estados optam por tributação proporcional, sendo 4% a alíquota mais comum. No quadro atual, é provável que aqueles que ainda não adotaram a alíquota máxima de 8% o façam para reforçar o caixa, única medida no horizonte relativamente à importante e inexplorada base do patrimônio.

Assim, não há indicações de que a tributação do patrimônio venha a ser cogitada como fonte importante de receitas a ser explorada no período pós- pandemia, a não ser que, no bojo de uma reforma tributária, o ITCMD venha a ser federalizado, tal como proposto no parecer aprovado pela Comissão Especial da PEC nº 293/2007 (Relatório Haully).

## **9 A POSITIVAÇÃO DA RETROATIVIDADE BENIGNA DO DIREITO TRIBUTÁRIO NA ISENÇÃO DO ITCMD CAUSA MORTIS POR COVID NO ESTADO DO AMAZONAS (LEI N. 6.030/2022).**

A regra geral, é que a lei tributária deve reger o futuro, sem se estender a fatos ou circunstâncias ocorridas anteriormente ao início de sua entrada em vigor. Só há legitimidade na norma se o contribuinte conhece de antemão a sua obrigação tributária e todos os elementos de mensuração. Ocorrido o fato gerador, adquire o contribuinte o direito de se submeter ao regime fiscal vigente quando da ocorrência deste.

A Constituição Federal, estabelece como norma geral, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (inciso XXXVI, art. 5º.), estabelecendo que em matéria penal a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (inciso XL, art. 5º). O Código Tributário Nacional, por seu turno, em seu art. 144, esclarece que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (grifo do autor)

Ao tratar do Sistema Tributário Nacional, o constituinte originário alçou o princípio da irretroatividade da lei tributária como direito fundamental do contribuinte (alínea a, do inciso III, do art. 150), estando ao abrigo das chamadas cláusulas pétreas (inciso IV, do parágrafo 4º., do art. 60) e como tal resguardado de qualquer tentativa de supressão pelo poder constituinte derivado. O princípio não impede lei que conceda uma vantagem ao contribuinte tenha incidência retroativa, já que como direito individual seu, só opera como regra protetiva, isto é, quando a lei cria ou aumenta um tributo.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 106, II, estipula três casos de retroatividade da lei mais benigna aos contribuintes e responsáveis, tratando-se de ato não definitivamente julgado. O

que deve ser compreendido como ato não definitivamente julgado veremos adiante. Este tópico, portanto, se preocupa com as três hipóteses em que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

As três hipóteses de retroatividade estampadas pela lei, acabam por beneficiar o contribuinte, sem empecilhos do ordenamento constitucional, que só proíbe a retroação de lei que agrave sua situação.

Como observa com razão Machado (1998, p. 71) não se há de confundir aplicação “retroativa” nos termos do art. 106, II, com anistia, regulada nos arts. 180 a 182 do Código. Embora em ambas as hipóteses ocorra a aplicação da lei nova que elide efeitos da incidência de lei anterior, na anistia não se opera alteração ou revogação da lei antiga. Não ocorre mudança na qualificação jurídica do ilícito. O que era infração continua como tal. Apenas fica extinta a punibilidade relativamente a certos fatos. A anistia, portanto, não é questão pertinente ao direito intertemporal.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, entende que o ato definitivamente julgado deve ser entendido como ato consumado por decisão judicial, não necessariamente por sentença. A ementa do julgado, relatado pelo Eminente Ministro Demócrito Reinaldo Recurso Especial n. 94.511/PR, porta a seguinte redação, *literis*:

EXECUÇÃO FISCAL. REDUÇÃO DE MULTA EM FACE DO DECRETO – LEI Nº 2.471/88. ART. 106, II, C, DO CTN. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA AO CONTRIBUINTE. POSSIBILIDADE.

O art. 106 do Código Tributário Nacional admite a retroatividade, em favor do contribuinte, da lei mais benigna, nos casos não definitivamente julgados.

Diante da literatura exposta, ampara se a positivação da Lei 6.030/22 no princípio da retroatividade benigna, ampliando sua abrangência sendo abordada de forma reflexa em conjunto com o parecer da PGE/AM, que de igual forma sustentou através do princípio da irretroatividade o não benefício da isenção, senão com lei posterior que viesse retroagir na forma do art. 106 e suas hipóteses. Assim, resignificando a abrangência e extensão da isenção do ITCMD desde o início do período de calamidade pública, sendo originária a causa mortis por covid-19.

## 10 CONCLUSÃO

Embora o tema seja de grande importância, muita coisa ainda falta para se chegar a uma abordagem mais extensa e completa sobre o assunto, visto que poucos são os julgados dos tribunais superiores sobre o assunto e também a doutrina não se estende muito sobre o assunto a não ser o básico indo pouco além do que já está assentado no código tributário nacional. No

entanto, é possível afirmar que a lei tributária em regra é irretroativa comportando exceções que vem estabelecido no artigo 106 do CTN, podendo eliminar e reduzir penalidades desde que não se trate de fato definitivamente julgado. Em relação à dispensa de tributo, desde que não se trate de perdão com vigência presente ou futura, a lei é irretroativa, não podendo ampliar o leque de isenção ou de qualquer outro benefício que não fora contemplado quando da lei anterior.

Recordando os artigos 105 e 106 do Código Tributário Nacional, Eduardo Rocha Dias também defende a posição segundo a qual a análise deve ser feita no plano dos fatos, sendo devido que os contribuintes se insurjam contra a aplicação de lei retroativa que lhes prejudique, lembrando que aqueles artigos vedam a aplicação retroativa da lei tributária mais gravosa.

Ao longo do trabalho, foram expostos e desenvolvidos os temas pertinentes ao objeto do trabalho, ou seja, entender manutenção ou o nascimento de uma obrigação tributária, para entender a sua prerrogativa, assim como o caráter não patrimonial que predomina nas obrigações acessórias. Também foi possível entender que este caráter não os exclui de dever tributário, assim como compreender a relação entre Estado e contribuinte como uma relação jurídica, e não de poder, o que seria muito mais oneroso para pleitear qualquer benefício ou prerrogativa em relação à parte mais frágil da relação.

Portanto, o dever jurídico ainda existe, assim como penalidades quando o seu não cumprimento, mas a lei deverá retroagir a ato pretérito, em determinadas situações, e conforme foi investigado neste trabalho, a ocorrência fática adequada da Lei 6.030/2022 é uma destas situações.

Conclui-se assim, quanto à efetividade do que foi estudado neste trabalho, isto é, se houve a cobrança do tributo nesse lapso temporal antes da retroatividade da lei, deve o contribuinte, que se acanhar no direito de restituição, manifestar sua vontade de ressarcimento junto a fazenda pública, já que tornou-se possível a isenção desde o início do período de calamidade pública, conforme já esclarecido, dada a atual situação atípica da pandemia do Coronavírus.

## 11 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AMAZONAS, PROCURADORIA DO ESTADO, **PARECERN.º 454.2021** - PRODACE. PGE-Leido Covid2021.

AMAZONAS, **Secretaria De Estado Da Fazenda**, [https://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/acessoem:22 de abril de 2022](https://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/acessoem:22%20de%20abril%20de%202022).

BRASIL. **Código Civil**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Senado Federal**. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/571954/RAF40\\_MAIO2020.pdf](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/571954/RAF40_MAIO2020.pdf). Acesso em: 18/5/2022.

CAGED. **Cadastro geral de empregados e desempregados**. Brasília: MTE. 2022.

CARRAZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DÍAS, Eduardo Rocha. **Alterações no processo de controle abstrato de constitucionalidade e a extensão do meio vinculante à ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Dialética, São Paulo, n. 55, abril, 2000, p. 60.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.DEA. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 71.

OECD. **Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience**. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience/>. Acesso em: 23 maio 2022.

RFB. **Receita Federal do Brasil**. <http://dados.receita.fazenda.rs.gov.br/Documentos%20Compartilhados/Boletim%20Semanal%20Receita%20Estadual%20-%20Impactos%20COVID-19%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%201.pdf>. Acesso em 20/08/2022.



## **A EFICÁCIA DOS MEIOS TECNOLÓGICOS ALTERNATIVOS DE PROTEÇÃO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19**

**ROSANA DINIZ SANTOS:**  
Graduada em Bacharela em  
Direito pelo Centro  
Universitário de Goiatuba-  
UNICERRADO.

**KÉZIA INÁCIA DE MENEZES**<sup>95</sup>  
(coautora)

**RODRIGO DE PAULA ZARDINI**<sup>96</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** Infelizmente, a violência doméstica está em ascensão na sociedade contemporânea, principalmente durante a pandemia de Covid-19. Tomando como base essa ascensão, são analisados, neste estudo, os principais aspectos do tema, como os danos causados às vítimas e o amparo jurídico a elas prestado, bem como as criações tecnológicas para combater essa violência. O método utilizado no tópico é a pesquisa bibliográfica, que é descritiva, e as técnicas utilizadas são qualitativas, complementadas por métodos dedutivos ao final. Logo, este trabalho analisará os danos sofridos pelas vítimas e descreverá o medo que as mulheres sentem quando as condenam.

**Palavras-chave:** violência doméstica; tecnologia; distanciamento social; proteção; Covid-19.

**ABSTRACT:** Unfortunately, domestic violence exists in contemporary society, mainly on the rise during the COVID-19 pandemic. On this basis, the main aspects of the subject are analyzed, such as the damages caused to the victims and the legal protection provided to them, as well as the technological creations to combat this violence. The non-topical method used is bibliographical research, which is descriptive, and the techniques used are qualitative, complemented by deductive methods at the end. Therefore, this work will analyze the damage suffered by the victims and will discover the fear that the women feel when they are condemned.

**Keywords:** domestic violence; technology; social distancing; protection; Covid-19.

### **INTRODUÇÃO**

A violência doméstica, infelizmente, está em evidência em nossa sociedade há muito tempo, porém, levou anos para que a justiça reconhecesse este crime e, mesmo tendo sido criadas

<sup>95</sup> Graduada em Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba- UNICERRADO..

<sup>96</sup> Prof.Me.Rodrigo de Paula Zardini Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Goiatuba – UNICERRADO. Mestre em Ciências Contábeis pela FECAPE Business School.

medidas interventivas, bem como normas e leis que possam diminuir os índices e reduzir essa violência tão absurda, ainda não se conseguiu atingir tal feito.

Com o surgimento da pandemia causada pelo novo coronavírus, os especialistas e a Organização Mundial da Saúde (OMS) propuseram várias medidas, como a adoção da quarentena, e, com isso, os casos de violência contra mulher aumentaram muito, em razão do distanciamento social e da convivência mais amíúde com o marido.

Conforme constatado pelas denúncias, dos 100 casos atendidos em delegacias, 95 eram de mulheres relatando histórico de violência doméstica. No ano passado, no início da quarentena, foi percebido, por diversas análises e estudos, um aumento exponencial de casos em um curto período de tempo, o que é alarmante. Além disso, muitas vezes as mulheres se sentem – e são – coagidas no momento em que pensam em fazer a denúncia.

Nesse caso, isso ocorre por meio de ameaças, sejam elas verbais, sejam elas físicas, caso ela comente algo com alguém, restrição de liberdade, além de proibi-la de realizar ligações ou recebê-las, vigiando e calculando as palavras ditas por ela.

Em virtude dessas dificuldades enfrentadas pela sociedade feminina, foram criados inúmeros mecanismos tecnológicos de intervenção com vistas a reduzir esses casos. Plataformas de vendas de eletrodomésticos criaram uma funcionalidade para ajudar a mulher na hora da denúncia sem que o marido dela desconfie; lanchonetes e pizzarias criaram um modo de denúncia também e, por fim, *sites* compilaram *links* para disponibilizar o boletim para as mulheres denunciarem de imediato. Apesar disso, Infelizmente nem todas as mulheres conseguem realizar essas denúncia.

De certa forma, foi comprovada a eficácia do uso desta tecnologia, pois houve uma redução no número de casos e acredita-se que as mulheres aos poucos estão a parte dessas disponibilidades, minimizando os casos de violência doméstica.

Considerando o aumento dos casos de violência durante o período pandêmico, seria possível, através deste estudo, compreender se realmente a utilização da tecnologia pode minimizar e combater os casos de violência doméstica?

O objetivo deste estudo, portanto, é o de analisar e compreender a violência doméstica durante a pandemia de Covid-19, assim como se o uso da tecnologia pode auxiliar na redução desses crimes. Para isso, é preciso abranger o conceito de violência doméstica; analisar o comportamento do homem ou agressor nesses casos; descrever o comportamento da vítima mediante a violência; e compreender a importância da tecnologia no combate à violência doméstica.

Quanto ao procedimento metodológico, foi realizada uma pesquisa bibliográfica fundamentada por normas legislativas, artigos científicos, entendimentos doutrinários.

A pesquisa poderá ser classificada como descritiva, pois, para Almeida (2014), essa apreciação tem o objetivo de representar o objetivo do estudo, apontando as suas características e os problemas, relacionando-os da forma mais exata possível.

Ademais, a técnica utilizada foi qualitativa, pois, de acordo com os ensinamentos de Lakatos e Marconi (2021), esse tipo de pesquisa aborda questões específicas, ou seja, traz o sentido do estudo, já que aborda os significados, os motivos, as aspirações e as crenças.

Na primeira seção foram abordados o conceito e as definições de violência doméstica; enquanto a segunda fala sobre o comportamento do agressor, destacando os motivos que o levam a praticar tal violência. A terceira parte reflete sobre o comportamento das vítimas de violência doméstica, demonstrando os problemas encarados por elas mediante a sociedade, assim como as barreiras por elas enfrentadas no momento da denúncia. Por fim, a quarta seção menciona o quão importante é o uso de tecnologias nos casos de violência doméstica, comprovando sua eficácia.

Por esses e outros motivos é que decidiu-se por apresentar, neste trabalho, a eficácia do uso das tecnologias. É importante, aliás, é mais do que necessário, que essas informações cheguem a todas as mulheres, das mais diversas classes sociais.

## **1 CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A violência doméstica infelizmente está presente em nossa sociedade há muito tempo. A mulher é sempre subjugada pelos conceitos patriarcais da época, desde o período em que elas não detinham direitos e, ainda, tinham seu comportamento controlado rigidamente pela família. Dessa, entende-se que a mulher era subjugada utilizando-se os padrões patriarcais, sendo seu comportamento moldado rigidamente, todavia, fora das amarras severas do patriarcalismo, vê-se que ela tampouco conseguiu libertar-se dos padrões que lhe foram impostos (FARIAS JÚNIOR, 2001, p. 207).

Violência doméstica contra a mulher é qualquer ação ou conduta que cause morte, constrangimento, dano ou sofrimento físico, sexual, psicológico, moral ou simbólico à mulher, no âmbito doméstico, ou seja, em seu espaço domiciliar. Essa violência contra a mulher se refere a toda forma de manifestação de agressividade, ou seja, em suas versões física, sexual, psicológica ou moral, provocada por um cônjuge, companheiro, amante, namorado ou qualquer parceiro íntimo, mais comumente ocorrendo, embora não necessariamente, no espaço privado do domicílio (OSTENTE, 2005 citado por MOREIRA; BORIS; VENÂNCIO, 2011, p. 399).

Segundo Osterte (2005 citado por MOREIRA; BORIS; VENÂNCIO, 2011), a violência doméstica contra a mulher é qualquer ação ou conduta que cause morte, constrangimento, dano ou sofrimento físico, sexual, psicológico, moral ou simbólico à mulher, no âmbito doméstico, ou seja, em seu espaço domiciliar.

Isso decorre de atos absurdos que, infelizmente, são características decorrentes de uma sociedade patriarcal e, mesmo com as mudanças tanto no âmbito jurídico quanto na sociedade, essa “ignorância” persiste no pensamento de muitos:

A cultura da violência doméstica decorre das desigualdades no exercício do poder, levando, assim, a uma relação de ‘dominante e dominado’, e, apesar de se obter avanços na equiparação entre homens e mulheres, a ideologia patriarcal ainda vigora e a desigualdade sociocultural é uma das principais razões da discriminação feminina. (DIAS, 2007, p. 15-16).

Vale ressaltar que existem inúmeros tipos de violência contra a mulher dentre a violência doméstica, a saber: violência sexual, familiar, verbal, psicológica, moral e patrimonial, ou seja, são inúmeros os tipos de violência que podem ser sofridas pelas mulheres. A esse respeito, o artigo 7º da Lei n. 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, expressa que:

**Art. 7º** São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

**I** - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

**II** - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

**III** - 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;

**IV** - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

**V** - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

Seguindo no mesmo assunto, dispõe o artigo 5º da Lei n. 11.340/2006:

**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: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

**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, 2006).

Com a evolução da sociedade, a violência doméstica tem cada vez mais vindo à tona, visto que antes não havia visibilidade para tal ato. Atualmente, este é um assunto abordado de várias formas em muitas mídias, como rádios, televisões, documentários e jornais, pois fica evidente que não se trata apenas de uma questão judiciária, mas sim de saúde, política e, principalmente, da cidadania da vítima. Nesse mesmo entendimento, Damásio de Jesus (2015) informa que

[é] um dos fenômenos sociais mais denunciados e que está ganhando uma enorme visibilidade nos últimos tempos, devido a grande busca da sociedade feminina pelo caráter devastador sobre a saúde, políticas e cidadania que tanto as mulheres buscam. Infelizmente trata-se de algo mais complexo e para enfrentar esse problema é necessário buscar alguns serviços, utilizando de um trabalho em rede.

Em decorrência desses diversos fatores, foram criadas medidas interventivas com o uso da tecnologia para diminuir, salvar vidas e evidenciar a eficácia desses métodos, especialmente em virtude das dificuldades encontradas pelas vítimas da violência na hora de buscar ajuda. Isso porque elas sofrem ameaças e privações por parte do agressor. Assim, diversos *sítes* e aplicativos criaram e disponibilizaram ferramentas que podem ajudar e facilitar a denúncia, além de suporte a elas sem que o agressor possa desconfiar e promover algum tipo de ameaça.

“Atualmente, aplicativos de *smartphones* como ‘Magalu’ têm criado métodos e mecanismos de forma estratégica e sigilosa para auxiliar, e dar suporte as mulheres a denunciar a violência sofrida por elas.” (UNIVERSA UOL, 2020).

Diversos *sites*, como compilado pelo Catraca Livre, criaram *links* que dão acesso diretamente a boletins de ocorrência de forma mais secreta para que não ocorra desconfiança. Isso é de grande importância, pois já direciona a mulher sem medo de expor toda a violência sofrida por ela (CATRACALIVRE, 2020).

Não se pode deixar de citar os inúmeros institutos criados para ajudar essas mulheres, vítimas desses atos violentos, a exemplo do aplicativo PenhaS (2019), desenvolvido com vistas a buscar ajudar e facilitar todas as fases dolorosas desse processo. Nele as usuárias têm acesso às delegacias das mulheres, além de poderem conversar anonimamente sobre as violências sofridas; também se ajuda a vítima a produzir provas contra os agressores e poder levá-las até o ponto de acolhimento. Isso é necessário porque muitas mulheres não sabem que aquelas ações por elas sofridas configuram violência, mas, depois de se informar sobre a Lei Maria da Penha, e até mesmo ouvir depoimentos de outras mulheres, são capazes de saber o que fazer.

## 2 ANÁLISE COMPORTAMENTAL DO AGRESSOR

Sabe-se que a maioria dos casos registrados de violência doméstica geralmente são praticados pelo gênero masculino, conforme os dados registrados por inúmeros estudos, índices e análises, normalmente companheiros ou ex-companheiros das vítimas.

Para entender ou talvez tentar chegar perto de compreender as atitudes do autor, é preciso fazer uma análise detalhada não só das características, causas ou motivos que levam o homem a realizar a agressão. Inúmeros testes foram realizados pela medicina a fim de encontrar pontos cruciais para determinar o que leva realmente à prática da violência, tendo sido apresentados diversos pontos, como drogas, álcool, baixa escolaridade, desemprego e outros que poderiam chegar perto de uma possível certeza, mas que não levariam à solução do problema. O álcool e as drogas estimulam, comprovadamente, o comportamento agressivo dos homens, embora não se possa afirmar que sejam condição determinante (GREGORI, 1993).

