

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1101

(Ano XIV)

(06/07/2022)

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 1101



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1101, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 570 f.

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

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



#### **Violência institucional (Lei 14.321/22)**

*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

#### **A cultura do estupro: violência sexual e suas consequências**

*Gabriely Maria Valiceli, 16.*

#### **O papel da escola clássica na construção da culpabilidade penal moderna: entre o livre arbítrio e a crença na igualdade perante a lei.**

*Gabriel Paraizo Dantas Braz, 26.*

#### **Alienação parental e seus efeitos à luz da Lei 12.318/2010**

*Camila Francischini Leal Gonçalves, Carmen Tatyana Dos S. Saraiva e Roberés Corrêa Guimarães, 48.*

#### **Um ensaio sobre a concepção do direito fundamental e constitucional à liberdade**

*Maria Letícia de Brito Fontenele, 66.*

#### **Normas processuais como instrumentos de interpretação de institutos jurídicos e elementos estruturantes da democracia – a constitucionalização do direito processual**

*Roberta Vieira Gemente de Carvalho, 73.*

#### **Prisão civil do devedor de alimentos: (In) eficácia da execução de alimentos durante a pandemia do Covid-19**

*Gláucia Barbosa de Souza, 93.*

#### **A importância do canal de denúncia para combater o assédio no ambiente de trabalho**

*Ellen Christian de Araujo Rodrigues, 112.*

#### **Tutelas provisórias em direito previdenciário: efeitos e consequências**

*Patricia Bettin Chaves, 129.*

**Legislação urbanística e descaracterização das paisagens rurais: permanências e rupturas da revogação da Área Estadual de Proteção Ambiental (APA) Fazenda Capitão Eduardo, região nordeste de Belo Horizonte – MG**

*Vagner Luciano de Andrade, 137.*

**Direito digital: a importância da regulamentação jurídica das criptomoedas sob perspectiva de sua penhora para a satisfação do crédito exequendo**

*Alessandra Gabriela Gomes de Castro, 173.*

**A deficiência na fiscalização e consequentemente a ausência de punibilidade nos atos ilícitos no gerenciamento dos regimes próprios da previdência social dos servidores públicos municipais**

*Alessandra Cristina Santana Picanço Lima, 190.*

**Legados da justiça de transição no Brasil – a importância da memória na construção de um estado democrático de direito**

*Carla Viviane Oliveira do Nascimento, 203.*

**Assistência jurídica integral e gratuita e a Lei nº 13.467/17: uma análise das principais mudanças frente à garantia constitucional de acesso à justiça**

*Amanda Barros Maneschy, 225.*

**Sharenting Comercial: exposição da imagem infantil nas redes sociais como fonte de renda familiar e os abusos cometidos no âmbito dessa exposição**

*Tainá de Almeida Lemes, 244.*

**O pragmatismo jurídico no processo civil brasileiro, a pandemia da covid-19 e os reflexos causados na audiência judicial tradicional que resultaram na implantação da audiência síncrona online**

*Alex Carlos Capura de Araújo, 259.*

**Concessão judicial de medicamentos sem registro na Anvisa: uma análise de decisões do Supremo Tribunal Federal em recursos extraordinários**

*Haeckel Rodrigo Bulcão da Silva, 275.*

**Lei de drogas, crime de porte de drogas para consumo pessoal, artigo 28 da Lei 11.343/2006**

*Gustavo Carvalho Rodrigues de Almeida, 287.*

**Avanços Legislativos em prol da Defesa da Mulher na Política**

*Eduardo Luis Grosso, 311.*

**Responsabilidade Civil Nas Relações Conjugais**

*Valter Pontes Castelo Branco Junior, 318.*

**Criminologia execução penal: etiquetamento social no Sistema Penitenciário**

*Ludne Nabila de Oliveira Barroso, 335.*

**Prerrogativas processuais da fazenda pública na fase de conhecimento da ação civil pública: obstáculos à célere efetivação dos direitos transindividuais**

*Vinícius Gabriel Viana de Jesus, 353.*

**Colisão de direitos fundamentais: a busca da técnica adequada e a estruturação do método para a resolução de conflitos**

*Dimitrius Gomes de Souza, 439.*

**A inconstitucionalidade da imposição do regime da separação de bens para maiores de 70 anos**

*Gabriela Patrícia Miranda de Almeida e Edna Cosme Vicente, 455.*

**As constatações da Comissão Nacional da Verdade como parâmetro para a aferição das possibilidades hermenêuticas do art. 231 da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1.017.365**

*Aislan Arley Pereira de Alvarenga, 474.*

**O trabalho infantil na feira livre de Picos-PI: retrato de um sujeito invisível**

*Jéssica Maria de Moura e Silva, 485.*

**Controle de constitucionalidade e análise do art. 28, caput, da Lei de Drogas**

*Carla Viviane Oliveira do Nascimento, 504.*

**Crimes de trânsito causados por embriaguez, dolo eventual ou culpa**

*Elisvalter Brito de França, 516.*

**Seguridade social - regulamentação atual**

*Silvio Luiz Giachetto, 532.*

**O conceito de consumidor e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações do estado como prestador de serviços**

*Felipe Antônio Macieira Pinto Lopes, 547.*

## **VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL (LEI 14.321/22)**

### **EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

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

A Lei 14.321/22 inclui na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) o artigo 15 – A com “nomen juris” de “Violência Institucional”.

Criminaliza-se, em suma, a chamada “vitimização secundária”, que provém das respostas inadequadas formais e informais obtidas pela vítima, as quais acabam produzindo novos danos para além daquele já sofrido com a prática criminosa. 1

Como bem aduz Moraes, diversamente dos demais tipos penais da Lei de Abuso de Autoridade, o artigo 15 – A não se dirige à proteção de investigados ou réus contra eventuais arbítrios estatais, mas volta-se para a tutela dos interesses de vítimas e testemunhas. 2

A legislação parece dividir o sujeito passivo em duas categorias, a saber: a “vítima de infração penal” (significando que poderá ser vítima de crimes violentos ou não e até de contravenções) e a “testemunha de crimes violentos” (designando uma restrição que se refere apenas às testemunhas de crimes violentos, o que afasta eventuais testemunhas de contravenções penais e de crimes não violentos da proteção legal). Sinceramente, não se vê motivação idônea para isso, mas foi o que o legislador fez. Entende-se que o correto seria abranger tanto vítimas como testemunhas de qualquer infração penal sem a distinção que foi levada a efeito. Contudo, “legem habemus” e não será possível, por força do “Princípio da Legalidade”, abranger no dispositivo eventuais testemunhas de contravenções e crimes não violentos, ainda que sejam submetidas às agruras descritas no

---

1BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 103.

2 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Lei 14.321/2022: a criminalização da violência institucional. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-abr-10/rafael-moraes-criminalizacao-violencia-institucional>, acesso em 28.05.2022.



tipo. Embora Moraes afirme que a lei não se restringe à violência física, podendo abranger a palavra num sentido aberto ou amplo (v.g. violência moral, patrimonial, ainda que relativa a crimes patrimoniais sem violência física ou grave ameaça etc.),<sup>3</sup> não parece ser essa a melhor interpretação. Sempre que o legislador se refere a violência, salvo em legislações em que a conceitua especialmente (v.g. Lei 11.340/06), o termo se refere a infrações penais em que há o elemento da violência física ou ao menos da grave ameaça (v.g. roubo, extorsão, estupro, homicídio, lesões corporais etc.). Pretender extrapolar esse tradicional significado legal é violar a “legalidade estrita”. O que parece certo é que a violência não precisa estar presente em concreto, mas compor a descrição típica em abstrato do crime enfocado. Por exemplo, o roubo é um “crime violento”, embora possa ser praticado com emprego de violência física, mas também, em algum caso concreto, somente mediante grave ameaça. O roubo não deixa de ser um “crime violento” em acordo com a dicção típica do artigo 15 – A porque, num caso concreto, em que se lida com uma vítima ou testemunha específica, o fato se deu apenas por meio de grave ameaça. A descrição típica do crime de abuso parece se referir à qualidade violenta do crime em abstrato, não necessariamente em concreto. O mesmo se pode afirmar, por exemplo, a respeito do crime de “Estupro de Vulnerável”, o qual pode se dar mediante violência ou grave ameaça (tanto é que existem qualificadoras pelas lesões graves ou morte), como sem essas práticas num caso concreto. Ocorre que abstratamente trata-se de um crime violento por natureza, que é o que basta para as exigências típicas contidas no artigo 15 – A em estudo.

A conduta consiste em “submeter” tais pessoas a “procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos”. Tratam-se, obviamente, de elementos normativos do tipo, os quais deverão ser apreciados em cada caso concreto para aferir suas condições de desnecessidade, repetição ou invasão abusivas. A redação é sofrível, não apresentando nenhuma determinação ou segurança jurídica. Parece que quaisquer procedimentos que se pretenda rotular de ilícitos deverão ser “desnecessários”. As palavras “repetitivos” ou “invasivos” somente podem ter sentido quando o procedimento também for desnecessário, violando a razoabilidade. Não será abusiva, por exemplo, a realização reiterada de reconhecimentos pessoais em casos em que isso se justificar, como, por exemplo, pela multiplicidade de supostos autores ou suspeitos que vão sendo identificados pela Polícia. Um exame de corpo de delito de conjunção carnal e ato libidinoso realizado no IML por requisição é extremamente “invasivo”, mas se justifica plenamente, sob pena de impedir a comprovação da materialidade delitiva e de perder oportunidades de coleta de provas capazes de determinar a autoria da infração. O grande problema estará em determinar quando esses procedimentos a que a lei se refere são repetitivos e invasivos de forma irrazoável ou são, de plano, desnecessários. Somente em casos teratológicos é que se poderá ter qualquer segurança jurídica a respeito, pois em outras situações o poder

---

<sup>3</sup> Op. Cit.



discricionário da autoridade responsável pela investigação ou processo não pode ser questionado, sob pena de engessar a persecução penal e fazer grassar e impunidade em prejuízo da própria vítima, de testemunhas e, enfim, da sociedade em geral. Não se olvide que a Lei de Abuso de Autoridade veda a imputação do chamado “Crime de Hermenêutica”, de forma que o entendimento do agente público acerca da necessidade de diligências, ainda que divergente de outrem, não serve, por si só, para a configuração de infração penal, nos estritos termos do artigo 1º, § 2º, da Lei 13.869/19. Neste sentido:

De igual sorte, também não caracteriza o delito a divergência interpretativa da lei ou na avaliação fática e probatória, sobretudo em relação ao juízo e à decisão acerca da *estrita necessidade* de promover os procedimentos pela autoridade responsável, diante da expressa vedação ao ilícito de hermenêutica (Lei 13.869/19, artigo 1º, § 2º). 4

Além disso, tais procedimentos, segundo a dicção do tipo, devem ser aptos a levar a vítima ou testemunha a “reviver, sem estrita necessidade”, “a situação de violência” ou “outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização”. 5 Novamente se vê a importância crucial do elemento objetivo da “necessidade”. Em sendo o procedimento necessário para a apuração criminal, não há falar em abuso, ainda que haja certo constrangimento, sofrimento ou reminiscência da vítima ou testemunha. Há um ditado popular que ensina ser impossível “fazer um omelete sem quebrar os ovos”. Efetivamente, a investigação criminal e o respectivo processo podem ser, de certa forma, danosos a vítimas e testemunhas, mas há certo grau de danosidade que é inevitável, a não ser que simplesmente se desista da persecução penal.

É certo que se pode acatar a concepção de Caruth sobre o trauma “como a repetição do sofrimento do acontecimento”, de forma que ele “não é experienciado como uma mera repressão ou defesa, mas como um atraso temporal que leva o indivíduo para

---

4 Op. Cit.

5 Observe-se o erro material de concordância na redação do dispositivo em comento. A referência é feita a “procedimentos” (no plural) e depois se diz “que leve a reviver” (no singular), quando o correto seria “que levem a reviver” (no plural).

além do choque primeiro”.<sup>6</sup> Não obstante, muitas vezes a apuração criminal não terá como se desvencilhar de sua característica traumática para os envolvidos.

Novamente a dicção legal é indeterminada e certamente violadora do limite imposto pela “legalidade estrita”.

Note-se que o crime do “caput” não deveria ser próprio, muito menos funcional, de forma que um advogado, por exemplo, deveria poder incidir na conduta. Contudo, no diz respeito aos causídicos, somente o Defensor Público será abrangido, já que o artigo 1º. c/c artigo 2º., da Lei 13.869/19 restringe a aplicação de todos os crimes desse diploma a “agentes públicos”, tornando-os, sem exceção, “crimes próprios e funcionais”. Para que advogados fossem alcançados seria necessário que houvesse no dispositivo em comento uma regra de exceção ao determinado nos artigos 1º. e 2º., da Lei de Abuso de Autoridade, uma vez que os referidos profissionais liberais exercem certamente um “munus” público, mas não são “agentes” ou “funcionários públicos”, nem mesmo para fins penais. Portanto, ao advogado somente restará eventual responsabilização administrativo – disciplinar (deontológica), civil e criminal apenas no que se refere, conforme o caso, ao crime de “Constrangimento Ilegal” (artigo 146, CP). Esta certamente não é a melhor formatação do referido tipo penal, que deveria alcançar os advogados, mas a outra conclusão não se pode chegar, infelizmente, diante do regramento restrito dado ao sujeito ativo dos crimes de abuso de autoridade pela Lei 13.869/19.

É preciso ter em mente ainda que a conduta, para ser abusiva, deverá satisfazer o elemento subjetivo constante dos crimes de abuso de autoridade, conforme consta do artigo 1º., § 1º., da Lei 13.869/19 (“animus abutendi”). Não há figura culposa.

Toda essa redação aberta, se não for adequadamente limitada pelo bom – senso e pela pesquisa do elemento subjetivo exigido, pode tornar a persecução penal algo inexecuível. Como seria possível, por exemplo, realizar uma reprodução simulada dos fatos, com a participação da vítima e testemunhas, sem que isso repita a cena do crime e lhes traga o reviver da violência ou outras situações constrangedoras? É claro que não se pode pretender fazer a reconstituição de um estupro, por exemplo. Ora, isso não somente constrangeria indevidamente a vítima, mas violaria até a moralidade, o pudor e a razoabilidade minimamente exigíveis na condução de uma apuração criminal. No entanto, em outros casos como roubos, tentativas de homicídio etc., isso não pode simplesmente ser impedido por receio das autoridades em incidirem em suposto abuso.

---

<sup>6</sup> CARUTH, Cathy. Psychoanalysis, Culture, and Trauma. *American Imago*. Volume 48, número I, 1991, p. 6. Cf. também: FELMAN, S., LAUB, D. *Testimony: Crisis of Witnessing in Literature, Psychoanalysis, and History*. New York: Routledge, 1992, “passim”.

Há que trilhar o caminho do bom – senso, também prestando atenção no fato de que a vítima e testemunhas não podem ser submetidas a tratamentos degradantes, por vezes invertendo os papéis daqueles envolvidos em um episódio criminal. Tal como alerta Shakespeare, no poema “O Estupro de Lucrecia”:

Homem algum acuse a flor que deteriora,  
Mas censura o duro inverno que mata a flor.  
Não quem é devorado, e sim quem devora,  
Merece culpa. 7

Afinal, quando se fala em humanização do Processo Penal, acenando com todo o sistema protetivo dos “Direitos Humanos”, isso indubitavelmente não se aplica, com exclusividade, àqueles que sofrem a persecução penal, mas também a vítimas e testemunhas. 8

O § 1º. do artigo 15 – A da Lei 13.869/19 com nova redação dada pela Lei 14.321/22, apresenta mais uma conduta criminosa, desta feita um crime omissivo próprio. Além de omissivo próprio, o crime é funcional (próprio), pois que tem como sujeito ativo necessariamente um “agente público” que deixa de impedir que terceiro “intimide” a vítima de crimes violentos, ocasionando sua “revitimização”, “sobrevitimização” ou “vitimização secundária”. Nesse caso, o agente (“rectius” omitente) não pratica a intimidação, mas se queda inerte diante dela quando tinha o dever de intervir. O verbo típico é “permitir”, indicando uma omissão criminosa. Aqui há uma conduta independente e diversa do tipo penal descrito no “caput”, somente a pena aplicável é a mesma do “caput”, mas com o acréscimo de dois terços. Não se trata de simples causa de aumento de pena, mas de uma conduta específica. Note-se que o intimidador incide em infração mais grave, qual seja, “Coação no Curso do Processo” (artigo 344, CP). Não se compreende por que não é previsto como crime no parágrafo em estudo também a omissão perante a intimidação da testemunha. Ademais, não se compreende, conforme já exposto, por que testemunhas de contravenções e crimes não violentos ficam de fora da proteção legal. Mais ainda, no § 1º., há menção a “vítimas de crimes violentos” e não “infrações penais” em geral como no “caput”. Dessa forma, também, inexplicavelmente, ficam de fora da proteção as vítimas de

---

7 SHAKESPEARE, William. O Estupro de Lucrecia. Disponível em <https://shakespearebrasileiro.org/o-estupro-de-lucrecia-completo/>, acesso em 28.05.2022.

8 REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021, “passim”.

crimes não violentos e contravenções penais. De qualquer forma, essa omissão de agente público, com relação a testemunhas ou vítimas de infrações penais não violentas, certamente poderá ser tipificada como “Prevaricação” (artigo 319, CP), sempre dependendo de elemento subjetivo específico também presente nesse dispositivo do Código Penal, e no caso do artigo 15 – A, § 1º., conforme disposto no artigo 1º., § 1º., da Lei de Abuso de Autoridade.

Agora, se o próprio agente público é o responsável pela intimidação da vítima de crimes violentos, gerando indevida vitimização, a pena é aplicada em dobro, passando de detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa, a detenção de 6 meses a 2 anos, e multa. O crime previsto nesse parágrafo também se descola do “caput”, tratando-se de crime próprio de agente público, bem como sendo seu verbo “intimidar” e não “submeter” a vítima a algum procedimento. Neste caso, sendo o próprio agente público o intimidador surge um problema com relação à distinção entre este dispositivo em estudo e o crime de “Coação no Curso do Processo” (artigo 344, CP). Não é possível resolver a situação por meio do “Princípio da Especialidade”, aplicando o artigo 15 – A, § 2º., da Lei de Abuso de Autoridade invariavelmente ao agente público que intimida a vítima. Isso porque a pena, ainda com o aumento imposto seria a metade daquela prevista para a “Coação no Curso do Processo”, o que não é proporcional. Nessa situação, um coator que não é agente público teria tratamento mais gravoso do que um funcionário público, o qual tem maiores obrigações perante a administração da justiça. A compreensão somente *poderia* ser a de que a intimidação, para ser aplicado o artigo especial da Lei de Abuso de Autoridade, afastando o artigo 344, CP, não deve ter por motivação a finalidade específica de “favorecer interesse próprio ou alheio”, exigido para a coação no curso de processo. Entretanto, essa solução também não satisfaz, porque o dolo específico dos crimes de abuso de autoridade também exige essa espécie de motivação da conduta. Parece que dificilmente será aplicável o § 2º. em estudo, ficando geralmente absorvido pelo crime mais gravoso do artigo 344, CP, de modo a ter a característica de crime subsidiário tácito. Sua aplicação parece somente poder ocorrer quando a “intimidação” não for produzida mediante “violência ou grave ameaça”, conforme consta do tipo penal do artigo 344, CP. A intimidação que levará o agente público a responder pelo artigo 15 – A, § 2º., da Lei 13.869/19 e não pelo artigo 344, CP, será aquela bem mais sutil, consistente em alguma admoestação, advertência, insinuação ou até mesmo gracejo inconveniente (passivo – agressivo), capaz de constranger a vítima de alguma forma, o que se afigura de pequena incidência prática. Além do mais, grande parte de advertências, admoestações etc. podem ser justificadas como, por exemplo, para estabelecer ou restabelecer a ordem em um cartório criminal policial ou em juízo, ou para advertir a vítima sobre possível crime de “Denúncia Caluniosa” (artigo 339, CP). Novamente não se compreende a limitação legal às vítimas de crimes violentos, deixando demais vítimas e testemunhas a descoberto.

A verdade é que o tipo penal em estudo é o correspondente material ou penal das determinações de natureza formal ou processual penal levadas a termo pela Lei 14.245/21, apelidada de “Lei Mariana Ferrer”. Tal legislação já criou um imbróglio terrível para o exercício da ampla defesa e do contraditório e ainda mais para a plenitude de defesa nos casos de Júri. Agora, esse novo tipo penal indeterminado é outro fruto envenenado oriundo da influência midiática sobre o poder legiferante.

## REFERÊNCIAS

BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

CARUTH, Cathy. Psychoanalysis, Culture, and Trauma. *American Imago*. Volume 48, Número I, p. 1 – 12, 1991.