Não obstante, encontram-se resultados similares em outros estudos, como o de Deekee *et al.* (2009), em sua pesquisa sobre os agressores praticantes de violência doméstica em Florianópolis (SC), apontando que 40% deles tinham apenas o Ensino Fundamental incompleto, enquanto Griebler e Borges (2013) mostram que 69,3% dos agressores possuem somente Fundamental, tanto completo quanto incompleto.

A idade média dos agressores em questão foi de 35,25 anos (DP=10,44; min=18; max=72). Resultado similar também foi encontrado em pesquisa desenvolvida por Griebler e Borges (2013), pois a idade média encontrada foi acima de 35 anos.

Dos agressores que cometeram violência doméstica durante o ano de 2014 e foram notificados na Delegacia da Mulher, 38,2% correspondem à faixa etária de 22 a 32 anos, corroborando com a análise de Sousa, Nogueira e Gradim (2013). Nesse estudo, 32 anos (73,2%)



foi a idade mais frequente que os agressores possuíam quando da data em que o crime foi notificado.

Dessa forma, há uma clara disparidade no percentual de agressores idosos, com apenas 2,2%. Em relação à faixa etária correspondente a idosos, Souza e Nery (2014) chegaram a uma porcentagem semelhante, em que os idosos são, em 2,44% das vezes, responsáveis por praticar violência contra a mulher. Na grande maioria dos casos em que homens idosos agredem mulheres estas são suas esposas ou companheiras, também idosos.

Considerando os dados dispostos, é notório que os agressores, na sua maioria, se classificam como "ex" de suas vítimas. Esses resultados corroboram com os estudos de Lamoglia e Minayo (2009), realizado em uma cidade do Rio de Janeiro, em que os ex-companheiros, maridos e companheiros são responsáveis pelo maior número de agressões de violência doméstica.

Como Moura *et al.* (2009) afirmam, a maior parte das notícias-crime comunicadas na Delegacia são advindas de pessoas com baixo nível de escolaridade, porém, é válido salientar que a violência doméstica acontece em todo os grupos sociais, com agressores de todos os níveis de escolaridade e profissão. A exemplo disso, temos a presença de agressores profissionais com curso superior, como advogados, professores e médicos, inseridos na categoria "Outros", entretanto, estão em menor quantidade

## **2.1 Essas informações seriam suficientes para chegarmos ao resultado final?**

A princípio, é de extrema importância fazer uma análise sociocultural do indivíduo, porque essa questão influencia direta e totalmente no desenvolvimento psíquico e comportamental do homem. Seriam esses reflexos absorvidos através de sua evolução como pessoa, resquícios de uma sociedade patriarcal, na qual o homem era o chefe. Logo, o comportamento apresentado seria reflexo de um modo de viver armazenado pela consciência do indivíduo e que, futuramente, ficaria evidente em determinadas situações.

Antes, os valores e ensinamentos repassados aos filhos eram de que o homem sempre deveria ser o chefe da casa, sendo forçado a inibir seus sentimentos, a ser severo, a mostrar-se como o único detentor de poder, enquanto a mulher era fragilizada e responsável somente pela casa e pelos filhos. Naquele tempo, o homem falava e tinha direitos e a mulher somente obedecia. No século atual, essa concepção deixou de ser utilizada na formação sociocultural e moral do indivíduo, porque é ensinado que existe a isonomia entre homens e mulheres, desde a Constituição de 1988, na qual ambos detêm os mesmos direitos, deixando esses machismos pré-histórico de lado.

É evidente que tanto a mulher quanto o homem são vítimas do machismo, mas isso não quer dizer que o homem deve praticar atos violentos no âmbito domiciliar. Não é porque ele aprende esses modos que ele deva colocá-los em prática, porém, mesmo com a evolução da civilização, esses modos arcaicos ainda são repassados.

Para Nina Rodrigues (1939 citado por Chaves, 2003), a humanidade, por mais que seja racionalmente evoluída, em detrimento dos outros animais, tem seu desenvolvimento comportamental psíquico atual como resultado de um processo lento que acontece até os dias de hoje. Ou seja, mesmo que, na visão de muitos, o ápice da evolução já tenha sido atingido, a humanidade ainda aos poucos está se desenvolvendo, conforme entra em contato com as diversas formas de conhecimento. A civilização possibilitou a evolução sociológica e também o desenvolvimento do senso moral do indivíduo ou da coletividade, que fez com que se tivesse uma nova visão a respeito dos mesmos atos delituosos antes cometidos.

### **3 VISÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA MEDIANTE A VIOLÊNCIA**

Nos casos de agressões, as vítimas são questionadas por inúmeras vezes a respeito dos motivos e, com isso, elas acabam desistindo ou demorando para denunciar o agressor. Antes mesmo de haver uma resposta, os julgamentos são despejados sobre essas mulheres, que sequer têm a chance de se justificarem.

É relevante conhecer as representações sociais das mulheres vítimas de violência doméstica e verificar como este conhecimento, elaborado e compartilhado por este grupo de pertença, cria uma realidade prática e cotidiana. Faz-se necessário conceber as mulheres vítimas de violência como sujeitos sociais que carregam em si as características culturais do gênero que, segundo Ribeiro e Coutinho (2011), é uma construção social, e tem colocado o homem numa situação de dominação sobre a mulher ao longo da história. (FONSECA; RIBEIRO; LEAL, 2012, p. 307).

Primeiramente, é preciso entender que são diversos os fatores que contribuem para a permanência da vítima com o agressor ou até mesmo a levam a desistir de levar a denúncia adiante. Um desses fatores seriam os filhos, a dependência econômica e, por fim, o amor. Quando a última palavra é citada como motivo desencadeia uma frustração naqueles que a acompanham. A partir disso, subentende-se que não se trata somente de algo material, e sim de sentimentos, e estes acabam por influenciar o estado psíquico da vítima:

As trajetórias para que uma mulher se livre da violência não são lineares, segundo Sagot (2007), "mas complexos processos nos quais as mulheres podem realizar ações aparentemente contraditórias" (p. 48). Pesquisa realizada em diversos países latino-americanos utiliza o conceito de "rota crítica", entendido como um processo construído a partir das ações e decisões tomadas pela mulher em situação de violência. Para a autora, o início da rota crítica é o rompimento do silêncio e a decisão da revelação de sua situação como vítima. (GADONI-COSTA; DELL'AGLIO, 2009, p. 154).

É mais comum, nesses casos, serem mais evidentes os termos "dependência econômica" e "filhos" para manter a relação, mas muitos não sabem que cada indivíduo cria uma concepção de amor, ou seja, cada pessoa demonstra afeto de maneiras diferentes.

#### **3.1 Então, questiona-se, por que isso seria empregado nestes casos?**

A consciência humana é capaz de realizar inúmeras interpretações e, se a pessoa é exposta a inúmeros sentimentos desde determinado tempo, cria-se, no subconsciente, que aquilo é uma forma de sentimento carinhoso, de demonstrar carinho. Nesse caso, as vítimas (esposa ou ex-esposa) são mulheres que desde o início da relação criaram a ideia de que aquele amor recebido pelo agressor, mesmo que diferente, para elas era normal, porque, conforme elas, essas atitudes eram uma forma de amor demonstrada por eles. Caso algum terceiro as questionasse, julgasse ou até mesmo indagasse sobre o assunto, elas discordavam e diziam que essa é a forma do indivíduo amar. É claro que isso somente é um dos motivos para que a vítima deixe de prestar a queixa e continue a relação, mas, além desse, existem outros que contribuem, como ameaças, proibições e até mesmo a violência em si.

Segundo Monteiro e Souza (2007), ao procurar uma delegacia especializada para registrar uma queixa, a mulher encontra-se em um momento singular de decisão, necessitando de apoio e compreensão. Nesse momento é importante que ela possa ser acompanhada, pois a decisão de denunciar não significa que ela esteja em condições de sair da situação de violência sem ajuda.

Rifiotis (2004 citado por GADONI-COSTA; DELL'AGLIO, 2009, p. 154) "salienta que é difícil avaliar o tipo de atividade que efetivamente se desenvolve nas delegacias especializadas no atendimento à mulher e sua importância para as usuárias do local, o que certamente vai além de criar condições para a resolução de conflitos conjugais".

Por muitas vezes, a família e até mesmo amigos próximos, ao perceberem toda a situação, de todas as formas tentam intervir, porém, dificilmente conseguem, pois aquela que sofre a violência não aceita as acusações feitas, justifica com desculpas, visto que, na concepção dela, isso é uma forma de amor diferente; mal sabem elas o quanto esse amor é prejudicial e que, infelizmente, pode vir a ser fatal. Por isso, após a denúncia, as vítimas precisam de tratamento, apoio psicológico e, principalmente, familiar.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DA TECNOLOGIA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A tecnologia é uma ferramenta global, que vem crescendo de forma exponencial, assim facilitando as atividades de todos aqueles que a manuseiam. Por muitas vezes, a utilização desse meio tecnológico possibilitou o fácil acesso do sistema judiciário e policial às denúncias, nas investigações de diversos crimes e em outros determinados pontos. No caso da violência doméstica, a implantação tecnológica foi essencial para conter e administrar o progresso dessa violência durante o isolamento.

Neste contexto, reporta-se aumento dos casos de violência doméstica desde o início da pandemia da COVID-19 em países como China, Reino Unido, Estados Unidos, dentre outros.

Da mesma maneira, no Brasil, segundo o Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos houve um aumento de 35% nas denúncias de violência contra a mulher na Central de Atendimento à Mulher –Ligue 180

(Brasil, 2020). Esta realidade reitera a importância do desenvolvimento de estratégias de enfrentamento da violência contra as mulheres no contexto da pandemia da COVID 19, quando a ansiedade e o estresse, a desagregação dos contatos sociais e de proteção e a restrição ao acesso aos serviços podem aumentar o risco de violência para as mulheres. (KAUKINEN, 2020, tradução nossa).

Muitas vezes, as vítimas de violência não conseguem efetivar a denúncia, devido às ameaças físicas e psicológicas feitas pelo companheiro. Dessa forma, pela falta de recursos acessíveis, a mulher permanece sofrendo até ter a oportunidade de realizar a denúncia. Com o avanço tecnológico, e os demais *sites* e aplicativos populares, implementaram-se mecanismos que possibilitaram mais acessibilidade e segurança às vítimas de violência, no momento da denúncia, além de oferecer apoio psicológico. Porém, mesmo havendo esses recursos, na maioria dos casos as vítimas ainda precisam buscar atendimento em uma delegacia ou em postos de atendimento.

Pode -se dizer que esse é um mecanismo novo que ainda está sendo implementado, já que nem todos os meios de interação digital fornecem esses recursos, porém, há muitos meios que funcionam como amparo para auxiliar nessa diminuição. Ademais, a tecnologia (internet) é indispensável, pois, mesmo sendo muito usada, ainda há milhares de casos ativos no País de mulheres que não podem nem sequer sair de casa em razão de certos abusos ou não reconhecem estarem sofrendo abuso e acham tranquilamente normal o que está acontecendo com elas. Ao longo dos anos, as mulheres sofreram proibições e perseguições apenas por serem mulheres, e essa violência não foi só física, como também psicológica. A omissão sobre certos atos (fidelidade, garantia) ocorre porque não os veem como agressão, mas em qualquer ato que te cause desconforto ou constrangimento a violência está ali, sendo cometida, e, normalmente, como já dito, é sempre pelo companheiro da vítima. Essa violência torna-se muito mais complexa pelo fato de a sociedade ainda ter uma terço sobre machismo imbuída nela, que é passada ou transmitida por gerações e tradições.

Sem embargo, atualmente “[o]s movimentos sociais, dentre eles o movimento feminista, tem encontrado na internet um espaço importante para organização, expressão e atuação política” (FERREIRA, 2015).

Nesse contexto, destaca-se a utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), as quais abrangem as ferramentas computacionais e os meios telecomunicativos, que facilitam a difusão das informações em uma convergência entre a informática e as telecomunicações (FERRARINI; SAHEB; TORRES, 2019).

No entanto, é de extrema importância que haja um enfoque a mais na criação de outros programas virtuais/digitais, que possibilitam o fácil acesso da mulher mediante qualquer tipo de situação que gere violência, principalmente a doméstica. Isso seria uma forma de precaver situações graves futuras. Além da melhoria dos meios de intervenção, é preciso que a informação sobre a existência desses aplicativos chegue a toda a sociedade feminina, pois, por incrível que pareça, ainda há inúmeras mulheres que desconhecem esses recursos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em pleno século XXI, no qual a sociedade se encontra em grande processo de evolução e civilização, cujas leis e normas garantem aos indivíduos direitos e igualdades, houve, principalmente no tocante à mulher, mais visibilidade em diversos setores. Isso foi um grande progresso. No entanto, mesmo com a modernidade, a sociedade ainda mostra conservar alguns conceitos machistas, principalmente o público masculino, pelo qual a mulher ainda é vista, mesmo com a sua independência, como submissa ou menor que o homem. Infelizmente, em meio a tanta modernidade, existem pensamentos assim.

Embora a Lei Maria da Penha tenha sido um grande avanço histórico no combate à violência doméstica e familiar. Os índices de violência se mantiveram em alta, principalmente durante o isolamento social. Conforme visto, apenas a instituição da lei não é suficiente, pois ainda acontecem muitos casos, mesmo estando em vigor leis e recursos como a Delegacia da Mulher e postos de atendimento. Ademais, recursos propiciados pela tecnologia só vão avançando e ajudando, entretanto, muitas mulheres não sabem que estão sofrendo abusos, por não serem eles físicos, e deixam passar tudo isso como normal. Por isso, são indispensáveis todas as ajudas cabíveis, pois nossa sociedade ainda sofre muito a influência da cultura patriarcal devido ao lento processo de desenvolvimento comportamental e cultural.

De forma geral, foi preciso fazer uma análise comportamental do agressor, a qual revela que a maioria de suas atitudes é reflexo de ensinamentos passados através de gerações e tradições, ou seja, são valores ensinados e que refletem em qualquer experiência futura. Isso demonstra o quão importante é o zelo que se deve ter ao passar ensinamentos para uma futura geração. Isso porque cada ensinamento é um complemento para a formação da personalidade do indivíduo.

É importante entender a extensão de danos que a violência pode gerar na vítima, nem sempre percebido por ela. É uma realidade utópica que ela cria do amor recebido e daquilo que ela tende a viver. Por fim, deve-se salientar a importância da tecnologia para restringir e diminuir o contínuo dessa violência. Hoje, a mulher possui muito mais recursos, com a devida segurança de pedir ajuda e obter apoio, fato revolucionário e de extrema importância.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mário de Souza. **Elaboração de projeto, TCC, Dissertação e Tese: uma abordagem simples, prática e objetiva.** 2.ed. P.26, Atlas S.A, São Paulo, 2014.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 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. 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: 18 nov. 2022.



CHAVES, Evenice Santos. Nina Rodrigues: sua interpretação do evolucionismo social e da psicologia das massas nos primórdios da psicologia social brasileira. Scielo, 2003. Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/S1413-73722003000200004> >. Acesso em: 30 de novembro de 2022.

DEEKEE, L. P. *et al.* A dinâmica da violência doméstica: uma análise a partir dos discursos da mulher agredida e de seu parceiro. **Revista Saúde & Sociedade**, v. 18, n. 2, p. 248-258, abr./jun. 2009.

DIAS, M. B. **A Lei Maria da penha na Justiça: Lei 11.340/2006: da efetividade da lei de Combate à Violência Doméstica Familiar contra a Mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

#ElaNãoPedi: Catraca desenvolve campanha contra violência doméstica. Catraca livre, 2020. Disponível em: sem autor: TÍTULO da matéria. Nome do site, ano. Disponível em:

< <https://catracalivre.com.br/cidadania/elanaopediu-catraca-lanca-campanha-contra-violencia-domestica/>. Acesso em: 25 de Junho de 2021 >.

FARIAS JÚNIOR, João. **Manual da Criminologia**. 3. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2001.

FERRARINI, R.; SAHEB, D.; TORRES, P. L. Metodologias ativas e tecnologias digitais: aproximações e distinções. **Revista Educação em Questão**, Natal, v. 57, n. 52, p. 1-30, abr.-jun. 2019.

FERREIRA, C. B. C. (2015). Feminismo web: linhas de ação e maneiras de atuação no debate feminista contemporânea. *lad. Pagu*; 44: 199 – 228. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.15.90/1809-4449201500440199>. Acesso em: 21 de novembro de 2022.

FONSECA, D. H. da; RIBEIRO, C. G.; LEAL, N. S. B. Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. **Psicologia e Sociedade**, [s.l.], v. 24, n. 2, p. 307-314, 2012.

GADONI COSTA, L. M.; DELL'AGLIO, D. D. Mulheres em situação de violência doméstica: vitimização e *coping*. **Gerais: Revista Interinstitucional de Psicologia**, Juiz de Fora, v. 2, n. 2, p. 151-159, 2009.

GREGORI, M. F. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. São Paulo: Paz e Terra/Anpocs, 1993.

GRIEBLER, C. N.; BORGES, J. L. Violência contra a mulher: perfil dos envolvidos em boletins de ocorrência da Lei Maria da Penha. **Revista Psico on-line**, [s.l.], v. 44, n. 2, p. 215-255, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistaspsico/article/viewFile/11463/9640>. Acesso em: 22 nov. 2015.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



KAUKINEN, C. When Stay-at-Home Orders Leave Victims Unsafe at Home: Exploring the Risk and Consequences of Intimate Partner Violence during the COVID-19 Pandemic. **American Journal of Criminal Justice**, v. 6, p. 1-12, 2020.

LAMOGLIA, C. V. A.; MINAYO, M. C. S. Violência conjugal, um problema social e de saúde pública: estudo em uma delegacia do interior do Estado do Rio de Janeiro. **Revista de Ciência Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 595-604, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 20 nov. 2015. Acesso em: 18 nov. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia de trabalho científico: projetos de pesquisa, Tese de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso**; atualização da edição João Bosco Medeiros. – 9. ed. P.44 – São Paulo: Atlas,2021.

MONTEIRO, C. F. S.; SOUSA, E. O. Vivência da violência conjugal: fatos do cotidiano. **Texto, Contexto & Enfermagem**, [s.l.], v. 16, n. 1, p. 26-31, 2007.

MOREIRA, V.; BORIS, G. D. J.; VENÂNCIO, N. O estigma da violência sofrida por mulheres na relação com seus parceiros íntimos. **Psicologia & Sociedade**, [s.l.], v. 23, n. 2, p. 398-406, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/4xyhTgzY4CpZ8W5xmV78JJS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 18 nov. 2022.

MOURA, L. B. A. et al. Violências contra mulheres por parceiro íntimo em área urbana economicamente vulnerável, Brasília, DF. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 43, n. 6, p. 944-953, dez. 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102009000600005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102009000600005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 18 nov. 2022.

PENHAS: Criando conexões contra a violência. PenhaS, 2019. Disponível em: <https://azmina.com.br/projetos/penas/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

RIFIOTIS, T. As delegacias especiais de proteção à mulher no Brasil e a “judicialização” dos conflitos conjugais. **Sociedade e Estado**, [s.l.], v. 19, n. 1, p. 85-119, 2004.

SOUSA, A. K. A. de; NOGUEIRA, D. A.; GRADIM, C. V. C. Perfil da violência doméstica e familiar contra a mulher em um município de Minas Gerais, Brasil. **Caderno de Saúde Coletiva**, [s.l.], v. 21, n. 4, p. 425-431, 2013.