FELMAN, S. , LAUB, D. *Testimony: Crisis of Witnessing in Literature, Psychoanalysis, and History*. New York: Routledge, 1992.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Lei 14.321/2022: a criminalização da violência institucional. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-abr-10/rafael-moraes-criminalizacao-violencia-institucional> , acesso em 28.05.2022.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Humano da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

SHAKESPEARE, William. O Estupro de Lucrecia. Disponível em <https://shakespearebrasileiro.org/o-estupro-de-lucrecia-completo/> , acesso em 28.05.2022.

## A CULTURA DO ESTUPRO: VIOLÊNCIA SEXUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

**GABRIELY MARIA VALICELI:**

Bacharelado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (2019). Pós Graduada em Direito Penal Processo Penal e Criminologia pelo Centro Universitário de Ourinhos. Advogada criminalista (2022)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como intuito compreender qual mecanismo sistêmico e cultural que promovem a cultura do estupro, como também a razão de ainda estar tão presente, anulando os direitos das vítimas. Trata-se de uma pesquisa voltada a violência sexual de uma maneira genérica, buscando entender onde surgiu, como se deu ao longo do tempo e quais suas consequências nos dias atuais. Existe tipos de tolerância para essa forma de violência, que diz respeito a impunidade, mas que envolve um conjunto de práticas que vigiam, manipulam e censuram o comportamento e dilaceram a imagem da vítima. O artigo explana desde o patriarcado onde a mulher era tida como submissa, na sequência uma cronologia do estupro mostrando suas mudanças e as mais variadas formas de discriminação e desigualdade de gênero, passando pela criminologia do homem agressor e da vítima, por fim explica as consequências da violência na vida da pessoa agredida.

**Palavras chave:** Agressor; Mulher, Violência Sexual, Vulnerável e Estupro.

**ABSTRACT:** The present work aims to understand which systemic and cultural mechanism that promotes the culture of rape, as well as the reason why it is still so present, nullifying the rights of victims. It is a research focused on sexual violence in a generic way, seeking to understand where it emerged, how it happened over time and what its consequences are today. There are types of tolerance for this form of violence, which concerns impunity, but which involves a set of practices that monitor, manipulate and censor behavior and tear the victim's image. The article explains from the patriarchy where women were considered submissive, then a chronology of rape showing its changes and the most varied forms of discrimination and gender inequality, going through the criminology of the male aggressor and the victim, finally explains the consequences of violence in the victim's life.

**Keywords:** Aggressor; Women, Sexual Violence, Vulnerable and Rape.



## **INTRODUÇÃO**

O estupro é o único crime onde a vítima se sente culpada e envergonhada, isso se dá pela cultura do estupro, que ainda nos dias atuais tende a reprimir a conduta da vítima em face da violência ou até mesmo justificar a atitude do agressor, desqualificando ou desmerecendo a palavra da vítima ou comportamento desta.

Este tipo penal ostenta a triste estatística de ser palco de um estupro a cada onze minutos, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, e quem sofre concorre com a culpa de quem cometeu o crime, uma vez que a própria sociedade alimenta essa mentalidade, tentando suavizar a atitude do agressor e desacreditar a palavra da vítima. É um pensamento machista, retrógrado e cruel.

A estimativa de denúncias deste crime é apenas 10%, ou seja, 90% das vítimas não falam, seja por medo, pela vontade de esquecer, pela dificuldade de entender que foram violentadas e aceitar que houve mesmo um estupro (principalmente em estupros conjugais), bem como pelo descrédito na eficácia da lei, mais predominantemente isso acontece pela culpa e vergonha que sentem, esses casos são chamados de cifras negras. Desta forma estamos longe de saber a real quantidade de mulheres violentadas diariamente.

Diante o exposto os estupradores ficam livres, livres da cadeia e de qualquer constrangimento, culpa, peso na consciência ou remorso, protegidos pela cultura do estupro que prevalece nas mentes e crenças. Eles sim seguem a vida como se nada houvesse acontecido, sendo que apenas as minorias são presos e pagam pela violência cometida.

Enquanto isso às vítimas carregam pena perpetua do trauma sofrido e da vergonha. É apenas começando a conscientizar as pessoas que poderemos dar um passo em direção à mudança da mentalidade que vitimiza tão cruelmente as pessoas, a fim de deixarmos de ser uma sociedade violenta e insegura, de presas e predadores, resultando assim um grupo de seres humanos mais empáticos e com respeito ao próximo.

Somente denunciando e unindo-se poderemos apontar e penalizar os verdadeiros culpados deste crime bárbaro, pois quando uma mulher é violentada, indiretamente todas nos somos.

## **A CULTURA DO ESTUPRO NO BRASIL**



Importante se faz uma análise a respeito do patriarcalismo que versa, justamente, sobre a primazia e dominação do homem em face da mulher, quando das relações sociais, pessoais e conjugais.

Onde o “ser mulher” não tinha o mesmo status como sujeito de direito que o homem. Desta forma existia uma relação de poder subordinante do homem aos demais componentes do constructo social, dentre eles a mulher, os filhos, os súditos, os escravos e outros. O homem era o indivíduo responsável pela tomada das decisões e pela manutenção das relações sociais, incluindo-se aqui as familiares.

Patriarcado traz implícita a noção de relações hierárquicas entre os seres, com poderes desiguais, é ele que traz as ferramentas explicativas para as desigualdades. As diferenças sexuais presentes no ser macho e ser fêmea são transformadas em subordinação histórica das mulheres. (SAFFIOTI, 2001)

Desta forma desde que o Brasil existe as mulheres já tinham esse título de submissa e conseqüentemente estava presente o crime de estupro, contudo é diferente de como vemos atualmente.

Em retrospecto quando ainda éramos regidos pelas leis Portuguesas, depois nos Códigos Penais Brasileiros de 1830, 1890 e 1940, o crime de estupro era considerado contra os costumes, a moralidade pública e honra conjugal, ou seja, se atentava aos valores relativos a sociedade, não ao ser humano como individuo, desse modo o comportamento e a vítima era tão julgados quando o agressor.

No século XVI, a pessoa somente poderia pretender alguma punição contra o estuprador se no exato momento do crime, reagisse a saísse gritando, por exemplo, pois somente era respeitada e credibilizada uma atitude como este, outra forma de responder pela violência era tida como consentimento e aceitação.

Em 1890, a pena de uma prostituta ou “mulher da noite” era considerada menor que a pena há época dos fatos chamada de “mulher honesta”, bem como ficava isento de pena se o estuprador casasse com a vítima, ou seja, além de ser violentada sexualmente, perdia também sua virgindade e pureza e como consequência não estaria mais apta a se casar com outro homem. Caso contrário a pena poderia se restringir apenas ao pagamento de um dote a família da vítima e/ou à expulsão do homem da vizinhança, ou seja, tudo se relativizava ao juízo de valor que se fazia da vítima.

A justiça criminal considerava o matrimonio como certa forma de reparação à mulher, uma vez que deflorada não conseguiria adquirir casamento, ou seja, além de ser violentada, está ainda corria risco de ser obrigada a se casar com seu agressor. Sendo

assim, o casamento era única forma de restaurar sua “honra” e conseguir construir uma família, já que naquela época a mulher somente poderia cuidar dos afares domésticos e criação dos filhos.

Em 1940, o Código Penal fora modificado, entretanto restringia ainda mais às vítimas deste crime, tornando assim como próprio, ou seja, somente o homem poderia ser autor e a mulher vítima, nem mesmo criança do sexo masculino era considerada como vítima em situação de agressão.

O estupro era definido como “sexo forçado por um homem contra uma mulher, com penetração vaginal”. Sexo anal, oral, apalpação, penetração com dedos ou objetos, por exemplo, estavam na categoria de “atentado violento ao pudor”, hoje extinto Art. 214, CP. (ARAÚJO, 2020 p. 13)

A verdadeira mudança somente veio após anos de discussão e décadas de movimentos feministas, que pressionaram os legisladores para que houvesse mais repressão e proteção às mulheres, tendo como o marco mais importante a Constituição Federal de 1988, ao definir que homens e mulheres são iguais perante a lei e a partir daí houveram avanços significativos em relação a aquisição de direitos das mulheres.

De 2001 a 2009 tivemos muitas alterações legislativas, principalmente no tocante a violência sexual, como por exemplo em 2005 quando finalmente foi retirado do texto legal o termo “mulher honesta” e em 2009 foi promulgada uma lei abrangente relacionado ao estupro com fulcro no Art. 213 do Código Penal, com a seguinte redação “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele pratique outro ato libidinoso*”, desta forma o crime que antes era próprio, passou a ser comum.

Pois, no próprio texto legal, juntou a conjunção carnal, que consiste na penetração de pênis na vagina, com ato libidinoso, ou seja, qualquer outra forma de satisfazer a própria lascívia (sexo anal, oral, morderduras, sucções etc), sendo assim possível o homem também figurar como vítima deste crime.

Outro marco importante foi o crime de estupro de vulnerável, tipificado no Art. 217-A, CP “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de catorze anos”, retirando assim o requisito de violência ou grave ameaça, bem como a pena é maior. Também se qualifica como vulnerável, a pessoa com enfermidade ou doença mental, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

E assim ao longo dos anos, até o presente momento diversos direitos e repressão contra esse crime foram implantados, desta forma essa introdução se fez necessário para concluir de onde veio e porque ainda está tão presente a cultura do estupro.

Primeiramente o que significa a cultura do estupro? Cultura é a tradição, ou seja, o jeito que aprendemos o que é certo e errado, que está enraizado dentro nós e, estupro é a violência sexual. Sendo assim, remete a lógica que diz que a violência sexual contra mulher é “normal” ou também pode ser justificada por algum motivo, que seria a desqualificação da mulher como ser humano.

A mulher dentro da cultura do estupro é tida como um objeto, portanto dotada de valor, sendo que umas são mais valorizadas que outras, de acordo com sua postura e forma de agir. De acordo com essa linguagem perfaz que a sexualidade da mulher é reprimível, sendo que desde criança é ensinada a controlar seus desejos sexuais e ter o menor número de parceiros possíveis, podendo ser mal vistas perante a sociedade, por outro lado, é ensinado ao homem que eles “devem” ter o maior número de mulheres possíveis, afirmando assim sua masculinidade perante todos.

Esse termo também ensina que se uma mulher disser “talvez” quer dizer que “sim” e se disser “não”, significa que deverá insistir mais. Sendo ensinado as mulheres que sua palavra não tem valor ou força e que deveria ser submissa, e passiva para os homens da mesma forma, pois é ele quem manda e controla o relacionamento a dois.

Havendo assim uma hierarquização de gênero, onde as mulheres vivem com medo de serem estupradas ou agredidas enquanto os homens carregam um estigma de potencial violência. Gerando assim uma tenção das mulheres que vivem em constante estado de submissão e é com essa ameaça que se preserva a cultura do estupro, ou seja, na constante ameaça de poder ser estuprada a qualquer momento ou em qualquer lugar, fazendo com que as mulheres se culpem caso isso aconteça, afinal dentro delas está enraizado o que poderia ter feito para a consequência ser violentada.

Dentro da cultura do estupro está a culpabilização da vítima que é o contrassenso de achar que uma mulher possa querer, cooperar ou gostar de ser violada. Sendo apontado a ela o tamanho da saia, o quanto bebeu, o porquê estava sozinha em determinado local e hora e entre outros questionamentos que são feitos a vítima. Como se de alguma forma pudesse justificar a agressão cometida.

A luta pelo fim dessa cultura é justamente abolir a revitimização e culpar o agressor que é o único detentor de vontades do comportamento, nada justifica tal violação. Afinal ninguém gosta de ser agredido. Portanto uma pessoa violentada sexualmente já é

motivo para haver união, pois fez com uma mulher, fez com todas, quando uma mulher é violentada, todas nós somos.

Jamais questionar ou procurar razões nas vítimas, voltando à responsabilidade sempre no agressor.

## **CRIMINOLOGIA DA VIOLÊNCIA SEXUAL, AGRESSOR E VÍTIMA**

O conceito de violência é a base sobre a qual fundamenta-se a violência sexual, o incesto e a exploração sexual. A definição baseia-se na compreensão apresentada por Chauí (1999, s/p), um texto no qual a autora discute a ética e a violência na sociedade, que para ela são opostos:

Violência é um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão e intimidação, pelo medo e o terror. A violência se opõe à ética porque trata seres racionais e sensíveis, dotados de linguagem e de liberdade, como se fossem coisas, isto é, irracionais, insensíveis, mudos e inertes ou passivos.

Em sua perspectiva, os tipos de violência poderão ser classificados através da transformação dos sujeitos racionais em meros objetos, que desconsidera a sensibilidade, liberdade e racionalidade e, explicitando a força a sustentação às diversas manifestações de violência, nas quais estão presentes o abuso sexual e exploração sexual.

A doutrina define que a violência sexual infantil é um ato em que o adulto por meio de uma criança ou adolescente, de até quatorze anos, satisfaz seu prazer sexual por intermédio de carícias, lascívia, manipulações e explorações sexuais, voyeurismo, pornografia, exibicionismo, atos libidinosos e até conjunção carnal. Ainda acerca dessa definição, segundo Azevedo Guerra:

A violência sexual acontece quando se exerce um ato ou jogo sexual – heterossexual/homossexual – entre um ou mais adultos com grau de parentesco e consanguinidade, responsável legal ou apenas responsável, ou mesmo que tenha uma relação de afinidade, versus uma criança ou um adolescente, até 18 anos, para obtenção ou estimulação de prazer. (Marques, Amparo & Faleiros, 2008, p. 201).

Assim, o estupro de vulnerável é a transgressão dos direitos que a criança tem do próprio corpo, sem seu consentimento. Devido à pouca idade e a dificuldade de discernimento, o agressor pratica atos sexuais para sua própria satisfação.

Tal violência nem sempre está ligada ao prazer sexual, mas sim trata-se de um crime voltado a dominação, onde o mais forte sobrepõe o mais fraco, ou seja, é uma relação de poder do agressor sobre a vítima.

Dito isso fica claro as razões pelas quais o crime de Estupro de Vulnerável tem maior índice comparado ao Estupro comum, pois é muito mais fácil para o agressor manipular, seduzir e violentar uma criança, que um adulto que tem uma capacidade de resistência maior.

Não se sabe precisar, quais razões levam uma pessoa violentar outra, destruir a dignidade sexual do semelhante, tampouco esta marcado na pessoa, quem é agressor e quem não é. Embora o que os estupradores fazem seja monstruoso, eles são pessoas comuns, jovens, idosos, homens de meia idade, desempregados e profissionais com anos de trabalho, muitos são casados, mas, poucos têm diagnósticos de distúrbio mental, são apenas homens que circulam normalmente pela sociedade, ou seja, pagam suas contas, frequentam lojas, academia, andam de ônibus e em dado momento, ou em vários, se acham no direito de violentar uma mulher ou uma criança.

Apenas 20% dos agressores são portadores de parafilia sexual da pedofilia, que consiste em uma doença psiquiátrica relacionada ao âmbito da sexualidade humana, que consiste em ter atração/desejo sexual no corpo infantil. E estes homens e mulheres podem ser tratados psicologicamente, passando a vida inteira sem violentar uma criança/adolescente. Os outros 80% são pessoas comuns que se acham no direito de agredir, sem nada que justifique a conduta.

Dito isso, quando nos deparamos com um caso de estupro de criança, temos de entender que se trata de um CRIMINOSO, e deve ser penalizado como tal, pois quem comprova se esse indivíduo é verdadeiramente um doente mental, é a psiquiatria, e como demonstrado a maioria não é. Neste sentido, importante afirmar que não existe um crime de pedofilia, e sim uma violência sexual infantil. Devemos tratar os agressores como agressores, não utilizar qualquer prerrogativa para amenizar a atitude cometida.

E por serem considerados “cidadãos de bem” dificilmente perdem essa credibilidade perante a sociedade, pois sempre fica a indagação de será que ele/ela teria coragem de praticar um crime tão bárbaro como este? Tirando assim a força da palavra da vítima, e voltamos na cultura do estupro ainda presente, onde sempre é mais fácil ou coerente duvidar da vítima, buscando nela a resposta para justificar o crime.

Em situações de violência sexual infantil, dentro do seio familiar à vítima passa a confundir o ato de cuidado com o ato sexual, sendo que o próprio psicológico cria uma nova definição para o que é o “amor”. Crianças violentadas geralmente criam a ilusão de que a agressão sexual está ligada diretamente com a forma que o adulto tem em demonstrar o afeto por elas e acham que aquela é a única forma de demonstrar sentimentos.

Essa violência ocorrida principalmente na infância ou na adolescência, acarreta diversos efeitos na vida adulta da vítima, os mais comuns são os transtornos psíquicos, sendo eles leves, moderados ou graves, depressão, problemas com auto estima, auto mutilação, chegando até mesmo em suicídio.

Tais transtornos podem afetar os relacionamentos interpessoais da vítima, impedindo com que esta tenha uma vida saudável no futuro, tanto no âmbito sexual quanto no âmbito pessoal.

A maneira de lidar com o trauma vai depender muito da estrutura psíquica da vítima, da ajuda familiar e de amigos. Se a vítima tem uma rede de apoio ela consegue com esse auxílio superar a violência e conseqüentemente ter uma vida comum, contudo muitas vezes a ajuda depende de disposição, orientação e dinheiro para ter um tratamento profissional terapêutico participar, que é caro, já que nem todos os lugares é possível obter tal serviço de maneira gratuita.

Sendo assim, muitas vítimas ficam marcadas pelo trauma e violência sofrida, dependendo de nós termos mais empatia e sororidade entre mulheres.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante o exposto apesar do avanço inegável em termo de aquisição de direitos no constructo social existente, atualmente existe expressões que taxam a mulher como “sexo frágil”, bem como discriminações diversas, muitas vezes praticada no próprio seio familiar, faz com que a mulher seja vítima da violência em suas variadas formas, sejam elas, física, moral, patrimonial, psicológica e sexual.

Dentre as violências descritas, em especial a sexual, representa violação brutal e completa dos Direitos Humanos, Sexuais e Reprodutivos do ser humano, em especial das crianças, pré púberes e adolescentes. Isso ocorre devido à sociedade que estamos embutidos e os contextos históricos que norteiam, desde o patriarcado, ate os dias atuais.



Desta forma, esse grupo torna-se mais vulnerável e suscetível, para o papel de vítima na prática dos crimes, gerando no decorrer da vida inúmeros transtornos físicos e psíquicos. A gravidade poderá variar de leve à gravíssima, alguns estudos constataram que as consequências podem estar relacionadas ao tempo prolongado das violências e do tipo de prática sexual realizada, ainda mais que geralmente acontecem no lugar onde deveriam se sentir seguros, principalmente por pessoas que deveriam cuidar e amar.

Possível se faz a abordagem de diversas motivações que consubstanciam da pretensão à violência, sendo a principal o sistema patriarcal ainda enraizado na sociedade, entretanto, estão presentes a violência de gênero, o machismo, a misoginia e a desigualdade histórica nos papéis sociais de homens e mulheres, são dos principais temas que levam à necessidade da formulação de políticas públicas específicas voltadas aos direitos deste grupo.

Neste sentido, concuminantemente com a cultura do patriarcado, onde o homem é superior a mulher, veio em 1970 a cultura do estupro que define um conjunto de comportamentos e ideias que desvalorizam a mulher, bem como, levam a sociedade a neutraizar a violência sexual. Tudo se inicia quando é ensinado as crianças que os meninos precisam ser mais forte, até mesmo mais agressivos, não podendo se quer demonstrar sentimentos. No entanto, é ministrado as meninas que precisam ser delicadas e recatadas.

Meninos e meninas crescem com esse julgamento de que os homens são superiores, inclusive mais fortes fisicamente e essa ideia equivocada vai se perdurando na vida afora. O conceito de superioridade e desqualificação de outro, que passa a ser visto como objeto também constroem pensamentos que levam ao estupro de crianças.

Estudos apontam que o melhor meio de se prevenir a agressão sexual infantil é com a educação voltada à sexualidade. Tratar do assunto sem tabu é importante para que as crianças e os adolescentes criem o autoconhecimento do próprio corpo e limitem que terceiros os toquem. Ficar atento aos sinais que a criança emite também é fundamental para saber se ela está sendo vítima de agressão sexual.

O fenômeno da violência sexual infantil, mesmo nos dias atuais, é uma problemática complexa que, quando consumada, deixa marcas para uma vida inteira.

Conclui-se que mudar uma cultura tão arraigada é difícil, mas todos nós podemos começar a fazer a nossa parte tendo simplesmente mais empática com o próximo e cuidar da próxima geração, para que não cresçam com as ideias da cultura do estupro.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**



\_\_\_\_\_. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Acessado em acesso em 05 de fevereiro de 2022;

\_\_\_\_\_. Decreto lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, *Código Penal*. Disponível em: . Data de acesso em 10 de janeiro de 2022.