SOUZA, D. F.; NERY, I. S. Políticas públicas e os agressores das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. In: REDOR – REDE FEMINISTA NORTE E NORDESTE DE ESTUDOS E PESQUISAS, 18., 2014, Recife. **Anais [...]**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

UNIVERSA UOL. Aplicativo Magalu traz botão para denunciar casos de violência doméstica. **Uol**, 28 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/05/28/aplicativo-magalu-divulga-botao-para-denunciar-casos-de-violencia-domestica.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

## **INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E OS DESAFIOS DA INICIATIVA POPULAR NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

**ITALO ARAUJO DE CASTRO VELOSO:**  
Acadêmico do Curso de Direito do Centro  
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

**OSMAR ALVES DE OLIVEIRA NETO**<sup>97</sup>

(coautor)

**MARCUS VINÍCIUS DO NASCIMENTO LIMA**<sup>98</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem como intuito a investigação do instituto da iniciativa popular no processo legislativo brasileiro, bem como os entraves que a impossibilitam, agregada a tecnologia no fomento da democracia e soberania popular. A análise decorre dos grandes avanços que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, incluindo a possibilidade de propor leis pelos cidadãos, desse modo, questiona-se o uso da iniciativa popular e os desafios de sua eficácia e como o uso da atual tecnologia pode facilitar a participação desses cidadãos. Portanto, aborda-se pelo método indutivo, tendo como especificação de estudo o método bibliográfico do tipo narrativo de pesquisa em que pode-se constatar os problemas enfrentados pela iniciativa legislativa popular, de tal forma, estabelece no decorrer desse estudo a sua forma constitucional, bem como a inserção da tecnologia, seu desenvolvimento na contemporaneidade e como impulsioná-la. Por conseguinte, é válida a pesquisa de tais barreiras, sejam elas formais e materiais, identificando o que pode tornar a iniciativa popular eficaz com o apoio tecnológico, na perspectiva de propor mais leis no âmbito do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Iniciativa Popular, Tecnologia, Estado Democrático de Direito.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente estudo visa analisar a estrutura da iniciativa popular no Brasil e, consequentemente a utilização das novas tecnologias e os entraves na inserção da participação democrática da iniciativa popular na propositura de projetos de lei. Desta forma, podemos aferir as dificuldades ainda enfrentadas pela população e sua tentativa na propositura de leis pelo legislativo federal brasileiro. Para tanto, procurou-se atentar às formas de participação tecnológica na criação de leis e destacar quais os obstáculos enfrentados pelos cidadãos brasileiros em sua participação direta nesse contexto.

Em um segundo momento, analisamos quais desafios tecnológicos impossibilitam a iniciativa popular na participação democrática em projetos de lei e sua real efetivação no Brasil. Partindo dessa premissa, utilizamos a pesquisa qualitativa e terá caráter jurídico- dogmático,

<sup>97</sup>Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

<sup>98</sup>Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS.

tendo em vista que se trata de um objeto de estudo complexo e de natureza social, no qual será abordado algumas ideias para amenizar a problemática apresentada. Nessa toada, quanto ao método de abordagem, será utilizado a pesquisa bibliográfica, com consultas a fontes legislativas e científica, tendo em vista que será utilizada a linha de pensamentos de diversos autores acerca do tema em questão, bem como a utilização dessas ideias como uma forma elucidar o argumento apresentado e a formação de opiniões quanto as possíveis soluções apresentadas.

O estudo, portanto, irá se dividir em três partes, inicialmente será discutido acerca da soberania popular e como se dar a participação da sociedade brasileira, esta que se dará por meio por meio de representantes eleitos por votos ou exercida pelo povo de forma direta ou semidireta, através do plebiscito, referendo ou iniciativa popular. Após, será analisado a iniciativa popular sob o prisma constitucional, esta que atribui aos cidadãos sua participação de forma direta, sem intermediários, promovendo sua atuação nas políticas do Estado, por fim, mostraremos como a tecnologia impulsionaria a participação da sociedade na iniciativa popular brasileira.

Desta forma, com as inúmeras inovações tecnológicas nos últimos anos, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados apresentaram o Projeto de Lei do Senado nº 84/11 e o Projeto de Regulamentação nº 68/11, respectivamente. Esses projetos visam a utilização da internet, como um meio de participação da população em projetos de leis. Entretanto, nota-se um certo desinteresse dos cidadãos, pois tais projetos não são conhecidos da forma que deveriam, tendo em vista o impacto direto na forma de participação da população ao apresentarem projeto de lei e, a partir de então, iniciar o processo legislativo.

No Brasil, existem somente quatro projetos da iniciativa popular que foram convertidos em leis e nota-se a dificuldade, por exemplo, na conferência das assinaturas desses cidadãos, em que muitos projetos acabam sendo usurpados por Deputados para poder efetivá-los. Dos quatro projetos oriundos da iniciativa popular, percebe-se que eles tem em comum o forte apelo popular, sendo dois de combate à corrupção e um de punição por crimes hediondos.

Salienta-se que por mais que estes projetos comumente são citados como consequência da iniciativa popular, na realidade somente um foi de fato promulgado mediante tal princípio, pois dependendo do número de assinaturas em favor de uma lei, nota-se que o Estado tem uma certa dificuldade quanto ao recolhimento destas, sendo assim, o que ocorre é algum deputado utilizar o projeto de lei que inicialmente foi proposto por iniciativa popular e utiliza-lo como seu.

Considerando que a democracia é uns dos pilares mais importantes em uma república, no qual se tem como uma de suas definições a forma de organização política em que o povo controla diretamente a gestão da sociedade, por meio de referendos, plebiscitos e outros instrumentos legais, nota-se que apenas 4 (quatro) projetos de iniciativa popular foram convertidos em lei, assim, tal definição está longe da realidade atual, seja por conta da falta de interesse populacional em participar de fato ou da dificuldade para ter suas ideias ouvidas pelos representantes do povo.

O artigo, portanto, consiste na necessidade, observada pelos autores, de se pensar estratégias para a Iniciativa Popular de lei, de modo a facilitar sua proposição e aproximar o povo

do processo deliberativo. É necessária uma reflexão acerca da participação da população na propositura de projetos de lei. Adiante, a principal forma de viabilizar a iniciativa popular seria por meio do uso da tecnologia, tendo em vista a forma arcaica de coleta de assinaturas para efetivação da mesma. Percebe-se que falta equanimidade em território nacional para que a participação da iniciativa popular no processo democrático de criação de leis possa tornar-se efetiva.

## **2 SOBERANIA POPULAR E SUA ATUAÇÃO: CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE PARTICIPATIVA**

A primeira ideia de soberania popular surgiu com a Constituição Federal de 1934, onde em seu artigo 2º é elucidado que “todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos”. A partir daí, todas as constituições posteriores deixavam claro que tudo era em pró do povo, todavia, somente com a Constituição de 1988 que a soberania popular foi citada, se tornando um princípio fundamental de fato e não vago como as constituições anteriores.

Ainda sobre a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único (BRASIL, 1988), deixa claro que todo o poder emana do povo, este que deve ser exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente. Desta forma, a soberania popular se dará por meio de representantes eleitos por votos ou exercida pelo povo de forma direta ou semidireta, através do plebiscito, referendo ou iniciativa popular.

De acordo com Silva (2014, p. 79):

O constitucionalismo firmou a tese de que por “constituição” se entende a constituição escrita, porque só esta pode assumir seu objetivo básico, qual seja, estabelecer limitações ao poder, não como fim em si, mas como garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Para tanto, a constituição teria que ser a expressão da soberania popular.

Conforme o autor, “o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular” (2014, p. 106). Desta forma, o povo tem o dever de fiscalizar e cobrar do Estado, bem como intervir diretamente caso seja necessário, possuindo total legitimidade para tomar decisões, seja por meio de seus representantes, de forma direta ou semi-indireta.

### **2.1 Formas de Soberania Popular**

Adentrando nas formas de soberania popular, temos o voto. A Constituição Federal, em seu art.º 60, § 4º, inciso II, trata de suas características, este que deve ser direto, secreto, universal e periódico. O voto se trata do poder do povo para decidir aqueles que de fato possuem competência para representá-los, tendo em vista que dependendo do cargo político, o representante terá até 8 (oito) anos no mandato político, como é o caso dos senadores (BRASIL, 1988).

Para Dallari (1983, p. 39):

Para que o voto seja consciente é preciso ainda mais. É necessário que o eleitor obtenha conhecimentos sobre os principais problemas sociais que

o escolhido deverá procurar resolver, ao mesmo tempo em que procura firmar opinião sobre as melhores soluções para cada problema em particular e para o aperfeiçoamento de toda a ordem social. Por tais motivos, o voto consciente exige que, além de uma visão da sociedade em seu conjunto, o eleitor se conscientize das necessidades e exigências do momento e do lugar em que a escolha está sendo feita.

Estando previstos nos incisos I e II do art.º 14 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o plebiscito e referendo se tratam decisão popular ou de consulta direta ao povo em questões de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Ademais, apesar de serem semelhantes o plebiscito se difere do referendo no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, enquanto o referendo trata da aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional que já foram aprovados (SILVA, 2013, p. 144).

### **3 INICIATIVA POPULAR SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL**

A Constituição Federal de 1988 forma a lei básica e fundamental de uma democracia ou república, e que a legitimidade de um governo está enraizada nesta constituição. Atualmente a Iniciativa Popular tem aqueles que incorporam o núcleo eleitoral e são assim colocados no conceito de povo, transformando-se em cidadãos ativos no poder político. Ademais, a iniciativa popular é a autorização cedida ao povo com o intuito de propor um projeto de lei à Câmara dos Deputados. Mas, o cidadão sozinho não tem força na iniciativa de propositura, devendo coletivamente adquirir tal poder (VICENTE; ALEXANDRINO, 2005).

A iniciativa popular atribui aos cidadãos sua participação de forma direta, sem intermediários, promovendo sua atuação nas políticas do Estado. Desse modo, busca introduzir a participação política coletiva de cidadãos para apresentar projetos de atos legislativos, reformas das leis federais, estaduais e municipais. Portanto, deve ser considerada como um dos objetos de democracia semidireta mais apta a atender aos desejos de melhorias na política Estatal, logo por meio dela consegue-se um caminho formidável para orientar o governo, configurando-se em uma participação popular mais possível de acontecer.

Não está incluído no exercício da iniciativa popular aquele que não for eleitor, conforme prevê a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 61, § 2º; quando preceitua:

A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (BRASIL, 1998).

Desse modo, é notório que a legitimidade para a propositura de um projeto de lei depende do alistamento eleitoral e do pleno gozo de direitos políticos por cada eleitor. Além de exigir



que cada projeto de lei seja subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por centos eleitores de cada um deles.

Como o texto constitucional somente traçou as linhas gerais para a atividade da iniciativa popular, deixando ao legislador infraconstitucional ao exercício de dispor a respeito do assunto, a Lei Ordinária de 18 de novembro de 1998 de nº 9.709, veio dispor a regulamentação da iniciativa popular. O primeiro artigo dessa lei elucida o instituto da iniciativa popular e como ela deve ser conduzida. Em seu parágrafo 1º, limita-se o uso da iniciativa popular somente a um assunto. No parágrafo 2º, a referida lei não aceita a rejeição do projeto de iniciativa popular que possua vícios de forma, inclusive aqueles que não sigam técnica legislativa ou de redação.

No segundo artigo referente à iniciativa popular, o legislador determina que a Câmara dos Deputados certifique se as exigências previstas no parágrafo anterior foram cumpridas e já preenchidas única vez àquelas, dê continuidade à iniciativa popular, atento às normas que estão no regimento interno da Câmara dos Deputados. É notório que o legislador ordinário não se estendeu muito ao fazer esse instituto tão valioso, e a forma como foi disciplinado, denota a falta de interesse por parte do legislador derivado em tornar realidade a participação democrática.

Portanto, os indivíduos que têm como objetivo a satisfação de seus interesses de modo mais simples por meio do voto, percebem o que Canotilho (2003, p. 1449-1450) encontra como "Paradoxo da democracia", o qual especifica que, apesar da carta constitucional oferecer direitos, o processo político que busca garantir isso nem sempre se efetiva perseguindo o que é justo, deixando claro que a iniciativa popular é um forte instrumento de democracia.

### **3.2 A Dificuldade de Efetivação e os Poucos Projetos Aprovados no Brasil**

Conforme elucidado anteriormente, a iniciativa popular se trata de um dos incisos da soberania popular, que pode ser definida como a participação direta do povo em projetos de criação de leis, desta forma, o povo tem o poder para tal contanto que cumpra uma série dos requisitos já mencionados. O problema está justamente em tais requisitos, tendo em vista a dificuldade de cumprimento dos mesmos e a prova disso é justamente o número limitado de projetos de leis efetivados por meio da iniciativa popular, sendo um total de 04 projetos, sendo que alguns não são de fato de iniciativa popular.

No Brasil, somente 04 (quatro) projetos de iniciativa popular foram convertidos em leis, entretanto, esses projetos não são de fato de iniciativa popular, pois como demonstrado anteriormente, é necessário 1% do eleitorado nacional; distribuído pelo menos por cinco Estados; com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Desta forma, o maior problema está justamente na coleta de assinatura, afinal, como será feita a análise de pelo menos 1 milhão de assinaturas e saber se são autênticas? Bem, como se deve imaginar é bastante difícil, sendo assim, apesar dos casos que serão listados abaixo possivelmente terem atingido o número necessário de assinaturas, em alguns destes os deputados tiveram que adotar esses projetos como se fossem seus, que de fato se torna um problema, pois podem alterá-los a bel prazer, não sendo um projeto mediante iniciativa popular de fato (BAZILIO, 2017). Conforme o entendimento



de Cavalcante Filho (2017, p.36), “caso se queira – é preciso repetir – limitar o poder de emendas parlamentares nos projetos de lei de iniciativa popular”.

O primeiro projeto mediante iniciativa popular foi a Lei 8.930/ 1994 (BRASIL, 1994), ou como ficou conhecido, “o caso Daniella Perez”, este que ganhou extrema notoriedade no Brasil na época, pois Daniella Perez era uma atriz, filha da consagrada autora de telenovelas Glória Perez. Ocorre que a vítima foi assassinada mediante o crime de homicídio qualificado, este que na época não possuía previsão legal, pois não estava previsto no rol dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 1990). O homicídio qualificado, conforme previsão legal posterior ao caso, se encontra previsto no art. 121, em seu parágrafo segundo, tendo a sua última alteração em 2019, conforme o decreto Lei Nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019 (BRASIL, 2019). Por fim, esse caso conseguiu cerca de 1,3 milhões de assinaturas, apresentando o crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos sendo que em 1994 o projeto foi sancionado (BLUME, 2015).

Seguindo a ordem cronológica, temos a Lei nº 9.840/1999 (BRASIL, 1999), esta que trata sobre o combate à compra de votos. É de conhecimento de todos que a compra de votos sempre esteve presente no Brasil e infelizmente acaba sendo algo comum em época eleitoral, principalmente em interiores. Tendo registro no Brasil desde a época do coronelismo através do “voto de cabresto”, a compra de votos sempre foi um problema, tendo em vista que ao vender o voto, conseqüentemente acaba vendendo seus direitos.

Conforme Dallari (1983, p. 40):

É indispensável, afinal, que o eleitor não se esqueça de que o voto é a expressão de sua consciência e de que por isso ele não deve ser negociado, vendido ou trocado, não deve ser dado só para agradar alguém ou para pagar favores recebidos. A participação eleitoral através do voto poderá ser valiosa se o eleitor agir com liberdade, consciência e espírito público.

Antes da promulgação da Lei nº 9.840/1999 (BRASIL, 1999), não se tinha uma punição de fato para a compra de votos, sendo de extrema importância para a democracia brasileira. Tendo alcançado cerca de 1,06 milhões de assinaturas, esta foi apresentada à Câmara dos Deputados e rapidamente promulgada. Ademais, através desta lei, aquele que fosse condenado poderia perder seu mandato, bem como pagar multa (BLUME, 2015).

Adiante, a Lei nº 11.124/2005 referente ao Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social; esta teve uma tramitação longa, tendo 13 anos de tramitação ao todo, pois começou em 1992 e só teve êxito em 2005. Tinha o intuito de criar um sistema em que a população mais carente tivesse direito à construção, reforma ou compra de uma moradia, sendo um direito fundamental de todos, teve cerca de 1,1 milhões de assinaturas (LATINNO, 2017).

Por último, encerrando as leis de iniciativa popular vigentes no Brasil, temos a Lei Complementar nº 135/2010: a Lei da Ficha Limpa. Esta lei, assim como a lei da compra de votos

citada anteriormente, veio para impulsionar o combate à corrupção no Brasil, pois após a promulgação desta, os candidatos a cargos políticos deveriam cumprir uma série de requisitos para serem elegíveis, sendo criada para moralizar o exercício da atividade política, a sociedade civil organizou-se para propor ao Congresso Nacional um projeto de lei (complementar) impondo a inelegibilidade das pessoas que fossem condenadas. Apesar das inúmeras assinaturas para a promulgação da lei, esta foi apresentada por um deputado por não ter sido possível computar a quantidade de assinaturas (CAVALVANTI FILHO, 2016).

Diante o exposto, nota-se que se tem um pequeno número de leis promulgadas de iniciativa popular, dentre os fatores que contribuem para tal, o maior empecilho não se dá por conta da quantidade de assinaturas em si, mas sim pela forma de coletas destas, tendo em vista todo o avanço tecnológico contemporâneo. Adiante será demonstrando a cerca de alternativas para que se tenha mais rapidez, bem como facilidade para a propositura da iniciativa popular no Brasil (BAZILIO, 2017).

#### **4 INSERÇÃO DA TECNOLOGIA A FIM DE IMPULSIONAR A INICIATIVA POPULAR**

O número expressivo de assinaturas e sua distribuição pelos Estados são fatores que, de alguma forma, torna complexa a atividade da Iniciativa Popular quando essa segue os requisitos do artigo 61, § 2º da Constituição Federal de 1988. Além disso, processo legislativo de iniciativa popular segue as seguintes fases: a iniciativa legislativa; a discussão; a votação; a sanção e o veto; e a promulgação e publicação (ITSRIO, 2017, p. 13). Acontece que, a participação democrática, de maneira instantânea, promovida com o advento das mídias sociais, não acontecia de fato, contudo, na contemporaneidade se faz presente, ou seja, hoje a tecnologia permite que os indivíduos possam participar do processo democrático de modo amplo, eficaz e mais rápido.

A enorme vontade social em que muitas ideias são criadas do envolvimento no meio eletrônico, é algo notável, e não é espantoso que muitas delas ocorram com o intuito de criar novas leis ou modificar as já existentes, logo, tendo em vista o atual momento em que vive-se, de grande imersão das pessoas no ciberespaço, é importante falar da necessidade e da adaptação dessas relações nesse ambiente virtual, visto que, além de ser um facilitador nas trocas e armazenamento de informações, o único empecilho para a participação popular na criação ou modificação das leis será a falta de acesso à tecnologia.

##### **4.1 Desenvolvimento da Tecnologia Contemporânea na Sociedade**

Com fulcro nos estudos do filósofo e sociólogo Pierre Lévy o desenvolvimento das novas tecnologias de interação entre indivíduos implicou em grandes transformações na estrutura identitária social, assim como no modo que eles pensam e se relacionam entre si. Tais transformações ocorreram principalmente pelo nascimento e desdobramento de novas tecnologias, e, principalmente no tocante às tecnologias da informação e comunicação (TICS), essas que se adequaram às particularidades de seus usuários e comunidades em que estão inseridos.

Partindo desse novo modelo de interação, é dado compreender que a rede de trocas em ambiente tecnológico se torna um lugar de privilégios para a humanidade se expressar em diferentes âmbitos. Assim Lemos e Lévy (2010, p. 52):

A interconexão mundial dos computadores, que integra todas as mídias precedentes em um meio de comunicação interativo original, fazem nascer um novo espaço público. Esse novo espaço público redefine radicalmente as condições de governança e vai, provavelmente, engendrar novas formas políticas, ainda dificilmente previsíveis.

Dessa forma, é importante analisar o uso da internet como ferramenta tecnológica para fomentar essa participação popular na criação de leis, e também verificar, tanto os aspectos positivos, quanto negativos do uso das tecnologias da informação que podem tornar possível ou não essa interação pelo meio eletrônico, no campo político, a fim de promover a cibercidadania.

As potencialidades da internet com intuito de estimular a participação cidadã no processo democrático é significativo. A capacidade de assinar petições on-line com uma assinatura digital é um passo importante para aproveitar esse potencial.

Uma assinatura digital é uma forma segura de verificar a identidade da pessoa que assina um documento. No caso de uma petição, ela assegura que a pessoa que assina é quem diz ser, e que a assinatura não pode ser forjada.

O uso de assinaturas digitais para petições ainda está em seus estágios iniciais, mas há potencial para que ela se torne uma maneira padrão para as pessoas mostrarem apoio a uma causa.

Há algumas vantagens em utilizar a assinatura digital para petições. Primeiro, é uma maneira fácil para as pessoas mostrarem seu apoio a uma causa sem ter que assinar fisicamente uma petição. Segundo, é uma maneira mais segura de coletar assinaturas, pois é mais difícil forjar uma assinatura digital, desde com uso do cadastro de pessoa física (CPF), do que uma assinatura física. Finalmente, é uma maneira conveniente de coletar assinaturas de pessoas que estão localizadas em diferentes partes de um território.