\_\_\_\_\_. LEI 11.340 DE 07 DE AGOSTO DE 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Acessado em 11 de janeiro de 2022;

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021. A violência contra crianças e adolescentes na pandemia: análise do perfil das vítimas. Brasil, p. 226-239. Disponível em pdf em < <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>> Acesso em: 08 de janeiro 2022;

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Violência contra Crianças e Adolescentes no Brasil: a urgência da parceria entre educação e segurança pública. Brasil, p. 219-225. Disponível em pdf em < <https://forumseguranca.org.br/anuariobrasileiro-seguranca-publica/>> Acesso em: 25 de janeiro. 2022.

ARAUJO. Ana Paula – Abuso: a cultura do estupro no Brasil/ Ana Paula Araújo – 1ed – Rio de Janeiro: Globo Livros, 2020;

SAFFIOTI, H. I. B. - Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005 (Coleção Brasil Urgente), p. 132-135;

SANDERSON, Christiane – Abuso sexual em crianças/ Christiane Sanderson/ Revisão técnica: Dalka Chaves de Almeida Ferrari 2005 – São Paulo – M Books do Brasil Editora Ltda. 1. Psicologia 2. Pais e Filhos 3. Parenting;

## O PAPEL DA ESCOLA CLÁSSICA NA CONSTRUÇÃO DA CULPABILIDADE PENAL MODERNA: ENTRE O LIVRE ARBÍTRIO E A CRENÇA NA IGUALDADE PERANTE A LEI.

**GABRIEL PARAIZO DANTAS BRAZ:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Judicial de Sergipe. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG) em Sergipe. Advogado.

**RESUMO:** No presente artigo, resgata-se o referencial teórico que sustenta algumas categorias modernas como o livre-arbítrio e a igualdade, utilizando revisão bibliográfica para situar o modelo de responsabilização criminal inaugurado com as noções de contrato social e consequente limitação do poder de punir do Estado. As atenções se voltam então para a dogmática penal, modelo científico pensado para racionalizar a verificação da ocorrência de um delito, momento em que é feito um histórico da culpabilidade para situar sua formulação atual como juízo de reprovação pela prática de um crime. Como resultado, será possível observar como tal ideia (de juízo de reprovação) remete às categorias inicialmente mencionadas (livre-arbítrio e igualdade), pressupondo-as.

**Palavras-chave:** vontade; culpa; modernidade.

**ABSTRACT:** In this article, the theoretical framework that supports some modern categories such as free will and equality is rescued, when then a bibliographic review is used to situate the model of criminal accountability inaugurated with the notions of social contract and consequent limitation of power. to punish the state. Attention then turns to criminal dogmatics, a scientific model designed to rationalize the verification of the occurrence of a crime, at which time a history of culpability is made to situate its current formulation as a judgment of disapproval for the practice of a crime. As a result, it will be possible to observe how this idea (of judgment reprobation) refers to the categories initially mentioned (free will and equality), presupposing them.

**Keywords:** will; guilt; modernity.

### 1. INTRODUÇÃO

O estudo da dogmática penal brasileira, com ênfase na categoria da culpabilidade, exige a compreensão de seus elementos teóricos fundantes, a partir dos quais se poderá delimitar as situações para as quais foi pensada e os limites daí decorrentes.

Nesse sentido, as ideias de contrato social, igualdade entre os indivíduos e

monopólio do poder de punir, além das formulações sobre crime e pena, terão destaque na breve contextualização feita neste artigo. Como ponto de intersecção escolhido para analisar as influências da modernidade na dogmática penal, especialmente na categoria da culpabilidade, está a liberdade, entendida como capacidade racional de tomada de decisões característica de todo indivíduo.

## **2. INFLUÊNCIAS DA ESCOLA CLÁSSICA NA CULPABILIDADE PENAL**

### **2.1 O livre arbítrio como medida da responsabilidade e a pena como prevenção**

O primado das considerações sobre a vontade livre no direito penal pode ser historicamente relacionado a construções teóricas influenciadas pelo Iluminismo do Século XVIII, período no qual se desenvolveu o que ficou conhecido como Escola Clássica. Sobre esta última, leciona Alessandro Baratta:

Quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a 'época dos pioneiros' da moderna criminologia, se faz referência a teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países no Século XVIII e princípios do Século XX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Faz-se referência, particularmente, à obra de Jeremy Bentham na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica do direito penal na Itália" (BARATTA, 2011, p. 32)

Não obstante a identificação dos autores citados com essa fase de pensamento, não constituíram suas contribuições um todo organizado, sistemático, tendo apenas convergido em alguns pontos centrais (SHECAIRA, 2014, 90). É comum, porém, o destaque para Beccaria como aquele que condensou o conjunto de ideias esparsas da época, fortemente influenciadas por necessidades burguesas de racionalização do poder de punir (SHECAIRA, 2014, p. 88).

Beccaria (1999, p.27) entendia que cada homem detém uma liberdade individual cuja parcela era sacrificada com vistas à formação de uma soberania. Nas palavras do autor: "Foi, portanto, a necessidade, que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade [...]O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir" (BECCARIA, 1999, p. 29).

Com isso se tem a correlação entre liberdade e monopólio do uso da força, pela visão contratualista que permeia sua obra *Dos Delitos e das Penas*. Segundo a noção de contrato social, haveria um estágio precedente em que a liberdade era plena, mas existia

lugar para o arbítrio desmedido como consequência. A cessão de parte dessa potestade individual a um terceiro garantiria o estabelecimento de uma ordem, que se infligida acionaria o único detentor do poder de punir, o Estado.

As concepções sobre o contrato social variam conforme os autores, não sendo a pretensão do momento explicitar suas diferenças. Ainda assim, Menezes (2008, p. 57) esclarece que “na base da iniciativa que montou o Estado pela via do contrato a ideia central é colocar no lugar da guerra, do caos e da natureza, a paz, a ordem e a regra e, com essa mudança, salvar o homem que, já indivíduo, renuncia à lei da selva e adota a lei civil”.

Em relação à liberdade a partir do contrato social, ela é formatada pelas limitações que sofre com o advento do Estado, no sentido de pôr fim ao império do mais forte. Para o autor, este é substituído pelo exercício daquela em outros termos, agora com a prevalência da lei (MENEZES, 2008, p. 62).

A igualdade entre os indivíduos, por outro lado, também aparece ressignificada na passagem ao estado de sociedade. Segundo MENEZES (2008, p. 63), “os modernos fizeram da *universalidade* a característica da igualdade. Nisso são diferentes dos antigos. A igualdade entre estes é uma particularidade para poucos, reconhecida apenas entre os bem-nascidos [...]”. Conclui dizendo que “o pensamento moderno rompeu com a ideia de que o nascimento pudesse justificar aquela distribuição seletiva de privilégios, de modo que, para alguns, *tudo*, e para muitos, *nada*” (MENEZES, 2008, p. 63).

Como é possível perceber, a igualdade também acontece para os modernos em decorrência do império da lei, entendida como modificador artificial das diferenças estabelecidas pelas convenções sociais (prestígio, nascimento).

Note-se aqui a tentativa de se distanciar de qualquer forma de organização social pretérita, a exemplo da antiguidade clássica, a fim de inovar na proposição do conceito de soberania.

Entretanto, não é somente a universalidade que caracteriza a igualdade proporcionada pelo contrato social, pois à garantia dos mesmos direitos como súdito soma-se também a compensação das diferenças naturais entre os homens no estado de natureza:

[...] o pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornam iguais por convenção e direito (ROUSSEAU, 1983, p. 39)

Por derradeiro, com o contrato social se coloca a razão como fundamento das decisões humanas. Há confluências de sentido com o termo liberdade para decidir, por certo, mas será a razão a mola propulsora em tal proceder. Para Menezes (2008, p. 69), ela existe tanto para diferenciá-lo do selvagem, pois este não obedece às regras do pacto, como também para nortear a conduta.

Estabelecidas as premissas principais da modernidade, deve-se ter em mente que elas foram levadas em consideração no pensamento dos clássicos. Influenciados por considerações metafísicas e dedutivas, o seu esforço “[...] caracteriza-se por ter projetado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o *ethos* político do humanismo racionalista. Pressuposta a racionalidade do homem, haveria de se indagar, apenas, quanto à racionalidade de lei” (SHECAIRA, 2014, p. 87).

Mas não foi apenas o contrato social a fonte de inspiração dos clássicos. O Século XVIII também foi marcado pela limitação do poder de punir do soberano. Batista (2011, pp. 25/26) destaca o surgimento das “[...] ideias de legalidade e de outras garantias, e os conceitos chave de delito e pena. São estabelecidos limites para o método moderno de organização da verdade: punir em vez de vingar e estabelecer uma gestão seletiva das ilegalidades populares”.

A gestão das ilegalidades populares não vai ser discutida neste artigo, pela abordagem crítica que marca a genealogia da prisão (FOUCAULT, 2014), mas é possível identificar desde logo uma demanda pela organização do aparato administrativo-judiciário, fato que acarretou na incidência do nascituro direito penal de forma mais incisiva nos delitos contra a propriedade. Nesse sentido, não se pode olvidar a preciosa contribuição de Michel Foucault, para quem:

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.” (FOUCAULT, 2014, p. 80)

Com isso se quer dizer que, desde sua origem, a Escola Clássica também pretendeu formatar a punição segundo racionalizações tendentes a melhor administrá-la, uma vez

que era interessante que a previsibilidade da proibição veiculada em lei trouxesse segurança jurídica para a classe burguesa ascendente. O resultado disso foi a mobilização de uma punição certa em desfavor das camadas populares.

De qualquer forma, o discurso penal liberal se dedica a repensar os termos do monopólio do uso da força, de modo que “À exigência política de querer limitar o arbítrio e a opressão de um poder centralizado e autoritário somam-se as exigências filosóficas do jusnaturalismo de Grócio e do contratualismo de Rousseau” (SHECAIRA, 2014, p.88)

Sobre as repercussões no crime para os clássicos, Cristina Rauter observa que a produção legislativa encontra legitimidade no consenso do contrato social, inclusive para reprimir condutas violadoras da ordem social inaugurada. É que o indivíduo as pratica no uso de sua liberdade, sobre a qual recai a culpa (RAUTER, 2003, p. 25). Logo, pela condição de “partes responsáveis neste contrato, é em virtude dessa mesma responsabilidade que podem ser punidos, se ‘decidirem’ pela violação dos mesmos” (RAUTER, 2003, p. 28).