Entretanto, o tratar de projetos de lei de iniciativa popular, é comum a menção a “assinaturas” para que haja a deflagração do processo legislativo. De fato, leis e regulamentações locais utilizam o termo no estabelecimento das condições para o exercício da iniciativa popular. Porém, fato é que nem a Constituição Federal, tampouco a norma infraconstitucional que regula o instrumento usa o termo assinatura. O que se faz necessário, na verdade, é a subscrição (ITSRIO, 2020).

#### **4.2 O Projeto de Lei nº 84/2011 (Senado Federal) e o Projeto de Regulamentação nº 68/2011 (Câmara dos Deputados).**

Ambos os projetos tratam da possibilidade do uso da tecnologia a fim de impulsionar a iniciativa popular no Brasil, o projeto de Lei nº 84/2011, de autoria do Senador Eduardo Suplicy (PT/SP), buscava “admitir e disciplinar a subscrição eletrônica de projeto de lei de iniciativa popular”, se tornando um projeto de lei bastante interessante e de extrema importância para a democracia nacional, pois através deste se tornaria possível a coleta de assinaturas tanto manuais como eletrônicas, ainda, elucidava que:

(..) haverá informações, acessíveis a qualquer tempo e a qualquer pessoa, sobre o número de subscritores dos anteprojetos de iniciativa popular existentes nas Casas Legislativas; possibilita à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal manter convênio com o Tribunal Superior Eleitoral para que seja encaminhada base de dados, atualizada periodicamente, contendo o nome de todos os eleitores em situação regular perante a Justiça Eleitoral, devendo esses dados ser utilizados somente para os fins da presente lei.

Ocorre que, mesmo se tratando de uma matéria imprescindível para a democracia, no dia 26/12/2014 foi arquivado, já o Projeto de Regulamentação nº 68/2011 foi arquivado em 02/12/2015, este que tratava de matéria similar ao outro projeto supracitado. Foi apresentado pelo deputado federal Paulo Pimenta (PT-RS) e tinha como proposta a alteração dos arts. 91 e 254, com acréscimo do art.º 216-A do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, onde buscava instituir rito especial de tramitação para proposições de iniciativa da sociedade civil, com especial o apoio popular.

Conforme elucida o parágrafo §1º:

§ 1.º O apoio de cada eleitor poderá ser manifestado por via eletrônica, em formulário padronizado ou mediante certificação digital; § 2.º Uma vez formalizado, o apoio dos cidadãos e dos parlamentares à proposição passará a constar de listas específicas no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados;

Nota-se que com tal projeto, a participação popular em projetos na Câmara dos Deputados seria bem mais simples, e não haveria tamanha burocracia. O arquivamento foi mediante o inciso I, do art. 164, que sobre a votação em separado por parte da preposição, ou seja, não obteve os números de votos dos deputados necessário para que houvesse continuidade na tramitação.

Tais projetos seriam de extrema importância para a democracia brasileira, pois trariam mobilidade na participação popular nos projetos de lei e conseqüentemente, uma maior participação no processo legislativo brasileiro.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É nítido que ainda se tem um longo caminho para se ter a iniciativa popular de forma efetiva no Brasil, tendo em vista que por mais que dois projetos para regulamentação tenham surgido, os mesmos não foram tratados com a devida atenção que mereciam, seja por parte dos nossos representantes ou até mesmo por parte da população, pois houve um visível desinteresse de todos.

Nota-se também que o número de projetos aprovados mediante iniciativa popular é bem pequeno, sendo apenas 04 (quatro) projetos, sendo comum em pelo menos 03 (três) deles os fortes casos de comoção social e conforme elucidado anteriormente, muitos dos projetos nem foram mediante iniciativa popular de fato, pois por se tratar de muitos assinaturas nos projetos e por essas serem físicas, se torna impossível computar o número total, desta forma, sempre tais projetos

são apadrinhados por algum deputado que utiliza o mesmo como se fosse seu, perdendo a essência do ato, que é justamente a participação de todos na propositura de lei.

É fato que a população brasileira não é tão vinculada com tal participação supracitada, estando à espera dos representantes para que estes criem projetos de leis e os representem. Ocorre que as vezes se faz necessário que o povo participe diretamente e não ficando apenas a mercê dos senadores e deputados federais.

Mediante todo o exposto, o avanço tecnológico irá promover o aumento do envolvimento dos cidadãos nos procedimentos de criação das normas no Estado brasileiro. Geralmente as pessoas não imaginam como funciona, ficando alienados no processo de criação das leis. É fato que a tecnologia seria uma forte aliada, pois quanto mais simples e direta as formas de democracia, mais participação terá, desta forma, cabe a todos o papel de procurar participar diretamente da nossa democracia.

## REFERÊNCIAS

ADONA, Diego José; COPATTI, Livia Copelli. **A Iniciativa Popular no Direito Constitucional Brasileiro**: proposta de emenda constitucional. Disponível em:

[https://www.academia.edu/37106322/A\\_INICIATIVA\\_POPULAR\\_NO\\_DIREITO\\_CONSTITUCIONAL\\_BRASILEIRO\\_PROPOSTA\\_DE\\_EMENDA\\_CONSTITUCIONAL](https://www.academia.edu/37106322/A_INICIATIVA_POPULAR_NO_DIREITO_CONSTITUCIONAL_BRASILEIRO_PROPOSTA_DE_EMENDA_CONSTITUCIONAL) Acesso em: 16 de abril de 2022.

BAZILIO, Érika. **As dificuldades da iniciativa popular**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/iniciativa-popular-dificuldades/>. Acesso em: 01 de Maio. 2022.

BLUME, Bruno. **4 projetos de iniciativa popular que viraram leis**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/4-projetos-de-iniciativa-popular-que-viraram-leis/>. Acesso em: 03 maio. 2022.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei Nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Código Penal. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20192022/2019/Lei/L13964.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2019/Lei/L13964.htm#art5). Acesso em: 03 de Maio. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.709 de 18 de novembro de 1998. **Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II, III do artigo 14 da Constituição Federal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 novembro de 1998.



BRASIL. Lei Nº 9.840, de 28 de Setembro de 1999. Código Eleitoral. **Altera dispositivos da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9840.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9840.htm). Acesso em: 01 de Maio. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE FILHO, J. T. **Iniciativa Popular e Desvirtuamento do Projeto pelo Legislativo: limites e perspectivas de soluções no Brasil e no Direito Comparado**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Janeiro/2016 (Texto para Discussão nº 223). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 03 de Maio. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Que É Conhecimento Político**; São Paulo: Brasiliense, 1983. 39p-40p.

DO NASCIMENTO, Valéria Ribas; GADENZ, Danielli; DE LA RUE, Letícia Almeida. Perspectivas para o exercício da cidadania: como a utilização de assinaturas digitais para a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular pode contribuir para a democracia?. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 202, p. 93-114, 2014. Acesso em 16 de Abril de 2022.

GOLÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro. **O Cidadão Legislador: Iniciativa Popular de Emenda Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Tese (Doutorado) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, 328p.

ITSRIO. **Mudamos: novo app para assinaturas eletrônicas em Leis de Iniciativa Popular. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio**. 2017. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/comunicados/criamos-um-aplicativo-para-colher-assinaturas-em-leis-deiniciativa-popular/>. Acesso em: 18 abril 2022.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia MATOS, Mariana Gabrielle dos Santos de. "Assine o abaixo-assinado"; uma análise de petição eletrônica como instrumento de efetivação da democracia participativa por meio da propositura de projetos de lei de iniciativa popular. 2020. Acesso em 18 de abril de 2022. planetária. São Paulo: Paulus, v. 13, 2010. 258p.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes 2007. 117p.

POGREBINSCHI, Thamy. (2017). LATINNO Dataset. Berlin: WZB. Disponível em <https://www.latinno.net/pt/case/3194/>. Acesso em: 02 de Maio. 2022.

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 84, 2011. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99390>. Acesso em: 21, novembro 2022.



Projeto de Resolução nº 68/2011. Disponível em:  
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510352>. Acesso em:  
21, novembro 2022.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo;Malheiros, 2014. 106p-144p.

SILVA, José Afonso da; **Teoria do Conhecimento Constitucional**; São Paulo: Malheiros,2014. 79p.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Processo Legislativo**. 2. ed. Niterói: Ed.Impetus, 2005.

## OS SISTEMAS JURÍDICOS E A SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

### **CRISTIANO MEDINA DA ROCHA:**

Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC; Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Advogado.

**RESUMO:** A segurança jurídica no Brasil tem sido tema de constantes debates entre os operadores do direito, e espectadores dos diversos meios de comunicação, que comumente questionam até que ponto o Judiciário pode extrapolar suas funções típicas previstas na CR. O tema divide opiniões; para adeptos da teoria procedimentalista o ativismo judicial gera insegurança jurídica; já para os defensores da teoria substancialista, o Judiciário deve garantir e proteger os valores e direitos fundamentais, mesmo que extrapole suas funções típicas. O objetivo do presente estudo é por meio do método analítico-descritivo responder as indagações: (1) O Juiz que julga dando interpretação pessoal, contrariando o que está expresso no texto legal está sendo justo? (2) Ao julgar criando figuras jurídicas não previstas na legislação, está agindo em benefício da coletividade, ou ferindo o Estado Democrático de Direito, disseminando insegurança jurídica? Ao estudar a evolução dos sistemas jurídicos e seus reflexos nas decisões dos tribunais almeja-se, instigar a discussão sobre a segurança jurídica, já que, evidentemente o Estado deixou de ser a célula única da soberania, e a vontade do legislador deixou de ser uma proposição certa e inegável. Os Juízes sob o fundamento de proteção dos direitos invioláveis, passaram a legislar, pautando a legitimidade, em funções atípicas garantidas pela CR. A proposição que se faz é a reflexão sobre a sensação de insegurança jurídica diante das decisões dos tribunais, analisando o diálogo existente entre os sistemas, de forma a compreender a dimensão da Ordem Jurídica na era dos sistemas de rede.

**Palavras-chaves:** Sistemas Jurídicos. Segurança Jurídica. Ativismo Judicial. Civil Law. Common Law.

**ABSTRACT:** Legal certainty in Brazil has been the subject of constant debate among legal practitioners and viewers of the various media, who commonly question the extent to which the Judiciary can extrapolate its typical functions provided for in the CR. The theme divides opinions; for supporters of the procedural theory, judicial activism generates legal uncertainty; for the defenders of the substantialist theory, the Judiciary must guarantee and protect fundamental values and rights, even if it goes beyond its typical functions. The objective of the present study is to answer the questions through the analytical-descriptive method: (1) Is the judge who judges giving personal interpretation, contrary to what is expressed in the legal text, being fair? (2) By judging creating legal figures not provided for in the legislation, are you acting for the benefit of the community, or are you injuring the Democratic State of Law, spreading legal uncertainty? By

studying the evolution of legal systems and their reflections on court decisions, the aim is to instigate the discussion on legal certainty, since, evidently, the State is no longer the sole cell of sovereignty, and the will of the legislator is no longer a right and undeniable proposition. Judges, based on the protection of inviolable rights, began to legislate, basing legitimacy on atypical functions guaranteed by the CR. The proposition that is made is a reflection on the feeling of legal uncertainty in the face of court decisions, analyzing the existing dialogue between the systems, in order to understand the dimension of the Legal Order in the era of network systems.

**Keywords:** Legal Systems. Legal Certainty. Judicial Activism. Civil Law. Common Law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Os diversos sistemas jurídicos presentes na comunidade internacional; 3. O sistema jurídico vigente no Brasil e a segurança jurídica diante das decisões dos tribunais pátrios; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A análise proposta dos sistemas jurídicos em consonância com a sensação de segurança ou insegurança da população diante das atuais decisões dos tribunais, onde Juízes julgam dando interpretações diversas do materializado nos textos legais - com base em convicções pessoais - que muitas vezes afrontam a legislação positivada, faz com que voltemos a consultar os clássicos pensadores, para que possamos ao final concluir se a atual postura do Judiciário brasileiro caminha na direção de uma evolução saudável à busca pela justiça, ou se está se consolidando um nefasto desequilíbrio entre os três Poderes da República.

Para iniciar a reflexão propomos as seguintes indagações:

1. O Juiz que julga dando interpretação pessoal no caso concreto, contrariando o que está expresso no texto legal está sendo justo?

2. Ao julgar criando figuras jurídicas não previstas na legislação, está agindo em benefício da coletividade, protegendo direitos fundamentais, ou ferindo o Estado Democrático de Direito, que materializou regras jurídicas onde a vontade popular é manifestada por meio de representantes eleitos dos Poderes Legislativo e Executivo?

3. O que é Justiça?

Para Kelsen, a ordem será justa quando o comportamento contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade, seguindo o raciocínio do saudoso filósofo e jurista é certo que:

Se justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a

felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas. Essa é a famosa definição de justiça formulada pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham. Mas também a formulação de Bentham não se aplica se entendermos felicidade como um valor subjetivo. É que indivíduos diferentes têm concepções bem diferentes daquilo que seja felicidade. A felicidade capaz de ser garantida por uma ordem social só o é num sentido objetivo-coletivo, nunca num sentido subjetivo individual. Isso significa que, por felicidade, somente poderemos entender a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pela autoridade social - o legislador -, como a necessidade de alimentação, vestuário, moradia e equivalentes. É inquestionável que a satisfação de necessidades socialmente reconhecidas é algo totalmente diverso do sentido original da palavra, o qual, de acordo com sua natureza mais profunda, é altamente subjetivo. O anseio por justiça é tão elementar, está tão profundamente enraizado no coração do homem, justamente por exprimir um anseio indestrutível da própria felicidade subjetiva. (KELSEN, 2001, p. 03-04)

Em resposta a postura do Juiz que julga contrariando o texto legal e criando muitas vezes figuras jurídicas não previstas na legislação, Hans Kelsen faz a seguinte indagação: - Por que a lei deve ser obedecida?

Uma resposta frequentemente aceita é que os homens devem obedecer ao Direito positivo porque e na medida em que ele se conforma aos princípios da moral. Os princípios morais que se referem às atividades humanas criadoras e aplicadoras de Direito constituem o ideal da justiça; segundo este ponto de vista, então, o motivo para a validade do Direito é a sua justiça. (KELSEN, 2001, p. 251-252)

Nos dizeres de José Afonso da Silva no tocante ao controle de constitucionalidade:

[...] o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também, agora timidamente, a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de

recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. (SILVA, 2022, p. 554-555)

Malgrado o Brasil ter adotado o sistema misto de controle de constitucionalidade, podendo os Juízes no caso concreto fazer o controle difuso e a suprema corte o concentrado, por meio de ações ajuizadas pelos legitimados do artigo 103 da Constituição da República, é imprescindível se observar os limites constitucionais de cada um dos poderes, para que o desequilíbrio não cause instabilidade insanável.

## **2. OS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS PRESENTES NA COMUNIDADE INTERNACIONAL**

O direito positivo é formado pelas regras obrigatórias que cada povo adota, sendo o espelho que melhor reflete o modo de viver e suas aspirações próprias, fixando seus momentos históricos. Os fatos que dão origem ao direito positivo, não são apenas mutáveis de civilização a civilização, mas também, dentro de cada povo, como manifestações das sucessivas fases de sua evolução social.

O sistema jurídico adotado por cada sujeito da comunidade internacional tem suas características próprias e reflete todo patrimônio histórico construído ao longo da formação da nação, de tal sorte que, a “crença na possibilidade de um só direito normativo, universal, isento de caracteres nacionais e específicos, é uma aspiração nobre, mas utópica.”, (RÁO 1952, p. 98).

O consagrado autor ressalta que:

Preciso seria, para tanto, que todas as comunidades nacionais, niveladas em suas necessidades e anseios e despojadas de suas peculiaridades, até mesmo daquelas contingentes próprias que estão fora e acima dos recursos humanos, alcansassem o mesmo modo de viver e de pensar, o mesmo grau de desenvolvimento; preciso seria conceber-se a existência de um só tipo humano, universal e uniforme. (...) o sentimento natural de independência e de liberdade, que anima todos os povos, sempre, afinal esfacela impérios e conquistas e, por toda parte, as leis impostas pelos conquistadores desaparecem sem deixar diretrizes substanciais, quando não correspondem aos sentimentos religiosos, morais, intelectuais e às peculiaridades contingências econômicas das nações que, pela força, estas leis padeceram. (RÁO, 1952, p. 98-99)

Apesar de o sistema jurídico de cada civilização trazer consigo a marca de suas conquistas e derrotas, seus princípios éticos e morais, suas tradições, ideologias e crenças religiosas, não é correto afirmar que inexistem afinidades entre os diversos sistemas positivos de direito.

Ao contrário, quando se afirmam que os fatores de ordem racial, ideológica, histórica, religiosa, política, econômica e outros fatores sociais diferenciam os diversos povos, não se quer significar que cada um deles constitua uma unidade totalmente distinta, como que um compartimento estanque, pois, certos fatores podem ser comuns a vários povos e neles agir com uma equivalente intensidade; e, de mais a mais, outros elementos concorrem para criar uma aproximação entre as leis, usos e costumes das nações, tais a eventual origem comum, a identidade ou semelhança das respectivas necessidades, permitindo, ou reclamando, por vezes, a mesma solução e a mesma disciplina e, por fim, além de elementos outros, não há desprezar-se a contribuição do intercâmbio de homens e de interesses, do progresso das ciências e das artes, do desenvolvimento da civilização. Tanto assim é que as legislações civis, sem prejuízo de suas peculiaridades, podem ser racionalmente classificadas, por suas linhas gerais, em sistemas, como o romano, o germânico, o anglo-americano, o soviético, o muçulmano, o hindu, o israelita e outros mais. Sem sacrifício sua autonomia e de seus caracteres próprios, as legislações, na realidade, se interpenetram, embora se não possa inferir, deste fato, a possibilidade de se alcançar um dia, a realização de um só direito positivo, universal, a reger em todas as nações. (RÁO, 1952, p. 100)

Na atualidade, segundo estudo realizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Otawa, Canadá, como citado por Dellagnezze (2020), existem os seguintes sistemas jurídicos vigentes na comunidade internacional:



Sistemas Jurídicos Existentes. Fonte: *Universidade de Otawa, Canadá - Faculty of Law*<sup>2</sup>



Dellagnezze (2020), aponta que:

Para o Professor Bruno Albergaria, Doutor em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Mestre pela FDMC, existem 9 (nove) Sistemas Jurídicos no mundo. Os Sistemas Jurídicos ou Família do Direito e sua suas respectivas fontes são:

<b>Sistema Jurídico</b>	<b>Fontes históricas</b>	<b>Fontes reais</b>	<b>Fontes formais</b>
<b>Sistema Egípcio</b>	Decretos dos faraós, costumes	Maat	Decretos, contratos
<b>Sistema Indiano</b>	Mitos, leis religiosas e estatais	Dharma	Código de Manu
<b>Sistema Chinês</b>	Estatutos Morais e leis estatais	Li	Analetos, I-Ching
<b>Sistema Cuneiforme</b>	Códigos prévios, costumes	Revelação do deus Shamash	Código de Hamurabi
<b>Sistema Hebraico</b>	Leis Mesopotâmicas, costumes	Revelação de Javé	Tanakh e Talmud
<b>Sistema Romano</b>	Leis, editos, costumes, jurisprudência	Faz (permitido)	Corpus Civilis
<b>Sistema Romanista-Ocidentalizado</b>	Códigos de Napoleão, Constituição Americana, Declaração dos Direitos dos Cidadãos	Contrato Social, Iluminismo, Direito	Constituição Federal, Código Civil
<b>Sistema Common Law</b>	Costumes, legislações (Carta Magna)	Contrato Social, Equity	Constituição Americana

Vicente Ráo, em sua obra O Direito e Vida dos Direitos, (1952), faz importante estudo sobre a influência do direito romano nos países latinos, abordando amplamente os sistemas jurídicos: (1)

da França e sua influência nos países outrora ligados ao império; (2) da Itália e península ibérica e suas influências romanas; (3) da Espanha; (4) de Portugal, fortemente influenciado pelo direito romano; (5) do Brasil; (6) da Argentina; (7) do Uruguai; (8) do Chile; (9) do México; (10) da Bolívia; (11) da Bélgica; (12) da Suíça; (13) Luxemburgo; e (14) Principado de Mônaco.