O crime seria então um ente jurídico, definido pela proibição contida na lei e cujo compromisso é a defesa social contra quem não cumpre com sua parte no acordo.

A seu turno, a punição aparece como medida tendente a conter a lesão causada pela transgressão à norma, ao passo em que possui também um componente dissuasório (BECCARIA, 1991, p. 52). Seria na leitura de Foucault a *regra dos efeitos colaterais*, segundo a qual a pena é também sentida por quem teve conhecimento da sua imposição ao infrator (FOUCAULT, 2014, p. 93). Portanto, o que se pretende com a pena “[...] não é a retribuição [...], mas a eliminação do perigo social que sobreviria da impunidade do delito” (BARATTA, 2011, p. 37).

É possível dizer então que se acredita historicamente na penalidade como instrumento para evitar novos delitos (prevenção geral positiva), mediante a dissuasão dos demais integrantes da sociedade quando sancionado aquele que violou o contrato social.

As inspirações filosóficas vão proporcionar o terreno necessário para o desenvolvimento de um direito penal minimamente sistematizado e preocupado com a racionalização do poder de punir. Sobre esse aspecto, Francesco Carrara foi o principal expoente do que veio a ficar conhecida como dogmática penal moderna. Baratta elucida sua importância nos seguintes termos:

Toda a elaboração da filosofia do direito penal italiano do Iluminismo, nas diversas expressões que nela tomam corpo, dos princípios iluministas, racionalistas e jusnaturalistas, de Beccaria a Filangieri, a Romagnosi, a Pellegrino Rossi, a Mamiani, a Mancini, encontra uma síntese logicamente harmônica na clássica construção



de Francesco Carrara, nos densos volumes do *Programma del corso di diritto criminale*, dos quais o primeiro (parte geral) teve a primeira edição em 1859 (BARATTA, 2011, p. 35)

Ferreira (1998, p. 55) igualmente reconhece a influência do pensador no direito penal moderno especialmente quando observa que “a ideia do delito como ente jurídico e a da liberdade do homem, ao mesmo tempo súdito e conservador dos princípios morais [...] são alguns princípios básicos da doutrina estabelecida por Carrara”. Nas palavras do próprio autor, o “delito é um *ente jurídico*, porque sua essencialidade deve consistir, impreterivelmente, violação de um *direito*” (BARATTA, 2011, p.16 *apud* CARRARA, 1889, p. 28).

Para Carrara, portanto, a vontade tem papel de destaque, pois é a partir dessa consideração metafísica de liberdade humana que advém a concepção jurídica de delito (BARATTA, 2011, pp. 17/18). Nesse sentido, a utilização de deduções da realidade como método (BARATTA, 2011, p. 19) vai ser outro eixo na forma como será organizado o mandamento proibitivo contido na norma.

Finalmente, é oportuno mencionar as influências da crença nesse homem não apenas livre, mas detentor de uma razão que lhe move, no aspecto mais prático dos códigos criminais existentes hoje. Importa evidentemente concentrar a análise na realidade brasileira, para a qual a observação de Menezes sobre a herança dos clássicos é ilustrativa:

[...] o direito penal coloca à razão, de um lado, a serviço de sua sistematização, ora favorecendo uma estrutura que o divide numa parte geral e outra especial, ora classificando os crimes segundo os bens jurídicos que devem ser protegidos; de outro, cria institutos jurídicos cuja lógica contempla a razão como elemento indispensável na avaliação do injusto punível, por exemplo, o dolo [...] e a culpabilidade (a consciência do significado da ilicitude é um de seus elementos, de modo que corresponde à sua falta, quando inevitável, o erro de proibição como causa de exculpação (MENEZES, 2008, p. 73)

As permanências da Escola Clássica foram mais evidentes no Código Penal de 1940 e na modificação que este sofreu em sua parte geral no ano de 1984. Com relação ao primeiro, tem-se que “a teoria da vontade esposada por CARRARA foi seguida pelo legislador brasileiro [...], que acolheu a concepção de dolo e culpa como elementos da culpabilidade, pressupondo no agente condições psíquicas que lhe permitam avaliar o ato



praticado” (FERREIRA, 1998, p.58)

Na reforma da parte geral do Código em 1984, por sua vez, Ferreira (1998, p.63) observa que o arcabouço geral foi preservado, de modo que o livre-arbítrio continuava a ser a medida da culpa. Finaliza a autora com o magistério de Ricardo Antunes Andreucci, para quem: “Ressurge, portanto, o carrariano esquema clássico, voltado para a tutela das liberdades individuais” (FERREIRA, 1998, p. 63 *apud* ANDREUCCI, 1985, p. 118).

De volta a uma perspectiva mais geral, Menezes (2008, p. 75) traz como assimilação pelo direito penal dos clássicos, no que se refere à vontade, os seguintes dizeres: “Toda imputação só se justifica se na base de sua ação o indivíduo for capaz de autodeterminação”.

A frase é sintomática do que se observa nos crimes cometidos em contexto de vulnerabilidade social do agente, em que o livre-arbítrio ocupa papel de destaque para fundamentar a censura, já que comumente na praxe judiciária se entende que há uma escolha possível.

Com essas considerações sobre o referencial teórico que inspirou as primeiras construções jurídico-positivas em matéria penal, passa-se à análise do estudo da culpabilidade e sua formulação atual no Brasil, a fim de que a influência dos clássicos possa ser observada a partir do acúmulo histórico sobre aquela categoria dogmática.

## **2.2- Da culpabilidade psicológica à culpabilidade normativa**

Antes de adentrar no tema do desenvolvimento da culpabilidade, é importante a advertência de que o histórico dessa categoria se dá em um campo de disputa metodológico entre clássicos (método dedutivo) e positivistas (método indutivo), estes últimos influenciados por uma tentativa de dar um caráter científico, menos metafísico, ao Direito.

Segundo Davi Paiva, “O pêndulo do método da ciência criminal, como se viu, oscilou entre dois extremos metodológicos, o jusnaturalismo, em uma ponta, e o positivismo, na extrema oposta. Ali, a Escola Clássica; aqui, a Escola Positiva Italiana” (TANGERINO, 2009, p. 65).

O autor reconhece que esta última se distancia da concepção metafísica de ação, adotando um aporte naturalista em que ela aparece tripartida: como impulso de vontade, modificação da realidade, e a relação que se estabelece entre os dois (TANGERINO, 2009, pp. 67/68)

Apesar de não se ignorar as contribuições do positivismo, tanto no aspecto da

ciência do direito penal causalista quanto na sua acepção criminológica do homem delinquente, com a superação paulatina desse lugar (na dogmática, pelo primado das considerações sobre a vontade no finalismo, a qual é *valorada*; na criminologia, pela desmistificação da criminalidade biologicista, ao menos no meio acadêmico<sup>9</sup>) os clássicos voltam a ganhar importância de análise nos idos da culpabilidade normativa<sup>10</sup>.

Nesse sentido, é certo que o enfoque na Escola Clássica como referencial teórico cujas permanências jurídico-positivas são mais sentidas pelo traço do livre-arbítrio não exclui as incursões positivistas, por exemplo, no campo das medidas de segurança e imputabilidade penal (aspecto do positivismo criminológico), sem falar nas contribuições citadas no percurso da teoria analítica do crime (aspecto da Escola Positiva).

É que deve ser destacado o fato de que a pretensão dos positivistas, bastante inovadora, contribuiu para a racionalização *científica*<sup>11</sup> do poder de punir. Em outras palavras, isso significa dizer que “o estudo do direito positivo deveria atender às regras científicas, cedendo ao método naturalista; a compreensão do fenômeno criminal, no entanto, para além do manejo abstrato e racional das normas do Direito posto, demandava uma dimensão experimental” (TANGERINO, 2009, p. 66).

O presente artigo se ocupou até aqui de apenas um dos lados dessa disputa (os clássicos) primeiramente porque suas influências são percebidas mesmo após a cientificidade que teria adquirido o direito penal, quando se observa a configuração da dogmática atualmente, mas também pelo fato de uma outra opção metodológica (que abrangesse maior detalhamento da história do positivismo enquanto corrente de pensamento) demandar fôlego que excederia o recorte dado a este trabalho.

Quanto ao primeiro ponto, mesmo ciente da evolução dos institutos que se conhece hoje na dogmática a partir da Escola Positiva, os elementos fundantes da concepção de responsabilidade por um ato de vontade (que só será verificado efetivamente com o processo de normatização da culpabilidade) ainda podem ser reportados à Escola Clássica. Logo, o positivismo não rompe, mas acrescenta no acúmulo existente desde o Século XVIII.

---

9 No senso comum, ainda são verificadas permanências do positivismo criminal.

10 Como se viu no tópico pretérito, a influência no código criminal brasileiro é manifesta.

11 A racionalização para os clássicos significava a limitação do poder de punir com o estabelecimento de garantias e definição filosófica e racional do delito e da pena. Para a Escola Positiva, que traz um caráter científico ao direito penal, se inova com a criação dos institutos, sua sistematização segundo regras próprias de validação do conhecimento (TANGERNINO, 2009, p. 72).

Estabelecidas tais premissas, a dogmática penal começa seu desenvolvimento com a formulação de Lizst/Beling, em que “pela primeira vez surgem as quatro categorias centrais (ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) que se perpetuam em todas as teorias subsequentes, ainda que organizadas em combinações diversas” (TANGERINO, 2009, pp. 66/67).

A primeira fase da culpabilidade vai ser marcada pela sua característica psicológica, na qual o dolo e a culpa são suas espécies e a imputabilidade é um requisito que lhe precede (BITENCOURT, 2014, p. 442)

Como dito acima, é estabelecida uma relação causal entre a vontade do sujeito e um resultado materializado na realidade. Contudo, o elemento volitivo não será aquele que leva em conta a intenção do agente, mas sim impulsos que advêm da conduta humana como causa de um resultado. Nas palavras de Davi Paiva Tangerino (2009, p. 68):

Em termos simplificados, como qualquer outro fenômeno natural o delito tem causa, a saber, a ação humana. Entretanto, não é toda e qualquer ação humana: onde Binding exigia a expressão de uma vontade moral, o sistema Lizst/Beling demandava, para além da relação causal/física, a mera existência de uma relação psicológica, isto é, de vontade, entre o autor e o resultado (nomeada de culpabilidade).