Quanto a outras nações latino-americanas, o autor frisa que:

Nos demais países centro ou sul-americanos, o início da codificação civil, que por toda parte obedeceu ao sistema romano restaurado pelo código de Napoleão, assinala-se pelas seguintes datas: 1825 no Haiti, 1835 em São Domingos, 1852 no Peru, 1861 no Equador, 1867 em Nicarágua, 1873-1887 na Colômbia, 1887 em Costa Rica, 1889 em Cuba, 1891 em Honduras e 1917 no Panamá. Em 1936 entrou em vigor, no Peru, um novo código civil. E finalmente, a Venezuela dispõe de um código datado de 1942. (RÃO, 1952, p. 123)

O sistema jurídico germânico é apontado pelo autor como distinto dos demais:

Depois do sistema romano de legislações civis, destaca-se, com acentuados traços característicos, o sistema germânico. As seguintes fases, na Alemanha, antecederam à elaboração e à promulgação do código civil:

- a) - a da autonomia, ou fase do direito costumeiro, não escrito, que se substituiu às leis bárbaras;
- b) - a do direito costumeiro escrito, reunido em coletâneas, dentre as quais se destacaram o Sachsenspiegel e o Schwabenspiegel (as quais, a par do direito costumeiro, também compreendiam certas disposições de direito romano e de direito canônico). Nelas se inspiraram as compilações de outras regiões germânicas, tais as denominadas Deutschenspiegel, Rechtsbuch de LUÍZ DA BAVÁRIA (1346), Breslauer Landrecht (1356) e outras mais;
- c) a do direito romano, introduzido, como direito escrito, pelos imperadores. Documenta-se esta fase pelos Landrecht de Wurtemberg e da Bavária e, também, pelas Organizações Imperiais de caráter geral;
- d) a da reação e volta aos costumes germânicos, segundo revelam os Landrecht de Nuremberg (1555), da Bavária (1616), da Prússia (1592) e as Constituições do Eleitor de Saxe (1592);
- e) a da total unificação política, a partir da criação, em 1871, do Império da Alemanha.

[...] São fontes do código germânico, como tais geralmente indicadas: o direito romano (como é ensinado na Pandectas de WINDSCHRID); o código Napoleão, o código civil austríaco de 1812, o código federal suíço das Obrigações de 1883, o direito prussiano, o ensaio de codificação conhecido como Projeto de Dresde (1866) e outros códigos regionais (como o de Saxe) que consagravam o direito costumeiro. (RÁO, 1952, p. 128-131)

RÁO (1952, p. 135), sustenta ainda que um terceiro sistema de legislações civis é constituído pelo direito anglo-americano, no qual se divide em: "o direito comum (*common law*), de origem costumeira e declarado pela jurisprudência; o direito estatutário (*statute law*) e o direito-equidade (*equity*)".

O sistema da *common law* nasceu nas ilhas inglesas e se apresenta formalmente como um direito jurisprudencial e substancialmente como direito costumeiro, consagrado pela jurisprudência. Foi incorporado por todos os territórios que se submeteram ao domínio dos ingleses, exceto a Escócia que adotou o sistema misto de direito romano e *common law*, e os territórios do Quebec e Ceilão que desenvolveu sistema jurídico predominantemente fundado no direito romano. A *common law*.

corresponde a um sistema de princípios e de costumes observados desde tempos imemoriais e aceitos, tacitamente, ou expressamente, pelo poder legislativo, revestindo ora caráter geral, quando vigoram em todas as jurisdições, ora caráter especial, quando imperam em certas regiões tão somente. Sua prova resulta da jurisprudência, pois, ao julgarem os casos concretos, os juízes declaram o direito comum, que lhes é aplicável. Os julgados assim proferidos, registrados nos arquivos das Côrtes e publicados em coletâneas (reports), adquirem a força obrigatória de regras de precedentes (rule of precedents), para regerem os casos futuros; ademais, juízes e juristas deles extraem princípios e regras, que, subsequentemente, ampliam os limites da *common law* e, assim generalizados, propiciam a sua evolução. É profunda, portanto, a diferença que separa o valor da jurisprudência inglesa (e da norte-americana, por identidade de razão) do valor da jurisprudência nos demais países, porque, enquanto aquela se transforma em direito normativo, esta possui, exclusivamente, o caráter de elemento interpretativo da lei escrita. (RÁO, 1952, p. 136)

Devido a condição de colônia dos ingleses, os Estados Unidos da América filiaram-se à *common law*, contudo, com certas peculiaridades e adaptações oriundas de sua organização política e adoção de constituição escrita, que se posiciona hierarquicamente superior a todas as normas não escritas ou escritas.

Assim, após a independência americana, não foi abolido o direito inglês, sendo mantida todas as regras que não violassem o texto constitucional e legislações esparsas promulgadas a partir de então.

Sobre as distinções do sistema da *common law* norte-americana e do inglês preceitua Ráo:

Nos Estados Unidos, a organização política e constitucional exerce acentuada influência sobre o direito privado, em consequência da adoção do regime de constituição escrita da resultante superioridade hierárquica das disposições constitucionais sobre todas as demais normas obrigatórias, escritas ou não escritas. O requisito fundamental (que sob pena de inaplicabilidade aos casos, em espécie, se exige) da constitucionalidade das leis, dos atos executivos e administrativos, das soluções da *common law* e da equity, restringe, não só a competência do juiz, como a do legislador e a do poder executivo, na elaboração das novas normas obrigatórias. Outro tanto não sucede na Inglaterra, onde, para a elaboração do direito estatutário, ampla é a competência do parlamento, que exerce, assim se poderia dizer, um poder constituinte permanente, apenas limitado pela força da tradição dos princípios políticos fundamentais aceitos e praticados; de tal sorte que, na Inglaterra, a lei nova revoga qualquer lei ou disposição anterior em contrário, sejam quais forem; e os juízes não estão adstritos senão às normas obrigatórias e ordinárias de direito escrito e aos precedentes judiciais. Além das consequências acenadas, outras também resultam da adoção, pelos Estados Unidos da América do Norte, do sistema político federal; sistema, este, que produz uma multiplicidade de graus, na hierarquia das normas obrigatórias. A escala hierárquica das normas obrigatórias, nos Estados Unidos, é a seguinte, em ordem decrescente da força de sua obrigatoriedade: Constituição Federal, Leis e Atos federais, Constituições Estaduais e Leis e Atos Estaduais, além das Leis e Atos Municipais, que dizem respeito, tão somente, aos peculiares interesses dos municípios. E, ainda em ordem decrescente de sua eficácia no espaço, observe-se que, enquanto a Constituição, as leis ordinárias e as demais normas obrigatórias federais, são aplicáveis em todo o território da União, as dos Estados só atingem os respectivos territórios, outro tanto sucedendo com as municipais. E, pois, que as normas de categoria inferior devem respeitar e sujeitar-se às de graus mais elevados, segue-se que ao princípio, ou requisito fundamental de constitucionalidade, outro princípio, ou requisito, se acrescenta, tal o da legalidade. (RÁO, 1952, p. 141-142)

O direito estatutário (*statute law*) nada mais é do que os textos legais incorporados no sistema, que deve ser analisado em consonância com o direito-equidade (*equity*),

Tal qual sucede no direito inglês, a equity, no direito americano, inicialmente se revelou como um modo moralmente correto de solução dos conflitos, assim atenuando o rigor do direito comum. Mas, aos poucos e por via dos julgados e dos precedentes por este modo criados, a equity se transformou em um corpo específico de direito positivo, com conteúdo próprio. Seu objeto, ora recai sobre matéria não contemplada no direito comum, ora sobre matéria também por este direito e pela statute law regida, mas incidindo na equity sob aspecto diverso e fora da rigidez daquelas demais regras obrigatórias. (RÁO, p. 141-142)

A corrente doutrinária predominante entre os tratadistas americanos, apontam os seguintes axiomas fundamentais quanto ao direito-equidade (RÁO, 1952):

- 1º. O direito-equidade não tolera agravo algum sem reparação;
- 2º. O direito-equidade aplica-se às pessoas e não às coisas;
- 3º. O direito-equidade presume já consumado aquilo que, de futuro, deve-se realizar-se;
- 4º. O direito-equidade se atém mais à essência do que à forma, com o que se visa suprir as omissões e injustiças resultantes do formalismo da common law;
- 5º. O direito-equidade presume, em cada qual, a intenção de cumprir a sua obrigação;
6. A igualdade é a equidade, a significar que, na falta de lei ou convenção, os direitos e obrigações devem ser aplicados de forma igualitária;
- 7º. O direito-equidade protege o diligente e não o negligente;
- 8º. Quem invoca a equidade, deve revelar uma consciência correta;
- 9º. Quem reclama a equidade, também com equidade deve proceder;
- 10º. Quando os princípios da equidade favorecerem ambas as partes, prevalece, então, a lei, em sentido estrito;
- 11º. Se os preceitos do direito-equidade favorecerem igualmente ambas as partes, dar-se-á preferência à primeira, em ordem de tempo, desde que não haja disposição legal que regule a matéria ou precedentes jurisprudenciais; e
- 12º. O direito-equidade deve respeitar a lei.

Fazendo uma análise comparativa dos sistemas estudados, observa-se que em sua fase embrionária, o direito romano, era composto por regras não escritas; com a evolução do tempo foram sendo materializadas em textos codificados, que evoluiu para o que hoje chamamos de *civil law*, passando os costumes a ser tão somente fonte supletiva das legislações.

O Direito Romano teve início com fundação de Roma em 753 a.C. e perdurou até a morte de Justiniano em 565 da nossa era; perdurando, portanto, mais de mil anos, desde a Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*, 449 a.C.) até a criação do *Corpus Juris Civilis*, (c. 530 d.C.), (DELLAGNEZZE, 2020).

Embora o direito romano não se concretizasse em códigos propriamente ditos, apresentando-se, antes, reunido em coletâneas, ou corpos de leis ou de doutrina, contudo, sua forma escrita modelou os sistemas positivos que no direito romano se fundaram e aperfeiçoaram esta forma mediante a técnica da codificação.

A forma escrita, nesses sistemas, mais tarde se tornou definitiva, em obediência a princípios de ordem política incorporados nas Constituições, que definiram e limitaram as funções do Estado, dividindo os seus poderes e discriminando-lhes as respectivas atribuições; assim se atribuiu privativamente ao Poder Legislativo a tarefa de elaborar as normas gerais de direito.

Nesse sentido, merece destaque a penetração, nos países filiados ao sistema romano, da doutrina alemã do Direito e do Estado, criada em meados do séc. XIX por GERBDR e desenvolvida por LABAND, GIBRKD, JELLINDK e outros. (RÁO, 1952, p. 192)

É fato que os sistemas jurídicos positivos de direito escrito, classificados, como *civil law*, são diametralmente opostos ao sistema anglo-americano de direito comum, e ao direito de equidade, já que este último é pautado nos costumes e declarados pelas cortes de justiça, materializados pela jurisprudência.

Os defensores do sistema jurídico anglo-americano sustentam que tal modelo é mais sólido e eficiente que o da *civil law* face a facilidade e constância com o que as legislações escritas são alteradas; fato que não ocorre na *common law*, já que goza da estabilidade do direito costumeiro que independe de vontade política.

Vicente Ráo (1952), cita em sua obra trecho do discurso do Ministro da Corte Suprema dos EUA, Rober H. Jackson, pronunciado em sessão da Associação Inter-Americana de Advogados (20/11/1942) em defesa do sistema jurídico anglo-americano:



O progresso do direito civil, nos sistemas de direito escrito, depende mais da legislação do que das decisões jurisprudenciais. Seu método consiste em promulgar e, de tempo em tempo, reformar um código integral de leis. Dentro desse sistema, o juiz só possui uma pequena margem de discricionariedade; seu dever se reduz, meramente, a aplicar a regra legal ao caso específico. Ao fazê-lo, não cria um precedente que, a ele próprio e aos outros juízes, obrigue no futuro. No estudo e na aplicação do direito civil, atribui-se especial importância aos princípios e não ao caso particularmente considerado. Nos países de direito consuetudinário, porém, sucede exatamente o contrário. O grande corpo de nosso direito privado, desenvolveu-se sem ter sido objeto da consideração de nenhum legislador. Entre nós, atribui-se especial importância à lei consuetudinária declarada nas decisões judiciais, particularmente nas decisões dos Tribunais de última instância. Ao declarar, hoje, a lei aplicável a um caso concreto, o juiz do tribunal de direito consuetudinário declara, irrefutavelmente, o direito de amanhã. O precedente afeta esse direito num sentido de uniformidade, de estabilidade e de predição. Embora seja certo que, entre nós, o Legislativo crie muitas leis, e, também, que costumamos deixar aos nossos legisladores a solução do espinhoso problema das reformas jurídicas grandes demais para as condições limitadas dos juízes, menos certo não é que estes também tomam parte na reforma e na revisão dos preceitos de direito. (RÁO, 1952, p. 193-194)

Fazendo o contraponto, Ráo, descreve o posicionamento de Benjamin Cardozo – membro da Suprema Corte dos EUA, externado em sua obra: (A Natureza do Processo e a Evolução do Direito, p. 117):

O direito de nossos dias depara-se com dupla necessidade: primeira, a de uma nova compilação (*restatement*) que nos traga certeza e ordem, livrando-nos da confusão dos precedentes judiciais, e esta tarefa incumbe à ciência legal; segunda, a de uma filosofia, que exerça uma função mediadora entre as exigências da estabilidade e as do progresso, ora em conflito, fornecendo-nos um princípio de evolução. Nosso direito é acusado de incerteza e nesta denúncia estão arrolados os nomes de importantes testemunhas. Se procurarmos, muitas causas encontraremos de semelhante situação. Delas, oito ou mais já foram apresentadas pelo Instituto Americano de Direito, na sessão em que se elaborou e aprovou, sobre este assunto, o relatório de uma comissão. Alude-se nesse relatório: à falta de acordo no tocante aos princípios fundamentais da "common law"; à falta de precisão no uso de termos legais; à existência de disposições legais

colidentes e mal redigidas; às tentativas de distinção entre casos cujos fatos não oferecem disparidade alguma relativamente aos princípios legais aplicáveis; ao grande volume das decisões registradas; à ignorância dos juízes e advogados; ao número e natureza das questões novas.

De todas essas causas, a mais importante, ao meu ver, é a relativa à multiplicidade das decisões. A fecundidade de nosso direito consuetudinário atemorizaria Malthus. Para atenuar essa situação, o autor citado confia na ação do Instituto de Direito Americano, fundado em Washington em 1923 para combater o monstro da incerteza e destruí-lo. Do ponto de vista formal, pois, as legislações dos grupos romano e germânico, este com seus sub-grupos escandinavos, e, também, outros sistemas legislativos contemporâneos, como o japonês, o turco, o egípcio e outros mais, caracterizam-se pela forma escrita e codificada e pelo estudo principiológico do direito. Em contraposição, o sistema anglo-americano e os demais sistemas costumeiros, destacam-se pela declaração judicial do direito costumeiro e pelo estudo particularizado do direito, segundo os casos concretos. (RÁO, 1952, p. 193-194)

Malgrado os pontos divergentes entre os dois sistemas jurídicos, Vicente Ráo aponta as seguintes afinidades:

Se, encarados do ponto de vista formal, esses sistemas se diferenciam, entretanto, examinados sua substância, apresentam sensíveis afinidades em suas diretrizes. De fato, os três sistemas, romano, germânico e anglo-americano, partem do pressuposto do respeito à personalidade humana e de sua conseqüente liberdade, dentro dos limites impostos pela comunhão social; nesses sistemas, nem a sociedade, nem o Estado, isolados do homem, constituem o supremo do direito. (RÁO, 1952, p. 193-194)

O pressuposto de respeito à dignidade da pessoa humana, os princípios de liberdade e respeito à vontade popular que unem os dois sistemas, limitando o poder estatal e de todos aqueles que cometem abusos em detrimento do direito coletivo, está estampado na Constituição da República do Brasil de 1988, em especial em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a

solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Fato incontroverso é que a segurança jurídica, consubstanciada na previsibilidade de resultados são objetos almejados pelo sistema da *civil law* e da *common law*, embora o primeiro sistema tenha suposto que tais elementos seriam obtidos por meio da lei, e da estrita aplicação desta pelos operadores do direito; e o segundo sistema é pautado na expectativa de que a justiça imparcial e igualitária será alcançada buscando a fundamentação das decisões nos costumes e tradições materializadas nos precedentes jurisprudenciais.

### **3. O SISTEMA JURÍDICO VIGENTE NO BRASIL E A SEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS**

Após a independência do Brasil em 1822, as legislações portuguesas continuaram a produzir seus efeitos em solo brasileiro durante anos, sendo sucedidas paulatinamente por inúmeras leis pátrias que antecederam o código civil de 1916.

Separado de Portugal em 1822, o Brasil, apesar de sua independência, manteve em vigor as leis civis portuguesas anteriores (Lei de 20 de outubro de 1823), as quais imperaram, com alterações trazidas por leis esparsas, até 1917. Antes da entrada em vigor do código civil, a 1º de janeiro de 1917, as leis civis brasileiras constituíam um estranho conjunto dos elementos os mais heterogêneos, tais os seguintes:

1º - As Ordenações Filipinas, em especial o seu livro IV, que eram, elas próprias, amálgama de direito romano, de direito canônico e de costumes ibero-lusitanos;

2º - As chamadas leis extravagantes, que compreendiam as leis propriamente ditas e, também, com força obrigatória, os alvarás, as cartas régias, os decretos, as resoluções das consultas, as provisões dos Tribunais, os avisos, as portarias, os Assentos da Casa da Suplicação, além das leis esparsas brasileiras;

3º - As fontes subsidiárias, constituídas: a) - pelos costumes; b) - novamente pelo direito romano (com preferência pelas opiniões de Acúrsio e Bártolo), desde que seus textos fossem conformes à boa razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes, segundo famosa lei de 18 de agosto de 1769, conhecida por lei da boa razão; c) - pelo direito canônico; d) - pela opinião dos jurisconsultos e pelos arestos dos tribunais; e) - e, finalmente,

pelos princípios gerais de direito e pelas leis das nações modernas. (RÁO, 1952, p. 112-114)

O estudo para elaboração do código civil brasileiro iniciou-se com o esboço de Teixeira de Freitas, que não foi aprovado, mas serviu como parâmetro para codificações de outros países da América do Sul, devido a qualidade do trabalho.

Em 1873, José Nabuco de Araújo iniciou novo estudo do projeto do código civil brasileiro, entretanto, acabou falecendo antes da conclusão. Outros projetos foram apresentados e não aprovados, tais como o de Joaquim Felício dos Santos em 1881; Coelho Rodrigues em 1890 e do Visconde de Seabra, autor do código civil português. Devido ao insucesso dos referidos autores, Clovis Bevilacqua foi convidado em 1899 para apresentar novo projeto, o que o fez em outubro do mesmo ano, sofrendo duras críticas de vários juristas, dentre eles Rui Barbosa e Inglês de Souza.

Depois de longos debates e de novas e sensíveis alterações aprovadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, foi o Código sancionado a 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor a 1º de janeiro de 1917. Apresentando o projeto primitivo, dizia o seu eminente autor: "não será um código adiantado demais, nem tão pouco uma simples consolidação do direito nacional vigente. E, fugindo ao dilema, escapa ao perigo de ficar alheio à alma nacional e de opor embaraços à reconstrução social, que se opera em nossos dias". No projeto primitivo, entretanto, transparecia uma acentuada penetração do direito alemão, a contrastar com a tradição latina do direito civil brasileiro, - o que, sem dúvida, resultou da circunstância de haver sido BEVILÁQUA, com TOBIAS BARRETO, SILVIO ROMERO e outros da escola de Recife, quem, no Brasil, imprimiu maior destaque aos estudos germânicos, filosóficos e jurídicos. (RÁO, 1952, p. 116)

Originariamente o Brasil adotou o sistema da *civil law*, já que este foi o sistema que deu origem a formação do direito português, sendo que, antes das Ordenações Afonsinas, "constituíam fontes jurídicas o direito romano representado pelo *Corpus Juri Civilis*, pela Glosa e pelos comentários e tratados dos bartolistas, e o direito canônico representado pelas Decretais de Gregório IX e pelas compilações posteriores." (RÁO, 1952, p.109-110)

Com a evolução legislativa brasileira, o sistema jurídico tem se aproximado em alguns aspectos ao da *commom law*, seja pelo fundamento das sentenças e acórdãos embasados na jurisprudência, na constante produção de sumulas dos diversos tribunais, pela edição de súmulas vinculantes pelo STF (art. 103-A da CR) e pela previsão legal da utilização dos costumes como fonte subsidiária do direito.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao que parece, a aproximação do sistema jurídico brasileiro ao da *commom law* é mais característico àquele adotado pelos EUA do que o inglês, já

que o Brasil tem no topo da pirâmide jurídica a Constituição da República, que deve prevalecer às demais regras legislativas; cabendo aos juízes no caso concreto ou ao Supremo Tribunal Federal nas ações ajuizadas pelos legitimados do artigo 103 da CR, retirar do ordenamento jurídico as normas infra constitucionais que violem o texto constitucional.