É uma vontade pensada em outros termos, porque se reporta ao dolo, entendido como “conhecimento que acompanha a manifestação de vontade de todas as circunstâncias do fato que acompanham o fato previsto em lei” (TANGERNINO, 2009, p. 69). Dessa forma, o simples resultado naturalístico imputável ao homem estabelece uma ligação psicológica a partir do conhecimento de ser ele responsável por sua ocorrência.

Corroborando a ideia de que os clássicos de algum modo influenciaram na Escola Positiva, Davi Paiva esclarece que na culpabilidade psicológica foi “mantido [...] o pilar da culpabilidade iluminista, a saber, a crença na existência de valores conjuntamente compartilhados, aos quais incumbe ao Direito Penal proteger” (TANGERINO, 2009, p. 75).

Todavia, o causalismo acaba por não considerar a vontade como intenção do sujeito em praticar o ilícito. Assim, como destaca Tangerino (2009, p. 72), “essa relação psicológica será muito empobrecida à luz da negação do livre-arbítrio, de que partem as ideias de Von Lizst”.

Além disso, outras críticas serão dirigidas à culpabilidade psicológica, a exemplo da impossibilidade de sustentar o conceito de culpa inconsciente, dado seu caráter normativo de violação do dever de cuidado; da inaptidão para abranger os delitos omissivos, pela

inexistência de relação causal; e finalmente, da inexistência de espaço para exculpantes penais e critérios para graduar a culpabilidade (BITENCOURT, 2014, pp. 443/444).

É então que surge a culpabilidade psicológico-normativa (BITENCOURT, 2014) ou teoria complexa da culpabilidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011), cuja nomenclatura envolve a introdução de elementos normativos com o fato de ter preservado os psicológicos de outrora.

Nessa modalidade, dolo e culpa passam a ser elementos (e não espécies) da culpabilidade, ao lado do poder de agir de outro modo. Como ensina BITENCOURT (2014, p. 447), com o distanciamento da ideia de ser “o agente ser o portador da culpabilidade, de carregar a culpabilidade em si, no seu psiquismo, ele passa a ser o objeto de *um juízo de culpabilidade*, que é emitido pela ordem jurídica”.

Tinha-se então a imputabilidade, agora como elemento (e não como pressuposto) da culpabilidade, o dolo e a culpa, e o chamado poder de agir de outro modo. O *dolus malus*, como ficou conhecido, era formado pela vontade, previsão e consciência da ilicitude, sendo que apenas esta última tinha caráter normativo (BITENCOURT, 2014, p. 447)

Por sua vez, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 524) reconhecem ter sido REINHARDT FRANK aquele quem cunhou o conceito de culpabilidade como reprovabilidade, pelo qual a teoria complexa exerce seu juízo de valor, ou seja, se faz normativa.

A formulação psicológico-normativa, porém, não sobreviveu às críticas. O componente psicológico ainda trazia problemas que não podiam ser solucionados sem o abandono por completo dessa sua natureza. O finalismo de Welzel, mediante a incorporação da teoria normativa pura, vai ser o sistema do delito que cumprirá esse papel. Nesse sentido, Bitencourt (2014, p. 449):

Como se sabe, o finalismo desloca o dolo e a culpa para o tipo penal, retirando-os de sua tradicional localização, a culpabilidade, com o que a *finalidade* é levada ao centro do injusto. Como consequência, na culpabilidade concentram-se somente aquelas circunstâncias que condicionam a *reprovabilidade* da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação repousa no próprio injusto.

Chega-se à atual formulação da culpabilidade no direito brasileiro, concebida como reprovabilidade do comportamento (injusto pessoal), este último objeto de valoração para proceder ao seu juízo positivo.

Com a consolidação do normativismo, em que se depuram todos os seus elementos subjetivos, a culpabilidade passa a ser formada pela inimputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa (BITENCOURT, 2014, p. 456).

No finalismo, portanto, ao contrário do causalismo, “ o juízo de culpabilidade não pode ser um conceito ontológico, que *descreveria* uma qualidade do sujeito, mas um conceito normativo, que *atribui* uma qualidade ao sujeito” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 280)

Essa atribuição está baseada na inexistência de motivos suficientes para se furtar à proibição, indicada pela “possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da norma” (BITENCOURT, 2014, p.459).

Nesse ponto é que entra o problema de que se ocupa este artigo, tendo em vista o critério utilizado para se aferir a atuação conforme o direito nas circunstâncias, a saber, a vontade livre.

Juarez Cirino (2017, p. 580) destaca que o “fundamento material da culpabilidade [...] é definido pela capacidade de *livre decisão* do sujeito- e aqui está o problema: a tese da *liberdade de vontade* do conceito de culpabilidade é indemonstrável”.

O autor explica (2017, pp. 281/284), ainda sobre o conceito material de culpabilidade, que o finalismo de Welzel é partidário da *teoria do poder agir diferente*, a qual defende a ideia de que o “autor é reprovado porque se decidiu pelo injusto, tendo o poder de se decidir pelo direito. A base interna desse poder do autor reside na atribuída capacidade de livre decisão[...]”

BITENCOURT (2014, p. 460), partilhando desse diagnóstico, afirma categoricamente que o “livre arbítrio como fundamento da culpabilidade tem sido o grande vilão da construção moderna do conceito de culpabilidade e, por isso, mesmo, é o grande responsável por sua atual crise”.

Os clássicos voltam ao centro do debate justamente por conta dessa crença na vontade livre, no caso representada pela possibilidade de agir de outro modo. É o que se depreende da reflexão de Davi Paiva (2009, p. 91), para quem:

[...]a visão de sujeito de Welzel mantém-se inalterada em relação a seus antecessores: tal qual nos clássicos, acredita ele na capacidade inata do ser humano de submeter seus instintos a uma ordem valorativa externa que se confunde com o próprio ordenamento jurídico. [...]Essa posição sintetiza a crença no homem iluminista e na

existência de valores compartilhados universalmente, protegidos pelo Direito (penal).

É essa noção de sociedade do consenso iluminista, na qual o indivíduo ajusta sua vontade à previsão contida na norma, que será duramente criticada pela sociologia do crime. Isso porque por ter trazido “a existência de subculturas, a ciência social pôs em relevo a existência de uma sociedade plural, com diversos sistemas de valores ‘divergentes’ em torno dos quais se organizam os grupos” (TANGERINO, 2009, p. 154).

Dito isto, um comportamento exigido pelo Direito, parâmetro em relação ao qual contrasta o agir de outro modo, não representaria um conjunto de valores voltados a proteger os interesses mais caros aos cidadãos, mas sim resultado de *certos* valores, em relação aos quais serão lidas as situações colocadas à apreciação.

A partir dessa problematização inicial sobre o livre-arbítrio é que se finaliza o histórico da culpabilidade, importando agora pensar os termos em que se dá a mobilização da Inexigibilidade de Conduta Diversa - ICD para evitar a censura, bem como os limites que ela enfrenta.

Como se verá a seguir, a exculpante ainda luta para se afirmar no campo teórico como causa supralegal apta a infirmar o juízo de culpabilidade, e mesmo quando aceita, não encontra o resultado esperado em situações limítrofes da praxe forense, o que reafirma a hipótese de que os valores pelos quais a censura se estabelece estão comprometidos em efetivar o indicativo de criminalização.

O que se pode adiantar é que, ao se adotar um referencial teórico mais crítico, a tentativa de se desvencilhar da censura esbarra no problema da vontade que é valorada. Quando não se leva em conta o dado da seletividade do direito penal, como o faz a Escola Clássica pela sua crença na vontade livre, persiste o obstáculo epistemológico de que as opções da sua clientela, quando do cometimento do ilícito, têm o mesmo peso daqueles que não se encontram em posição vulnerável perante o sistema.

Como será visto, elas não têm. E é por isso que a própria noção de reprovabilidade vai ser posta em xeque, quando lida a partir da crítica criminológica que desnuda as funções ocultas do direito penal.

Antes disso, será importante um olhar mais detido da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exculpação, a fim de diagnosticar seus limites para traduzir as condicionantes socioeconômicas na formação da vontade como aptas a infirmar o juízo positivo de culpabilidade.



### 2.3- A inexigibilidade de conduta diversa e seu lugar problemático no direito penal

O objetivo com o estudo da exculpante em apreço é fazer um levantamento de quando ela surge na dogmática penal, tendo como enfoque sua aceção como causa supralegal de exclusão no terceiro estágio da teoria analítica do crime, incluindo aí as dificuldades que encontra para se firmar como tal no campo teórico ante o dilema da vontade livre.

De início, é preciso ter em mente que a inexigibilidade de conduta diversa comporta hipóteses expressamente previstas nos códigos criminais. No caso brasileiro, o Código de 1984 trouxe a coação irresistível e a obediência hierárquica<sup>12</sup> (SILVA, 2006, p. 125), além da específica previsão no crime de favorecimento pessoal<sup>13</sup> (MENEZES, 2008, p. 154). Assim, a adoção de uma exculpante fora desses termos, ou seja, sem que a lei tenha estabelecido a *factispecie* de sua ocorrência, é tema que sempre gerou polêmicas na doutrina.

Sobre o surgimento da exculpante, Cirino dos Santos (2017, p. 278) leciona que “FREUDENTHAL concebe o conceito de *inexigibilidade* como fundamento supralegal de exculpação [...]”. Por sua vez, Zaffaroni e Pierangeli acrescentam que:

“[...] Freudenthal e seus seguidores inauguraram um posicionamento que tornava possível a concepção de inculpabilidade não limitada pelas causas de exculpação, contidas nos textos legais, mas também é abarcando qualquer outra situação fática, em que não fosse possível exigir-se do sujeito a realização de outra conduta. Deste modo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser, praticamente, uma causa supralegal e independente da ausência de culpabilidade” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, P.569)

Apesar da tradicional referência ao pensador, Menezes (2008, p. 152) pondera que tal conclusão não é retirada expressamente da obra de FREUDENTHAL, tendo a doutrina contribuído para se chegar à formulação supralegal da exculpante mencionada.

De todo modo, a aplicabilidade de tais ideias fora do plano teórico é questão diversa sobre a qual recai a importância de sua investigação.

Para fazer essa ponte com a *práxis* jurídica, aqueles autores que apostam na

---

12 Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem

313 § 2º - Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.



aplicabilidade da ICD para dinamizar a operacionalização da dogmática no caso concreto o fazem sob diferentes perspectivas, sendo que serão citadas aqui duas posições. No entanto, todas as tentativas ainda se situam no contexto da culpabilidade normativa, em que a censura é efetivada mediante a valoração do comportamento.