A previsão de que os costumes devem servir como fonte do direito brasileiro vem estampada no art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42 que assim dispõe: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, sendo comum, os juízes acrescentarem em suas decisões a doutrina e a jurisprudência, elementos característicos do sistema da *commom law*.

Com a reforma do texto constitucional pela EC nº. 45, e a edição da Lei nº 11.417/2006, o Supremo Tribunal Federal passou a ter o poder de aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A súmula vinculante, prevista no art. 103-A da CR, tem por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Caso a súmula vinculante seja contrariada, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida.

O ordenamento jurídico positivo no Brasil, tem criado mecanismos que possibilita ao judiciário exercer funções atípicas que originalmente caberia ao legislativo com a sanção do executivo, dando margem assim ao ativismo judicial.

A corrente mais radical sustenta que os magistrados adeptos ao ativismo judicial extrapolam a função típica constitucionalmente prevista ao judiciário, criando assim uma verdadeira “ditadura do poder judiciário”; contudo, há aqueles que defendem que Juiz atuante em um Estado Constitucional, formado pelos princípios do neoconstitucionalismo, deve no caso concreto, construir a norma jurídica quando o legislador deixou de atuar; assim, inexistindo a norma geral, ou quando esta estiver em dissonância com os princípios, direitos e garantias constitucionais, deve o magistrado julgar de acordo com suas convicções, mesmo que para tanto tenha que criar ou adequar a norma legal em vigência (MARINONI, 2008, p. 104).

Os Juízes e Desembargadores nos diversos Estados brasileiros, assim como, os Ministros dos tribunais superiores, de forma recorrente, estão dando interpretações extensivas à legislação

positivada pelo processo legislativo, criando figuras inexistentes no sistema jurídico pátrio, gerando assim, para parte dos jurisdicionados insegurança jurídica.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, já em 2009, manteve a concessão de medidas protetivas previstas na Lei nº. 11340/06 (Lei Maria da Penha) em benefício de um homem, contra sua ex-companheira, mesmo não havendo previsão legal, vejamos a ementa do acórdão:

HABEAS CÓRPUS. MEDIDAS PROTETIVAS, COM BASE NA LEI No. 11.340/2006, A CHAMADA LEIMARIA DA PENHA, EM FAVOR DO COMPANHEIRO DA PACIENTE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PEDIDOS DENEGADOS, SEJA PORQUE OS ATOS DA PACIENTE SÃO REPROVÁVEIS, POIS QUE CONTRÁRIOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO, SEJA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM DENEGADA. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da penha, arrimado no princípio da analogia, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo magistrado que ousou desafiar a Lei. Com sua atitude, o magistrado apontado como autoridade coatora, não só pôs fim às agruras do ex companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente. Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibilidade de atender aos reclamos dos impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (lembremos que ao tempo da impetração não havia ação penal instaurada e mesmo que houvesse, não foi demonstrada a justa causa para tal). (TJMT. HC 6313/2008. Segunda Turma Recursal. Relator Des. Sebastião Barbosa Farias; Julgado em: 09/06/2009)

O juiz Mário Roberto Kono de Oliveira, titular do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá (MT), aplicou a Lei Maria da Penha para proteger também pessoas do sexo masculino. Na decisão escreveu o magistrado o seguinte:



[...] Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível? A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Se não podemos aplicar a analogia in malam partem, não quer dizer que não podemos aplicá-la in bonam partem, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia in bonam partem: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10a Ed. pag. 48) Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social. No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir a medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a

advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão.” I.C (CONSULTOR JURÍDICO, 2008).

Outra decisão que merece destaque é o julgamento do Mandado de Injunção no 58-DF, de relatoria do Min. Celso de Mello que versa sobre o processo de discriminação da igualdade, onde, de forma expressa limita a atuação do legislativo, vejamos:

Princípio da igualdade e proibição da discriminação. Igualdade. Princípio. Proibição. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejam tratamento seletivo ou discriminatório. A Eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF; MI no 58-DF; Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em: 14/12/1990)

Ainda como decisão polemica, que aparentemente afrontou o texto expresso da Constituição, foi o julgamento da Presidente Dilma Vana Rousseff - ocorrido em 31 de agosto de 2016 - em que foi condenada pelo Senado por crime de responsabilidade por ter contratado operações de crédito com instituição financeira controlada pela União e editado decretos de crédito suplementar sem autorização do Congresso Nacional; não tendo sofrido por consequência, a pena de inabilitação para o exercício de cargo público.

O procedimento de desmembramento da votação adotado pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, não está previsto como possível no texto da Constituição da República<sup>99</sup>.

---

99 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Processo Legislativo nº 1, Impeachment Dilma Rousseff/ <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff/view>

A divisão da votação se deu face a requerimento formulado pelo Senador Humberto Costa, do Partido dos Trabalhadores, no sentido de que o julgamento fosse dividido em duas partes; sendo a primeira para análise da prática do crime de responsabilidade que teria por consequência a perda do cargo, e a segunda sobre a inabilitação para o exercício das funções públicas por oito anos.

Na ocasião, o Min. Ricardo Lewandowski, deferiu a divisão, sem que houvesse previsão constitucional expressa nesse sentido, como se observa:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

[...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis<sup>100</sup>.

O texto constitucional é expreso no sentido de que havendo a condenação por crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República, a consequência da condenação é à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, não existindo assim, aparentemente, possibilidade de desmembramento do julgamento; sendo, portanto, mais um exemplo de ativismo judicial, que cria na população insegurança jurídica.

Outro exemplo clássico de que o Poder Judiciário está excedendo suas atribuições típicas previstas no texto constitucional é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo Ministro Edson Fachin, que entenderam que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia, enquadrando assim, tais tipos como crimes de racismo:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII

---

<sup>100</sup> Constituição Federal, 1988, art. 52, inc. I, parágrafo único.

do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); ADI nº 26 /DF. Relator: Ministro Celso de Mello.)

Assim, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, serão enquadradas nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, será qualificado por motivo torpe, sem que haja previsão legal nesse sentido. Os Ministros firmaram o entendimento de o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Outra decisão que merece destaque é a prolatada pela Juíza Cynthia Maria Sabino Bezerra Camurri, titular da 8ª Vara Criminal da Capital/SP, nos autos da ação penal nº. 1530134-14.2022.8.26.0050 - c. 2022/001064, que indeferiu requerimento formulado pela defesa de um dos acusados, no sentido de acostar ao processo, inquérito policial que apura crimes praticados pelas supostas vítimas; no mesmo ato, intimou as defesas para que sob pena de preclusão, justificassem a pertinência das oitivas das testemunhas arroladas, prejudgando a causa ao consignar que “[...] testemunhas das alegadas ameaças de morte por ele sofridas não contribuirão em nada para a elucidação dos fatos e por isso suas oitivas são impertinentes e inoportunas. [...]”. A magistrada na referida decisão, consignou ainda que “[...] Caso sejam deferidas as oitivas das testemunhas, oportunamente, deverão as Defesas efetuar o recolhimento e juntada aos autos das respectivas custas de diligência do Oficial de Justiça. [...]”.

O Desembargador Heitor Donizete de Oliveira, relator do Habeas Corpus nº. 2243354-91.2022.8.26.0000, em tramite perante a 12ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, concedeu ordem liminar parcial nos seguintes termos:

[...] para se evitar futuras alegações de nulidade por cerceamento de defesa, e em atenção ao princípio da busca pela verdade, necessária a concessão parcial da liminar, para determinar a juntada dos autos de nº 1503896-55.2022.8.26.0050, bem como deferir a oitiva das testemunhas de defesa, as quais deverão ser intimadas independente do recolhimento de custas processuais e de diligências dos Oficiais de Justiça. Não cabe à defesa detalhar o conteúdo dos depoimentos das testemunhas para que seja deferida a oitiva, tampouco antecipar todas as estratégias e teses que pretende utilizar e suscitar na defesa de seu representado. Mesmo assim, a

defesa do paciente foi clara: pleiteou acesso ao processo nº 1503896-55.2022.8.26.0050, e a juntada aos autos originários, pois afirma que o paciente na realidade foi vítima dos ofendidos. Antes da ocorrência da instrução criminal, com oitiva das vítimas, testemunhas e réus, não há como se afirmar, categoricamente, que não exista correlação entre os feitos. [...] Finda a instrução, competirá à magistrada analisar todo o arcabouço probatório, as alegações ministeriais e defensivas, e prolatar sentença, eventualmente afastando a tese defensiva de que o paciente teria sido vítima, e não algoz. Tolher a defesa de produzir as provas que entende cabíveis acarreta em flagrante cerceamento de defesa, sendo que o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa são assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Por fim, indevido determinar o recolhimento de custas de diligência de Oficial de Justiça para intimação das testemunhas arroladas pela defesa, pois não há previsão legal para tal determinação. Na esfera penal, há, apenas, a previsão de recolhimento de taxa judiciária ao final, pelo réu, se condenado, conforme consta do artigo 4º da Lei Estadual nº 11.608/2003: § 9º - Nas ações penais, salvo aquelas de competência do Juizado Especial Criminal - JECRIM, em primeiro grau de jurisdição, o recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma: a) nas ações penais, em geral, o valor equivalente a 100 (cem) UFESPs, será pago, a final, pelo réu, se condenado; Assim, indevido determinar o recolhimento de custas processuais e de

diligência de Oficial de Justiça para intimação das testemunhas de defesa, como determinado na decisão impugnada. Diante disso, concedo parcialmente a liminar pleiteada, determinando-se se a juntada dos autos de nº 1503896-55.2022.8.26.0050, [...] além de deferir a oitiva das testemunhas de defesa arroladas tempestivamente nas respostas à acusação, as quais deverão ser intimadas independente do recolhimento de custas processuais e de diligências dos Oficiais de Justiça. Oficie-se ao juízo de origem para que, com urgência, dê cumprimento à presente decisão. Requistem-se informações pormenorizadas à autoridade coatora, sobre o andamento do feito, o cumprimento da liminar e eventual redesignação da audiência de instrução, debates e julgamento, a fim de viabilizar a intimação de todas as testemunhas e a juntada do inquérito policial nº 1503896-55.2022.8.26.0050 em prazo razoável para análise anterior à audiência em questão, pois apesar da não obrigatoriedade da diligência, reputo necessária para melhor análise da presente impetração. Após, encaminhem-se os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, e

tornem conclusos. São Paulo, 13 de outubro de 2022. HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA – Relator”.

A decisão da magistrada, em desarmonia com o texto legal, evidentemente afrontou o devido processo legal e os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, já que, “Não cabe à defesa detalhar o conteúdo dos depoimentos das testemunhas para que seja deferida a oitiva, tampouco antecipar todas as estratégias e teses que pretende utilizar e suscitar na defesa de seu representado.”<sup>101</sup> (SANTOS, 2022), vez que:

“Tolher a defesa de produzir as provas que entende cabíveis acarreta em flagrante cerceamento de defesa, sendo que o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa são assegurados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal”, resumiu o julgador. O acusado foi representado pelo advogado Cristiano Medina da Rocha.”

No artigo “A aplicação da *common law* no Brasil: diferenças e afinidades”, o autor sustenta que:

Observa-se ainda que a justificativa para que se interponha o entendimento jurisdicional ao ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, em um misto de características do sistema da Civil Law e da Common Law, a figura do ‘stare decisis’, ainda que de forma não vinculante entre os tribunais, decorre da aproximação destes dois sistemas no âmbito da jurisdição constitucional, onde a constitucionalidade das leis, e mais ainda, a tutela de Direitos, não requer a presença de normas positivadas, e, tampouco, a existência de uma Constituição rígida e positivada, mas sim, a presença de limites materiais que se fundamentam nos direitos e garantias fundamentalmente presentes no seio da sociedade humana, e, sobretudo, da sociedade em que se insere; assim como uma leitura moral da Constituição e do Direito. Ao se analisar as afinidades presentes entre a Common law e a Civil Law de um modo geral, é preciso atentar para o fato de que uma afinidade, para fins de comparação útil entre sistemas jurídicos, só existe caso eles possuam uma base ideológica comum, como colocado por Barak (2006, p. 198). Esta base ideológica é extraída do controle de constitucionalidade material das leis, denominada, na Common Law como ‘judicial review’, que se pauta pelos direitos e garantias instituídas no texto constitucional, e nos direitos humanos. O papel dos costumes é, também, outro ponto inalienável no considerar das afinidades da Common Law e da Civil Law no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que os costumes também atuam como elemento de sumária importância, a exemplo do

101 <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/defesa-nao-justificar-pertinencia-testemunha-tj-sp>



cheque pós-datado, que não tem respaldo legal, sendo seu uso e aceitação um fruto dos costumes que perduram desde 1912. Prova da importância dos costumes, é o acolhimento jurisprudencial destes, uma vez que a Lei nº 7.357/85 determina que o pagamento do cheque seja efetuado na data de sua apresentação – desde que este seja válido – a entidade bancária se vê obrigada a realizar o pagamento; mas, tendo o emitente e o tomador conveniado o uso de cheque pós-datado, caso a apresentação deste se dê antes do prazo livremente conveniado pelo arbítrio da vontade privada, poderá, a parte lesada, exigir indenização do beneficiário com o qual havia conveniado a apresentação para pagamento em data futura, mesmo com a ausência de norma positivada neste sentido; como evidenciado pela jurisdição, que tutela este costume, mesmo ante o silêncio legislativo, "Indenização – Dano Moral – Cheque pós-datado. A apresentação prematura de cheque a estabelecimento bancário, resultando em encerramento de conta da conta do emitente, acarreta ao responsável a obrigação indenizatória por dano moral, que deve ser fixada de acordo com a gravidade da lesão, intensidade de culpa ou dolo do agente e condições sócio econômicas das partes" (TAMG, 5ª Câmara Cível, Ap. 190931-9, BH, Rel. Juiz Aloysio Nogueira – v. U., j. 27.04.95, DJ 09/08/95, in Revista Consulex, Ano IV, nº 43, julho/2000) - "Indenização – Dano Moral – Pessoa Jurídica. Perfeitamente admissível o deferimento de indenização a título de dano moral em favor de pessoa jurídica, e decorrente de protesto tirado indevidamente, bem como de abalo de confiança resultante de apresentação antecipada de cheque pré-datado" (TAMG, Ap. 230244-5, 3ª Câmara Cível, BH, Rel. Juiz. Kildare Carvalho, v. U. J. 19.03.97, in Revista Consulex, julho/2000), - "Indenização – Dano Moral – Cheque pré-datado – Apresentação prematura pelo estabelecimento comercial. Importa dano moral o comportamento do estabelecimento comercial que, descumprindo acordo firmado com o consumidor, apresenta para saque cheque pré-datado cujo pagamento estava programado para data posterior"(TAMG, Ap. 233417-0, 3ª Câmara Cível, BH, Rel. Juiz Dorival Guimarães Pereira, v. U. J. 02.04.97, in Revista Consulex, julho/2000). Ao se cravar um escrutínio sobre as diferenças da Civil Law e da Common Law no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se, ab initio, que o valorizar das normas positivadas é um elemento diferenciador, mas que tem apresentado uma perda valorativa após a implementação do Neoconstitucionalismo como corrente de pensamento jurídico sob a qual se erige a hermenêutica legal, constitucional e principiológica. Outra disparidade constatada é o não

obedecer aos precedentes instituídos pelos tribunais, como ocorre na Common Law. (Martins, 2014)102

Diante do evoluir dos sistemas jurídicos e dos atuais sistemas do direito em rede, onde o Estado deixou de ser o foco único da soberania e a vontade do legislador a fonte absoluta do direito; em que Juízes se transformaram em co-autores da lei, e os sistemas normativos se enredam; é atual a indagação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., - Por que ler Kelsen, hoje? (O Estado de São Paulo, 1 de novembro de 1981, pp. 12 a 13):

Assim, a ciência jurídica não é uma ciência do "ser" (Sein) e não descreve fatos, mas é uma ciência que prescreve normas através do princípio da imputação. A ciência jurídica prescreve um tipo especial de normas: as que têm caráter coercitivo. Sob esta perspectiva, já no começo aparecem destacadas as análises dos conceitos: ato, sentido do ato, validade e valor. Para descrever seu objeto, a ciência jurídica fórmula regras de direito. Uma regra afirma, por exemplo: "Se um indivíduo cometeu um crime, deve ser castigado"; ou, de uma maneira geral, "se se há cometido um ato ilícito deve ser aplicada uma sanção". Da mesma forma que a lei natural, a regra jurídica estabelece uma relação entre dois fatos, mas enquanto na lei natural existe uma relação de causa e efeito, a causalidade não intervém na regra jurídica. O crime não é causa da sanção; a sanção não é o efeito do ato ilícito. A relação que existe entre os dois resulta de uma norma que prescreve ou autoriza uma conduta determinada. Esta norma é o sentido que se dá a um ou a muitos atos que os homens cumprem no espaço e no tempo aos quais se denomina costume, lei, sentença ou ato administrativo" (SANTOS, 1992, p. 43)

Os ensinamentos de Kelsen, ainda influenciam decisões de inúmeros magistrados brasileiros, que se fundam no sistema jurídico como estrutura hierarquizada das normas, como se pode observar nos seguintes julgados:

[...] Cita-se, por oportuno a lição de Hans Kelsen, quanto à hierarquia de normas, impondo a estreita abrangência da norma inferior, face ao conteúdo e comando de norma superior, de forma a permitir a normatização harmônica da situação jurídica que se pretenda ordenar (...) Ainda que a prestação de serviços do nutricionista permita o enquadramento das refeições servidas aos trabalhadores às normas de segurança alimentar e nutricional da legislação vigente, a exigência não

---

102 Martins, J. (2014). A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. Fonte: Jus Brasil: <https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/156274770/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades>

encontra respaldo legal, merecendo ser provido o apelo no ponto. Ante o exposto, voto por dar provimento ao apelo. (Recurso Especial - 122108 de 03 de fevereiro de 2011- Superior Tribunal de Justiça).

[...] Com base no dogma da hierarquia normativa, cujas raízes lógicas e axiológicas remontam aos célebres trabalhos do notável jurista austríaco HANS KELSEN (1881–1973), os Juristas afirmam, sem discrepâncias de tomo, que a produção normatizadora da vida jurídica e social do País se faz por meio de autêntica escala de instrumentos reguladores, em sentido decrescente, a partir da Constituição: as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as medidas provisórias e dos decretos legislativos (art. 59 da CF). (REsp 926011 / DF RECURSO ESPECIAL 2007/0032125–0. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). Data da Publicação/Fonte DJe 09/12/2008).

[...] Julgados plúrimos, do Egrégio STJ, em cuja esteira houve vários outros, nesta Corte, no sentido de que tais portarias, que guardam menor hierarquia no cotejo dos Decretos-Lei 2283 e 2284/1986, não poderiam ter excepcionado a regra do citado plano econômico que visou o alcance da estabilidade monetária. Pirâmide das normas, que Jurisprudência/STJ - Decisões Monocráticas aqui se recorda, no precioso escólio de Hans Kelsen. Ilegalidade manifesta, como também inconstitucionalidade, das normas de hierarquia mais baixa, tanto à luz da Carta de 1988, quanto da que vigorava naquele tempo; de 1967/1969 (Processo REsp 1087093. Data da Publicação DJe 04/03/2009).

[...] Em outros termos, o comando normativo encontra validade exclusivamente quando apreciado como fração de sistema, relacionado a este, conforme lecionam Hans Kelsen e Norberto Bobbio, entre outros mestres” (STJ. Processo REsp 1095537. Data da Publicação DJe 16/12/2009;.

O atual sistema jurídico brasileiro deve ser estudado ainda por meio dos ensinamentos de Ronald Dworkin – um dos maiores teóricos e jusfilósofos do século XX - com clássicas obras a respeito da Escola Moralista do Direito, por meio da qual, inserido no contexto da *common law*, afasta o cético positivismo sem abrir mão da positividade do direito, submetendo sua identificação à observância dos níveis de integridade e coerência ao conjunto valorativo presente em dada comunidade; e de Niklas Luhmann que incorporou às ciências sociais, os conceitos de autopoiese e de alopoiese, os quais se revelam de grande utilidade para a descrição do direito brasileiro, no qual a interferência de outros subsistemas sociais no jurídico é evidente.

Para alguns, o Brasil atualmente adota o sistema misto - *civil law* e *common law* -, todavia, em ambos os sistemas o magistrado obedece de certa forma o direito positivado - seja o texto constitucional, ou o sistema de princípios e de costumes consagrados há tempos imemoriais; mas em nenhum dos dois sistemas o Juiz por sua livre e deliberada convicção cria regras que afrontem os textos legais e os princípios de liberdade consagrados naquela nação.

O que se tem observado no Brasil não é aplicação da teoria dos precedentes originária do sistema da *common law* norte-americano, em que o Juiz pacífica entendimentos jurídicos que servem como regra matriz aos casos supervenientes, uniformizando a jurisprudência; pelo contrário, a postura adotada por alguns magistrados brasileiros em contrariar a CR, e as mais diversas regras positivadas, com base em suas convicções pessoais, está causando um colapso nos pilares da justiça, vez que, ao invés de se consolidar a segurança jurídica, isonomia, imparcialidade e legalidade, os jurisdicionados estão vivendo momentos de insegurança jurídica.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Voltemos às reflexões propostas no início do texto:

1. O Juiz que julga dando interpretação pessoal no caso concreto, contrariando o que está expresso no texto legal está sendo justo?

2. Ao julgar criando figuras jurídicas não previstas na legislação, está agindo em benefício da coletividade, protegendo direitos fundamentais, ou ferindo o Estado Democrático de Direito, que materializou regras jurídicas onde a vontade popular é manifestada por meio de representantes eleitos dos Poderes Legislativo e Executivo?

3. O que é justiça?

Para Hans Kelsen,

A justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social. Como virtude do homem, encontra-se em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa. Mas o que significa uma ordem ser justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. Nesse sentido Platão identifica justiça a felicidade, quando afirma que só o justo é feliz e o injusto, infeliz. (KELSEN, 2001, p. 02)

Não é possível responder as indagações 1 e 2 de forma técnica e satisfatória, isento de convicções pessoais e ideológicas, sem incorrer no mesmo equívoco dos magistrados que não respeitam as disposições legais; entretanto, ao que parece, as posturas dos referidos Juízes são causadoras da disseminação da sensação de insegurança jurídica que assombra os jurisdicionados brasileiros.

As constantes alterações das regras formais e substanciais do sistema jurídico, pelo Poder Judiciário, sem qualquer uniformização das decisões, nos afastam do conceito de justiça apresentado por Kelsen, já que a insegurança jurídica impossibilita aos brasileiros de modo geral gozarem do sentimento de “felicidade social”.

Os operadores do direito, sejam eles, Advogados e/ou Promotores de Justiça, muitas vezes se veem desejando que suas demandas sejam distribuídas para este ou aquele Juiz, ou para determinada câmara ou turma dos tribunais; por ser público e notório os posicionamentos garantistas ou punitivistas de cada órgão jurisdicional; ficando, assim, hialino que não há uniformização jurisprudencial no Brasil. E pior, muitas das decisões são prolatadas à margem da Constituição da República, de forma a contaminar o sistema jurídico brasileiro com a nefasta insegurança jurídica.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Trânsito a la modernidade, Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 2003.

BARABÁSI, Albert-László. Network Science. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

BARAK, Aharon. The judge in a Democracy. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da 2011 aproximação dos sistemas de common law e civil law. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2011. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, v. 65, n. 4, out./dez., 2007.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira, Ferreira, ALVES, Olavo Augusto. Direito Constitucional: Tomo II – Direito Constitucional Positivo. 8ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

BLACKSTONE, William. Commentaries on the law of England (fac-símile da 1ª edição, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979, v.1.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Processo Legislativo nº 1, Impeachment Dilma Rousseff/  
<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contra-dilma-rousseff/view>

BRASIL. (Constituição (1988)). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. (CPC). Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 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 nov. 2022.

BRASIL. (CPP). Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. 8ª Vara Criminal da Capital/SP, Juíza Titular Cynthia Maria Sabino Bezerra Camurri, Ação Penal nº. 1530134-14.2022.8.26.0050 - c. 2022/001064.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.\_

BRASIL. Lei nº12.594 de 18 de janeiro de 2012. Brasília: Presidente da República, 2012. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm). Acesso em 12 de nov. de 2022.

BRASIL. Lei nº13.431 de 04 de abril de 2017. Brasília: Presidente da República, 2017. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm). Acesso em 12 de nov. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1087093. Data da Publicação DJe 04/03/2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1095537. Data da Publicação DJe 16/12/2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial - 122108 de 03 de fevereiro de 2011- Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Criminal, Relator Heitor Donizete de Oliveira, Habeas Corpus nº. 2243354-91.2022.8.26.0000



BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara Criminal, Relator Heitor Donizete de Oliveira, Habeas Corpus nº. 2243354-91.2022.8.26.0000.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, 2001.

CARVALHO NETTO. Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale del diritto. S. L.: 1901

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resoluções. Disponível em: <http://www.pol.org.br>. Acesso em 04 maio. 2022.

COURA, Alexandre de Castro. Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores" à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DE AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE. Direito e jurisdição: três modelos de juiz e seus correspondentes mitológicos na obra de François Ost. Direito Público, v. 8, n. 44, 2011.

Decreto Lei Nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acessado em: 17 jan. 2012.

DELLAGNEZZE, René. Os sistemas jurídicos da civil law e da common law. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6348, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/86328>. Acesso em: 24 nov. 2022.

DENNINGER, Erhard. Tarefas do estado e direitos humanos. Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados, Fortaleza, 1996. DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. S. L.: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism,. Massachusetts: Harvard University Press, 2004. LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DORF, Michael. Hermenêutica constitucional. Trad. Amarílis de Sousa Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KELSEN, Hans. O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editores, 1984.

KELSEN, Hans. A Ilusão da Justiça. 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LIBERAT, Wilson Donizeti. Processo penal juvenil. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri: Manole, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. N.º. 49.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo, v. 1, 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MARTINS, J. (2014). A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. Fonte: Jus Brasil: <https://joaomartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/156274770/a-aplicacao-da-common-law-no-brasil-diferencas-e-afinidades>

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. Fortaleza: Themis, 1998. V.2. N.1.

MORAN, Fabíola. Ingerência penal & proteção integral à vítima. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. Revista Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/porta /DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 02 nov. 2022.

PACIEVITCH, Thais. Hércules. InfoEscola: Navegando e Aprendendo. 2022?. Disponível em: <https://www.infoescola.com/mitologia-grega/hercules/>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERES, Iehuda Henrique ; AZEVEDO, Daíla Landim de et al . A influência de Hans Kelsen nas decisões dos tribunais brasileiros. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518–4862, Teresina, ano 17 , n. 3209, 14 abr. 2012 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21514>. Acesso em: 29 ago. 2022.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. Júpiter, Hércules Ou Hermes: Reflexões Acerca Do Liame Discricionário Interpretativo De Cada Um. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 21, n. 2, 2020.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo: Max Limond. 1952.

REsp 926011 / DF RECURSO ESPECIAL 2007/0032125–0. Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). Data da Publicação/Fonte DJe 09/12/2008

Revista Jurídica Unicuitiba. Curitiba.V.04, n.61, p.779-796, Out-Dez. 2020 (Received/Recebido: Agosto 02, 2020; Accepted/Aceito: Outubro 23, 2020)

SANTOS, Celeste Leite dos. Injusto Penal e o Direito das Vítimas de Crimes. Curitiba: Juruá, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Poder Jurídico e Violência Simbólica. Problemas do Poder na Ohm Póstuma de Hans Kelsen. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva. Acesso em: 24 nov. 2022.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Kelsen Fácil, Liberdade. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

SANTOS, R. (18 de outubro de 2022). Defesa não precisa justificar pertinência de testemunha, decide TJ-SP. Fonte: Conjur: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/defesa-nao-justificar-pertinencia-testemunha-tj-sp>

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de garantias e o direito penal juvenil. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SILVA, Evani Z. Marques da; CASTRO, Lidia. R. Folgueira. Psicologia judiciária para concursos da magistratura. São Paulo: Edipro. 2011.

SILVA, Evani. Z. Marques da. Psicologia jurídica: um percurso nas varas de família do tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Psicologia Ciência e Profissão. v. 33, n.4, 2013. p. 902-917.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TEUBNER, Gunther. El Derecho como Sistema Autopoético de la Sociedad Global. Santiago: Olejnik, 2017.

THIBAU, Vinícius Lott. (Org.). Breves considerações teóricas sobre os paradigmas do estado liberal, do estado social e do estado democrático de direito. S. L.: s. D. WILLIAMS, Ian (2006). "Dr Bonham's Case and 'void' statutes". Journal of Legal History. S. L. S. D.

## **SIGNIFICADO E DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO PERANTE O DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS PECULIARIDADES EM FACE DAS PARTES COMPONENTES DO PROCESSO**

**MARIA LAURA DE SOUSA SILVA:**

Graduanda no curso de direito pela Associação Vitoriense de Educação, Ciência e Cultura - AVEC Centro Universitário FACOL - UNIFACOL.

**RESUMO:** O estudo trata de temas que visam compreender o significado do termo “adoção”, a conceituação elencada pelos autores consagrados que tratam do instituto, bem como, seu surgimento e desenvolvimento no decorrer da história. Verifica-se que, a maioria dos estudiosos buscam a compreensão da atuação do instituto da adoção no âmbito judicial, porém, no presente artigo buscou-se evidenciar as raízes de tal instrumento jurídico, apontando as alterações das previsões legislativas no decorrer na história em razão do avanço social. Auferiu-se também que, com o desenvolvimento da sociedade, surgiram diversos modelos de formação do núcleo familiar, e com isso, deixou-se de lado a restrição da adoção a estrutura patriarcal de família e fora concedido o direito de adotar uma criança a todos aqueles que atendessem os requisitos legais. Tratando dos requisitos, o trabalho elenca o procedimento imposto as partes para verificação de aptidão para compor um dos lados no processo adotivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adoção. Conceituação. Processo.

**ABSTRACT:** The study deals with themes that aim to understand the meaning of the term "adoption", the conceptualization listed by renowned authors who deal with the institute, as well as its emergence and development throughout history. It appears that most scholars seek to understand the role of the adoption institute in the judicial sphere, however, in this article we sought to highlight the roots of such a legal instrument, pointing out the changes in legislative provisions throughout history due to of social advancement. It was also verified that, with the development of society, several models of formation of the family nucleus emerged, and with that, the restriction of adoption to the patriarchal family structure was left aside and the right to adopt a child was granted to everyone. those that meet the legal requirements. And dealing with the requirements, the work lists the procedure imposed on the parties to verify the suitability to compose one of the sides in the adoption process.

**KEYWORDS:** Adoption. conceptualization. Process.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo se debruça no estudo do desenvolvimento do instituto da adoção no decorrer da história e para compreender o atual processo, é necessária a análise do contexto social. Inicialmente, ao buscar compreender o que significa o termo “adoção”, depreende-se que, reconhecidos autores como, Maria Berenice Dias, Pontes de Miranda e Rodolf Madaleno, ao



conceituar o que seria a adoção, todos eles citam a criação de um vínculo anteriormente inexistente entre o adotante e o adotado, apontando o instituto objeto do estudo, como a relação na qual o adotante reconhece como filho, aquele que não fora por si concebido, através do uso dos meios legais para tal.

É necessário elencar que, o desenvolvimento das leis ocorre em conjunto com o avanço da sociedade, e dessa forma o arcabouço jurídico que trata da adoção. Anteriormente, havia um padrão de entidade familiar que se assegurava o direito de adotar uma criança, com a caracterização dos diversos núcleos familiares, foi questionado quem de fato teria condições de gerir os direitos e interesses da criança que se encontrava com seu direito à convivência familiar infringido. Dessa forma, foi possível denotar que, independentemente se o casal era hétero, homossexual, anaparental, entre outros modelos, desde que preenchidos os requisitos legais e demonstrada a aptidão, a todos são concedidos o direito de ter um filho.

Do mesmo modo, para compreensão do processo, é necessário entender a motivação que leva o instituto adotivo a ser tão criterioso. Inicialmente, aponta-se que os direitos da criança e do adolescente são especialmente tutelados pela Lei Maior, e como norma complementar específica, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O instituto da adoção exige aval judicial e é irrevogável, por isso, uma das fases do processo adotivo trata-se da verificação de aptidão da parte para se enquadrar como adotante, com o objetivo de analisar se o candidato tem condições de suprir as necessidades do vulnerável e se aquela adoção compreenderá como o melhor interesse para a criança.

Desta feita, o artigo se debruça em compreender as minuciosidades que abarcam o processo adotivo, desde o conceito do termo, até verificação de capacidade das partes para compor o processo.

## **2 ETMOLOGIA DO TERMO ADOÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE SOB A ÓTICA DOS DIVERSOS EXPOENTES LITERÁRIOS**

O termo adoção advém do latim *adoptio-onis*, que corresponde ao ato de adotar, sendo apontado como um instituto jurídico que repercute consequências na esfera do direito de família, sendo formada uma nova relação jurídica de filiação (FRANCO, 2020).

O termo “adoção” refere-se ao ato de reconhecer como seu, filho que não fora por si concebido, mas sim, que advém de outra família, ou seja, trata-se de uma modalidade artificial de filiação, onde o sujeito toma como filho, um estranho.

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, a adoção é um “ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação” (MIRANDA, 1947, p.177), com base nisso, pode-se entender que a adoção seria um instituto a ser realizado com ritos específicos e uma série de cuidados a serem observados por se tratar da manutenção de um direito que efetivará a criação de uma nova relação jurídica.

Inserindo o termo no contexto jurídico, a prática do ato estabelece a criação de um vínculo entre o adotante e o adotando, fazendo nascer uma relação jurídica que envolve uma série de direitos e garantias. O instituto da adoção que versa sobre a criação da relação jurídica, envolve também a origem de uma relação subjetiva, onde será estabelecido um vínculo perpétuo que anteriormente era inexistente entre as partes.

Para Dias (2021, p.329), a adoção é caracterizada como um ato jurídico que para ter efeitos, precisa do aval judicial, segundo a autora a adoção "cria um vínculo fictício de paternidade- maternidade – filiação entre pessoas estranhas, análoga ao que resulta da filiação biológica", dessa forma, entende-se que há uma relação jurídica que busca estabelecer relação de afeto entre as partes, como acontece nas relações sanguíneas.

Logo, é possível compreender que, a adoção é um instituto que possibilita a criação de um novo vínculo com a ruptura de um laço sanguíneo anterior, que efetiva o direito consagrado constitucionalmente voltado às crianças e adolescentes, qual seja, o do convívio familiar.

Endossando o conceito apresentado, Caio Mario da Silva Pereira (2007, p.475) aponta que a adoção seria um ato jurídico pelo qual o adotante recebe alguém como filho, sem necessariamente haver um vínculo consanguíneo ou de afinidade entre eles, portanto, é cabível entender que tal instituto vai além da esfera subjetiva ao estabelecer uma nova relação afetiva, proporcionando efeitos jurídicos ao laço que está sendo formado.

Diniz (2010, p.282), conceitua a adoção da seguinte forma:

Adoção vem a ser o ato jurídico solene, pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.

Quando se refere ao âmbito jurídico, o instituto da adoção traz consigo uma série de efeitos que norteiam a relação entre as partes que compõem o pleito, apresentando um resultado irrecorrível e perpétuo conforme dispõe a Lei nº 12.010/09, art. 39, §1º. Por isso tal processo apresenta a necessidade do acompanhamento de profissionais de diversas áreas, quais sejam, psicólogos, assistentes sociais, promotores e juízes, para que com o aval de uma sentença judicial, o mérito seja resolvido suprindo a necessidade de ambas as partes.

Sempre a luz do que dispõe o Código Civil acerca da adoção, os autores seguem o mesmo diapasão ao analisar o instituto como um meio de criação de um vínculo, porém, deve-se ater-se ao fato que, esse instituto só deverá ser utilizado como última solução, ou seja, após esgotados todos os demais meios de proteção da criança ou adolescente dentro do seio familiar biológico.

Portanto, entende-se que o instituto da adoção, enquanto sentido etimológico é o ato que cria um vínculo entre indivíduos anteriormente estranhos, formando uma relação jurídica irrevogável onde será necessário uma série de etapas e análises de profissionais de diversas

áreas a fim de que seja protegido o interesse de ambas as partes, visando antes de tudo, a garantia constitucional de toda criança e adolescente de ter acesso a convivência familiar.

### **3 DESENVOLVIMENTO LEGISLATIVO ACERCA INSTITUTO DA ADOÇÃO CONFORME O DECORRER HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO**

O instituto da adoção possui raízes desde a antiguidade, quando se observa a história de Moisés, descendente de povo hebreu que fora adotado por família egípcia, que o tomaram como filho e lhe deram seu nome, fazendo com que ele fosse criado e tratado como membro daquela família (SANTOS, 1994, p. 21).

O Código de Hammurabi que teve sua criação por cerca do séc. XVIII a.C, sendo considerado umas das leis mais antigas que dispunha acerca de tal instituto, onde o mesmo já era tratado como ato irrevogável e a integração do adotado à nova família era absoluta (SANTOS, 2018, p. 25).

Mais adiante, observa-se também o contexto da Grécia Antiga, onde o instituto era carregado de cunho religioso e político, e apenas os que eram considerados cidadãos poderiam adotar, ou seja, homens, maiores de 18 anos (SANTOS, 1994, p. 21).

Nesse contexto em Roma, o ideal do instituto se desenvolveu com o intuito de dar continuidade a família, além de amparo a política, onde possibilitou que plebeus se transformassem em patrícios, ou o contrário. Deveriam ser preenchidos alguns requisitos formais, como ter idade mínima de 60 (sessenta) anos, por exemplo (MARTINS, 2012, p. 301).

Quando se traz o instituto ao contexto brasileiro, filho adotado era tratado de maneira completamente distinta, comparado ao filho biológico. Quando se refere ao contexto jurídico no Brasil o instituto da adoção teve sua primeira regularização de acordo com as Ordenações do Reino de Portugal, também conhecida como Ordenações Filipinas, não contendo sistematização própria (GONCALVES, 2011, p.379).

Seguindo o contexto histórico, surgiu o Código Civil de 1.916, criado pela Lei nº 3.071, onde continha arcabouço jurídico com maior amparo direcionado aos filhos adotados, mais especificamente do artigo do artigo 368 ao 378, trazendo uma série de requisitos formais. O intuito desse aparato legal quando se refere a adoção, continha um cunho de constituição familiar, onde o objetivo era dar pátrio poder a quem não o tinha, ou seja, só poderia adotar aqueles que não tivessem filhos legítimos (GONCALVES, 2011, p. 379).

Em seguida, foi sancionada a Lei nº 3.133 de 1957, que trouxe consigo alguns avanços consideráveis a serem mencionados. De início, destaca-se a abolição da necessidade de inexistência de filhos sanguíneos, sendo possibilitado ao adotante proceder com o ato de adotar, mesmo já contendo filhos biológicos. Também fora diminuída a idade mínima dos adotantes capazes de praticar tal ato, baixando de 60 (sessenta) anos para 30 (trinta) anos,

exigindo que a diferença de idade entre o adotando e o adotado fosse de no mínimo 16 (dezesesseis) anos, entre uma série de outros requisitos (MADALENO, 2016. p. 958).

Por sua vez, a Lei nº 4.655 de 1.965 trouxe amparo jurídico acerca da legítima adotiva. Essa lei carregou consigo um marco importante ao instituto, ao ponto que, determinava a igualdade entre os filhos sanguíneos e os adotados, porém, ao observar os direitos sucessórios, a distinção permaneceria, não concedendo aos filhos adotados amplos direitos na sucessão. Destacando-se também que, resgatou para si as previsões das Leis Babilônicas contidas no Código de Hammurabi, onde apresentava a legítima adotiva como irrevogável (BRASIL, 1965).

Mais à frente, surgiu a Lei 6.697 de 1979, deu lugar ao Código de Menores, que por sua vez, trouxe para a criança e adolescente um amparo assistencialista. Esse texto legal determinava que o adotado seria integrado amplamente a nova família, trazendo a possibilidade de os nomes dos adotantes constarem na certidão de nascimento do adotado, resultando na desvinculação documental da família biológica do adotado (GONÇALVES, 2011. p. 380).

Surge então a Carta Magna de 1.988, Constituição Cidadã, que traz uma série de garantias a serem prestadas as crianças e adolescentes, impactando diretamente o instituto da adoção por determinar como direito fundamental o acesso a convivência familiar, proibindo a distinção entre filhos legítimos e adotados em qualquer que seja o âmbito (BRASIL, 1988).

Também como marco de desenvolvimento do instituto, a Lei 8.069 de 1.990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), trouxe-se consigo uma série de requisitos e cuidados legais para o instituto da adoção. Tanto a Constituição Federal como o ECA, visavam a proteção dos interesses daquele que estivesse em situação de vulnerabilidade, com seus direitos e garantias infringidos, valendo-se da teoria da proteção integral da criança (ANDRADE; PIERINE; GALLO, 2019, p. 64).

Em seguida, foi sancionado o Código Civil de 2.002, pela Lei nº 10.406, trazendo a necessidade de intervenção do poder público frente a adoção de menores de 18 (dezoito) anos, e amparando-se ao ECA para reger o processo adotivo (BRASIL, 2002).

Por último, mas com importantes pontos a serem destacados surgiu a Lei Nacional da Adoção (Lei nº 12.010 de 2.009), que trouxe consigo algumas alterações ao ECA, destacando-se como exemplo, a necessidade de ser implementado ao processo adotivo a convivência familiar da criança juntos aos que pretendem adotar, a fim de viabilizar a adaptação, mas que teve como objetivo, a proteção dos interesses da criança ou adolescente (MADALENO, 2016. p. 960).

Portanto, entende que o instituto da adoção percorreu um caso de muitas alterações legislativas, que revelam o quanto o direito brasileiro amadureceu ao observar o processo adotivo. As mudanças ocasionadas trouxeram gradativamente ao instituto o contexto vivido pela sociedade, até alcançar o ponto em que os adotandos não sofressem nenhuma distinção, assegurando dessa forma, os direitos protegidos constitucionalmente.

#### **4 CARACTERIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA ENTIDADE FAMILIAR NO DECORRER DO AVANÇO JURÍDICO PERANTE A POSSIBILIDADE DE SEREM PARTES DO PROCESSO ADOTIVO**

Ao analisar o que vem a caracterizar a entidade familiar, é possível denotar que se trata de um conceito carregado de cunho cultural, tendo observância ao avanço social e nas mudanças legislativas. Conforme a sociedade evoluirá, a entidade familiar também passou por uma série de transformações e por isso teve alterações consideráveis no que tange a esfera jurídica impactando diretamente o processo adotivo (LÔBO, 2011, p. 18).

A entidade familiar é presente desde os tempos mais remotos em que possase estimar a existência do homem, com a passagem do estado de natureza para o estado de cultura, como preceitua Dias (2021, p. 42).

Dias (2021, p.42) aponta que a família se trata de um agrupamento informal, tendo sua formação de forma espontânea em meio a sociedade. A estruturação da família seria efetuada por meio da intervenção do direito, logo, é possível compreender que, conforme o direito evoluiu junto com a sociedade, a caracterização da entidade familiar também sofreu alterações.

A constituição de 1988 quebrou alguns paradigmas conservados no decorrer da história onde a entidade familiar era carregada de um cunho patriarcalista (MADALENO, 2016, p.46), sendo a partir de então, considerados uma série de modelos de entidades familiares, que por sua vez não necessariamente seria fundada no casamento (DIAS, 2021, p. 71).

É possível distinguir algumas espécies de família, fugindo do ideal conservador preservado por séculos, onde a entidade familiar era caracterizada por um homem e uma mulher que se casavam e geravam filho:

A família monoparental, que trata-se do núcleo familiar é composto por apenas uma pessoa assume o parentesco com outrem, ocorre em casos de mães ou pais solteiros, divorciados ou viúvos. Essa forma de agrupamento tem previsão constitucional no art. 226, §4º (DIAS, 2021, p. 46). Ocorre que, em razão muitas vezes de situações trágicas, os irmãos cuidam uns dos outros, constituindo também um tipo de monoparentalidade, qual seja, a família anaparental (MADALENO, 2016, p. 51).

A família reconstituída que corresponde a um modelo de entidade familiar que surge com a inserção de um novo membro em um grupo pré-existente, ocorre por exemplo em caso de homens que unem-se a mulheres que já tem filhos, podendo ambos conceber outros filhos além dos que já se tinham (MADALENO, 2016, p.53). Vejamos:

A partir do casamento podem surgir e é comum que surjam diferentes ciclos familiares experimentados depois da separação, ficando a prole com a mulher em uma nova conformação familiar, dessa feita uma entidade monoparental. Seguindo sua trajetória devida e, sobrevivendo ou não o divórcio, ela se casa novamente ou estabelece uma união estável e

passa a constituir uma nova família, que não tem identificação na codificação civil, e passou a ser chamada de família reconstituída, mosaica ou pluriparental.

A família artificial, por sua vez, surgiu com o avanço tecnológico, surgiu também como soluções a serem utilizadas pelos inférteis, qual seja, a fertilização *in vitro*, um meio artificial de formação de uma entidade familiar através da manipulação de material genético, tendo como amparo, a Resolução nº 1.358/1992, emitida pelo Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1992, p.3).

A família homoafetiva trata-se daquela formada por duas pessoas que comportam o mesmo sexo. Apesar de ser um ponto com evolução legal recente, desde a antiguidade já haveria apreço entre homens, ao que se refere na Roma Antiga. Porém, com a difusão do catolicismo, foi idealizado um modelo hetero de família a ser seguido, reprimindo essa forma de entidade familiar (SOUZA, 2015, p.27).

Importante destacar que, com o avanço social, em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva como unidade familiar, possibilitando mais adiante em 2013, com a resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que casais homoafetivos pudessem oficializar a união em cartório, registrando o casamento, essa entidade familiar também é designada como homoparentalidade (BRASIL, 2013).

Compreende-se que, tanto o conceito de adoção como o de entidade familiar, estão ligados a formação de um vínculo de afetividade entre sujeitos que acarretarão em uma série de efeitos jurídicos. A constituição Federal firma o vínculo entre o direito de família e o instituto da adoção ao ponto que apresenta a convivência familiar como direito fundamental de toda criança e adolescente, como preceitua o art. 227, onde é expressa a proteção a dignidade da pessoa humana como foco de cuidados constitucionais (BRASIL, 1988).

É necessário ressaltar também, tendo base na análise do texto constitucional, sobre o que tange as relações de parentesco. Ao inserir a criança na entidade familiar, deve-se zelar pelo princípio da igualdade, que foi amadurecido com muitos anos de reformas legislativas (LÔBO, 2011, p. 217).

Portanto, inserida a criança no convívio familiar, essa será dotada de todos os direitos e garantias que possuem os filhos legítimos, não sendo permitido nenhuma forma de distinção, de acordo com o texto constitucional, art. 227, §6º.

Endossando o exposto, Lôbo (2011, p.217) expõe o seguinte:

Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.



Dessa forma, fazendo um paralelo entre entidade familiar e o instituto da adoção, é possível denotar que um ampara o outro no que tange o processo adotivo, ao compreender que, através da inclusão da criança na entidade familiar, o direito da convivência direcionado ao vulnerável é efetivado, onde a entidade familiar mostra-se como campo de aplicação da garantia.

## **5 PROCEDIMENTO APLICADO AS PARTES A FIM DE VERIFICAÇÃO DE APTIDÃO PARA CADASTRO NO SISTEMA NACIONAL DE ADOÇÃO E ACOLHIMENTO**

Referente ao processo adotivo, é possível desde já, elencar que, como todos os procedimentos, esse, é dotado de uma série de fases, a fim de que seja protegido o interesse do indivíduo que se encontra em situação de vulnerabilidade, bem como, o interesse daqueles que pretendem ampliar sua entidade familiar, conforme dispõe o art. 28, §5º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos:

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...] § 5º A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência **(BRASIL, 1990)**.

No Brasil, atualmente, há mais de 32 mil postulantes em fila de espera para conseguir adotar uma criança. Não obstante dessa margem numérica, há cerca de mais de 29 mil crianças que se encontram em situação de vulnerabilidade e que permanecem em lares de acolhimento aguardando situação de aptidão para entrar no cadastro nacional de adoção (BRASIL, 2021).

Inicialmente, destaca-se que, a Lei nº 12.010/09 trouxe consigo uma série de avanços que propiciaram maior acessibilidade ao instituto da adoção, que versa desde o acolhimento da criança em lares especializados até o acompanhamento proporcionado após a inclusão da criança na família considerada apta para a receber. Um ponto a ser destacado é, a possibilidade de pessoas solteiras candidatarem-se como pretendentes a adotar, sendo exigidos todos os demais requisitos que expressem que o ambiente familiar é adequado para a criança ou adolescente, bem como, a maior idade exigida por lei (CÓRNELIO, 2010).

A lei nº 12.010/09 que reformou alguns pontos do Estatuto da Criança e do Adolescente, como por exemplo o período em que a criança ficará em centros de acolhimento, uma vez que o intuito dessas instituições seria dar suporte ao vulnerável de forma temporária, para que possa ser realocado para a entidade familiar que melhor atender aos seus cuidados. Vejamos o que dispõe a lei sobre o exposto:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária **(BRASIL, 1990)**.

Logo, é possível compreender que a lei versa sobre um processo de adoção que em tese possui tempo de duração rápido. Mas é preciso destacar também que, muitas vezes o caso concreto não condiz com o que é previsto na lei, uma vez que, seja qual for a situação, o objetivo do instituto é, e sempre será, garantir a criança ou adolescente condições que a retire da situação de vulnerabilidade, para isso, são impostos uma série de requisitos a serem preenchidos pelo adotante e pelo adotado a fim de que a alocação da criança em um âmbito familiar, seja efetivado de forma segura.

Com relação ao adotante, a lei 12.010/90 amplia o instituto trazendo como necessidade que o adotante possua 18 anos, não limitando o mesmo a condicionante de estado civil, possibilitando que pessoas solteiras requeiram o pleito. Vejamos o que dispõe o art. 42 da Lei 12.010/90: Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. [...] § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando (BRASIL, 2009).

Expressado o interesse em adotar, é iniciado uma série de análises documentais que possam averiguar a capacidade civil dos adotantes, quais sejam, exames psicológicos, análise de condições econômica, antecedentes criminais, conduta social, entre uma série de outros documentos que são minuciosamente analisados para comprovar que os pretendentes são aptos (MEDEIROS; FERREIRA, 2016, p.7).

Em análise ao procedimento aplicado em face da criança, como mencionado anteriormente, são envolvidos uma série de profissionais de diversas áreas, a fim de que haja um acompanhamento preciso e específico, objetivando concluir se o caso concreto não se enquadra em nenhuma outra via, que não, a destituição do poder familiar biológico para a alocação da criança em um novo núcleo (BINA; OLIVEIRA, 2019, p. 6).

Durante o processo de acolhimento da criança ou adolescente que se encontra em situação de vulnerabilidade, o objetivo não seria de imediato afastar a criança do recinto familiar biológico, mas sim, trazer a criança para um ambiente onde seus direitos e garantias sejam zelados a fim de

a partir do acompanhamento psicológico (de ambas as partes, criança e família), sejam tomadas as medidas cabíveis e necessárias a proteção dos interesses da criança ou adolescente (PRADO, 2006, p. 74).

Esse é um destaque a ser analisado, ao ponto que, o procedimento de análise da aptidão do seio familiar biológico muitas vezes estende-se a mais do que deveria, relutando a família em permitir que a criança seja posta para adoção, uma vez que a legislação vigente traz como pressuposto, a necessidade de consentimento dos pais, expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos:

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar **(BRASIL, 1990)**.

É necessário destacar que, a adoção só será utilizada quando findados os meios de manter a criança no seio familiar biológico, seus interesses ainda estejam sendo transgredidos, motivo pelo qual, trata-se da última medida a ser recorrida. Logo, é possível compreender que, atuando os pais nos casos previstos em lei (Art. 1.638 do Código Civil), poderão eles ser destituídos do poder familiar que atuam em face da criança.

Desvinculada do poder familiar, a criança ou adolescente é cadastrado em sistema nacional de adoção de acolhimento a fim de que encontre algum pretendente que se enquadre nos requisitos necessários para proteger seus interesses. Por outro lado, o procedimento a ser aplicado em face dos pretendentes é mais autônomo, esses, irão até a Vara da Infância e Juventude de sua cidade, apresentando as devidas documentações, bem como, a petição de requerimento (art. 197-A, ECA).

Será realizado um acompanhamento psicológico, a fim que seja identificada capacidade do pretendente, bem como, análise feita por assistente social. Devendo o poder público assistir tal processo, como previsto em lei, o Ministério Público se pronunciará e o posteriormente o juiz proferirá sentença, permitindo ou negando a habilitação dos pretendentes, que se permitidos, serão cadastrados no sistema de adoção (PERIM, 2018. p. 14).

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, é uma ferramenta que fora implementada para auxílio no processo adotivo. Tal tecnologia surgiu da união do Cadastro Nacional de Adoção junto com o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas, de acordo com o CNJ. O sistema é regido pela Resolução nº 289/2019 e lá, são concentradas todas as informações necessárias de ambas as partes (adotante e adotado), destacando-se também que, atualmente, tendo contagem a partir do ano de 2019, cerca de 7.930 crianças já encontraram núcleos familiares através do sistema (BRASIL, 2019).

Porém, o sistema perde seu efeito quando muitos pretendentes, ao não terem paciência em encontrar uma criança que se enquadre nos requisitos expostos por eles no sistema, aderem a um

tipo de adoção que burla a legislação brasileira, é o que denomina-se de Adoção à Brasileira (MARCHI; TEIXEIRA, 2018. p. 12), em razão disso, o cadastro permanece, mas o processo é interrompido, causando o congestionamento do sistema com uma série de informações controversas.

Portanto, compreende-se que os métodos utilizados no instituto da adoção enfrentam entraves procedimentais que proporcionam a mora processual. A desvinculação da criança de seus laços biológicos mostra-se como um fator muito criterioso, para que possa ser cogitado o cadastro no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, uma vez que, mesmo a criança encontrando-se em situação de vulnerabilidade, isso por si, não é suficiente para a decretação da destituição do poder familiar, atuando os lares de acolhimento com análises psicológicas e sociais. Por outro lado, já com a criança apta, o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento mostra-se viciado, contendo exorbitantes números de pretendentes que burlam o sistema recorrendo a meios ilegais de adoção, e impõem a criança/adolescente estereótipos de como seria a criança ideal, delimitando a esperança delas em encontrar lares substitutos adequados, e conseqüentemente, a mora do processo judicial.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se, portanto, que o instituto da adoção é presente na humanidade desde os tempos mais remotos e que, conforme o socialmente aceito em cada época, evoluiu legalmente de forma a atender os anseios sociais, seja zelando pelo pátrio poder, como posteriormente, mudando a perspectiva de proteção, visando atender o bem-estar e o melhor interesse para a criança.

Adoção é um instituto que atua de forma a criar vínculos entre pessoas que sentem o desejo de ser pais, no caso do adotante, conjuntamente ao desejo da criança em encontrar uma família substituta que consiga atender as suas necessidades, para efetuar um correto desenvolvimento e amparo perante a sociedade. Aponta-se que, observando o processo em face do adotante, diversos são os critérios considerados para que possa ser cogitado o Cadastro No Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, fase em que ele elencará critérios de uma criança que se enquadre os filtros litados, quais sejam, cor da pele, cor dos olhos, doenças pré-existentes, entre outros.

Por sua vez, com relação ao adotado, o tratamento é mais delicado, visto que a realocação em uma família substituta deve ser a última medida a ser recorrida a fim de retirada da criança/adolescente, da situação de vulnerabilidade. Faz-se necessária a passagem por todas as etapas em razão do zelo pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio do melhor interesse para a criança, pois a constituição em seu art. 227 elenca como garantia, a ser protegida pela família, pelo estado e pela sociedade, a convivência familiar.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renata Sabrina; PIERINI, Alexandre José; GALLO, Zildo. Trajetória Jurídica da Adoção no Brasil: Análise do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da Lei nº 12.010/09. **Revista Brasileira Multidisciplinar**. São Paulo, v. 22, n.3, p. 63-80, 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/327989138.pdf>. Acesso em: 9 out. 2021

BINA, Thamara de Souza; OLIVEIRA, Teresa Cristina Ferreira de. O procedimento de adoção no Brasil: a importância da abordagem interdisciplinar na perspectiva do melhor interesse da criança e do adolescente. In: 22ª SEMANA DE MOBILIZAÇÃO CIENTÍFICA, 2019, Pituáçu. **Anais da 22ª Semana de Mobilização Científica: pessoa, sociedade e meio ambiente**. Salvador: Universidade Católica do Salvador, 2019, p. 1-16. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1300>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA**, 2021. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 12 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 09 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965**. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4655.htm). Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358\\_1992.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf). Acesso em: 11 out. 2021

BRASIL. **Resolução nº 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 11 out. 2021

CORNÉLIO, Láis do Amor. Adoção: o que mudou com a Lei 12.010/09? **Conteúdo jurídico**, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21902/adocao-o-que-mudou-com-a-lei-12-010-09>. Acesso em: 12 out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCO, Gabriela Cenci. **Os entraves burocráticos encontrados no processo de adoção no Brasil**. 2020. 32f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2020. Disponível em:



<http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/7289/1/FRANCO%2c%20GABRIELA%20CENCI.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MADALENO, Rodolf. **Direito de Família**, 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

MARCHI, Daniel Souza; TEIXEIRA, Humberto Gustavo Drummond. **Adoção – uma análise reflexiva diante dos entraves burocráticos do sistema jurídico brasileiro**. 2018. 23f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Sociais Aplicadas, Direito), Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2018. Disponível em:  
<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/583>. Acesso em: 13 out. 2021.

MARTINS, Edson; MARTINS, Eline Teixeira de Lima. Adoção: as transformações históricas do instituto e as dificuldades encontradas na atualidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba, n. 7, p. 299-

308. 2012. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima7/16-adocao-edson-martins.pdf>. Acesso: em 12 out. 2021.

MEDEIROS, João Victor; FERREIRA, Abraham Lincoln de Barros. O procedimento de adoção perante o estatuto da criança e do adolescente (ECA), **Repositório Digital Univag**, Cuiabá, 2016, p. 1-11. Disponível em:  
<http://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/258>. Acesso em: 12 out. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad Editor, 1947.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

PERIM, Maria Cecília Ceschim. **O abandono estatal diante da morosidade do processo adotivo e a teoria da perda de uma chance**. 37f. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018. Disponível em:  
<http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/316>. Acesso em: 12 out. 2021.

PRADO, Mariana Rodrigues. **O processo de adoção no Brasil**. 92f. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), - Faculdade de Direito de Presidente Prudente – São Paulo, 2006. Disponível em:  
<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/materia/Ado%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.



SANTOS, Gabriela Bergo dos; KURANAKA, Jorge. **A adoção no ordenamento jurídico: evolução histórica e sua eficácia**. 52f. 2018. Trabalho de Conclusão de curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018.

Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/1916>. Acesso em: 13 out. 2021.

SANTOS, Nildo Nery dos. Adoção: evolução histórica; adoção internacional; a legislação estrangeira. **R. Dout. Jurisp**, Brasília, p. 21- 44, 1994. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/34995/ado%C3%A7ao.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 out. 2021

SOUZA, Gabriela Quinhões de. Famílias contemporâneas: socioafetividade como fator de formação da família e a teoria do cuidado. **Amazon's Research and Environmental Law**, v. 3, n. 1, p. 22-40, jan./2015. Disponível em: <http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arelfaar/article/view/146/123>. Acesso em: 11 out. 2021.