Como exemplo disso tem-se Juarez Cirino dos Santos, para quem “o *princípio da alteridade* e não a *presunção de liberdade* deve ser o fundamento material da responsabilidade social e, portanto, de qualquer juízo de *reprovação* pessoal pelo comportamento social” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, p. 285). A alteridade para o autor “permitiria fundamentar a responsabilidade pelo comportamento social na *normalidade* de formação da vontade do autor de um tipo de injusto” (CIRINO DOS SANTOS, 2017, pp. 285/286).

Isso significa que uma análise do que é considerado normal no caso concreto, reconhecendo-se o outro que se coloca frente ao julgador, e verificando-se em que termos se deu a atuação volitiva, seria o caminho para se chegar a uma possível inexigibilidade do comportamento.

Algumas dificuldades para a efetivação desse exercício de alteridade podem ser resumidas na seguinte lição de Alessandro Baratta:

“[...] o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por uma série das chamadas “teorias de todos os dias”, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial” (BARATTA, 2011, p. 177)

O problema então seria a definição do que seria uma situação anormal. Como se depreende da lição de Baratta, há uma tendência de que um cenário dotado de características peculiares no quesito socioeconômico seja insuficiente para infirmar a prevalência da liberdade de agir, analisada no contexto da valoração da vontade reprovável aos olhos do julgador.

Em outras palavras, nem toda condicionante, especialmente se informar vulnerabilidade, é aceita na operação mental de Inexigibilidade de Conduta Diversa - ICD, mas apenas as que influem na liberdade, entendida como opção que se pressupõe toda

pessoa ter ao agir<sup>14</sup>. A questão da anormalidade, portanto, já é mobilizada amplamente como matéria de defesa na alegação de causa supralegal de exclusão da culpabilidade, mas o panorama jurisprudencial aponta para um insucesso na maioria dos casos.

Com isso é reforçado que uma questão de entendimento do magistrado perpassa também por outros planos que não o jurídico, mas sobretudo as justificações, comprometeros e implicações necessárias ao proferir uma sentença penal, ao que se soma uma postura frente ao problema que, como será visto, é político em sua essência, já que versa sobre o poder de criminalizar.

Dando continuidade aos caminhos para a aplicabilidade da ICD como causa supralegal de culpabilidade, e em tese especificamente dedicada ao tema, Menezes (2008, p. 181) defende, ao seguir uma linha inédita e de inspiração filosófica, a adoção da inexigibilidade de conduta como *topoi*. Nas palavras do autor:

A inexigibilidade de conduta diversa é isso: um *topoi*, ou seja, a fórmula de solução de problemas no setor das exculpantes penais, aplicável ali onde, a partir do sistema do delito, já não há mais saída para quem, dotado de razão e subjetividade, e sendo ainda consciente de si, livre e igual a todos, apenas reivindica ser reconhecido como *indivíduo*" (MENEZES, 2008, p. 181).

Aqui são retomados alguns pressupostos modernos (liberdade, razão, igualdade) para o enfrentamento do problema da culpabilidade, ainda que a tome como ponto de partida e o jurista se socorra de um princípio argumentativo. É o que se depreende quando o autor afirma que "apenas fica reconhecido seu caráter *limitado* e é a partir desse ponto que se instaura o caminho pelo qual a inexigibilidade ao se encontrar com a *tópica* se assegura de sua legitimidade (MENEZES, 2008, p. 187).

O marco de referência teórico adotado pela vertente crítica da criminologia, entretanto, é firmado na insuficiência do plano jurídico para entender as razões pelas quais uma ferramenta como a ICD (acepção supralegal) não dá conta de afastar a reprovação (ao menos no aspecto que se pretende discutir neste artigo).

Isso porque o componente principal dos crimes em que se alega a exculpante, no recorte feito para se tentar um possível enquadramento, é socioeconômico, e não de vontade. Ele se reporta a condicionamentos que repercutem em desnudar as desigualdades estruturais na aplicação do Direito, especialmente do direito penal.

Não se trata, é importante esclarecer, de negar as contribuições jurídicas que bem

---

<sup>14</sup> Por esse conceito, as pessoas são colocadas em um mesmo plano.

traduzem a racionalização do poder de punir, desde o surgimento do direito penal como seu limite até o caráter científico mencionado no tópico referente à evolução histórica da culpabilidade.

Pelo contrário, é necessário que a elas se somem outras abordagens que permitam compreender a crença na ideologia da defesa social (BARATTA, 2011), crença esta que resulta em decisões como aquelas que defendem a liberdade de agir mesmo em situações de vulnerabilidade e privação socioeconômica. É o que defende Busato (2011, p. 56), para quem “as raízes da chamada *crise da culpabilidade*, quando vistas mais de perto, revelam-se como transcendentais ao problema jurídico”.

A insuficiência da inexigibilidade de conduta diversa é revelada pela necessidade de se estabelecer uma valoração do comportamento, para que então se decida pela sua reprovabilidade. Tal juízo permite que se aceitem algumas condicionantes e se excluam outras, segundo certos interesses.

Sobre tais interferências na vontade, Paulo Cesar Busato, ao mencionar a existência de correntes semiabolicionistas, é elucidativo:

Este mundo, sem dúvida, condiciona os sujeitos, formando uma massa de excluídos. Essa exclusão não é somente da participação na sociedade de consumo, mas do próprio espaço, levando a uma importante limitação da liberdade de escolha, o que aflige, diretamente, o conceito de culpabilidade (BUSATO, 2011, p. 80)

A doutrina penal, ao estruturar a possibilidade de aceitar a ICD como causa supralegal passível de ser aproveitada no caso concreto, esbarra no problema da vontade que permeia a culpabilidade normativa, a qual tem por base a censura. Paulo Cesar Busato diagnostica que “o fundamento material da reprovação era constituído pelo ‘poder atuar de outro modo’, que nada mais é do que uma expressão que contém a ideia de livre arbítrio” (BUSATO, 2011, p. 53).

Contudo, o autor prossegue com a ressalva de que “o próprio sistema punitivo é um produtor da criminalidade e um forte elemento condicionante da possibilidade sociológica de obediência ou não das regras de convivência jurídico-penalmente impostas” (BUSATO, 2011, p. 53/54).

Outro ponto importante sobre a censura ao comportamento inaugurada pela culpabilidade normativa é a representatividade dos valores envolvidos nessa operação. O parâmetro do agir a que se chega, sob a alcunha de que o Direito o exige, seria localizado

no espaço social quando se lê a questão sob uma perspectiva sociológica.

Para compreender isso, é essencial retomar a ideologia da defesa social e sua concepção acerca do princípio da culpabilidade, sustentáculo do crime como objeto de reprovação por se afigurar dissonante dos valores compartilhados socialmente (BARATTA, 2011, p. 42).

A teoria das subculturas criminais, na contramão desse raciocínio, terá o papel de por em xeque a culpabilidade, a partir da noção de que “existe não apenas um único sistema oficial de valores, senão também uma série de subsistemas que se transmitem aos indivíduos por meio de mecanismos de socialização e aprendizagem específicos [...]” (BARATTA, 1981, p. 09).

Dentre os efeitos da assunção de que existe toda uma diversidade de valores pelos quais as condutas são lidas na sociedade, tem-se que o juízo feito pelo magistrado na ICD não está fundado em interesses da sociedade em geral, os quais o Direito informaria mediante imposição de norma incriminadora, mas sim em reflexos de *certos* interesses formalizados pela via legislativa.

E mais, a posição do magistrado da causa no espectro de valores mencionado não deixa de ser um fator determinante para a leitura dos comportamentos que a ele se apresentam. Logo, tanto legislador como juiz se encontram imersos no contexto acima descrito. Como ensina Baratta (1981, p. 17), a “maioria das regras derivadas de fatores como o comportamento e a socialização do juiz penal, que encontram expressão nos seus preconceitos e estereótipos, escapam à competência da ciência jurídico-penal”.

É igualmente válida a esse respeito a advertência de SILVA, para quem:

“Não se poderá olvidar portanto, na presente abordagem, e mesmo em todo o conteúdo desta postura temática, o entendimento que, um valor representará sempre um valor para alguém, sendo mesmo impossível à primeira vista, desvincular-mos o juízo e o valor dos elementos anímicos de quem valora, e dessarte, a aproximação no direito penal do exigível, do real, será sempre relativo às realidades de quem valora, seja este o legislador, o operador do direito, ou mesmo o autor de um fato típico” (SILVA, 2006, p. 135).

Diante desse panorama de crise que vive a culpabilidade normativa, no qual se insere a ICD, há necessidade de se socorrer de contribuições proporcionadas pela criminologia da reação social, especialmente de sua vertente crítica, a fim de entender as limitações da dogmática para evitar a criminalização em um contexto de vulnerabilidade social do agente. Com isso, será possível entender que o direito penal da modernidade,

registro que compreende toda a construção dogmática que teve origem no Século XVIII, é estruturalmente organizado para selecionar as populações mais vulneráveis como regra, em desfavor das quais também se direciona a efetivação do mandamento incriminador pelas instâncias oficiais. Em razão de extrapolar o objeto do presente artigo, finaliza-se com o panorama da construção moderna da culpabilidade deixando claro seus elementos teóricos fundantes, remetidos aos princípios basilares da Escola Clássica.

### **3. CONCLUSÃO**

O direito penal construído a partir do Século XVIII se revelou baseado em uma noção de sociedade do consenso, em que os valores seriam partilhados por todos e a violação da norma implicaria inaptidão para obedecer o contrato social, autorizando a responsabilização através da pena na medida em que a liberdade foi utilizada em desfavor do grupo.

A dogmática então reproduz a ideia de livre-arbítrio na consolidação da culpabilidade normativa, inaugurada pelo o finalismo de Welzel como setor que valora o comportamento para lhe atribuir censura, uma vez que contrário à proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade. Esse seria o interesse extraído do parâmetro de conduta exigido pelo direito, cuja opção livre do agente em dele se distanciar acarreta considerar que poderia ter ajustado sua conduta.

Foi visto ao longo do artigo que esse juízo facultado pela operação mental de exigibilidade de conduta é bastante relativo, uma vez que é preciso estabelecer de antemão que tipo de interferência na vontade é aceitável nas regras do jogo, ou seja, o que condiciona a ação, o que define se é impossível agir de outro modo; como se esteve a falar de uma cláusula argumentativa aberta, a princípio não haveria nenhuma restrição para as alegações defensivas.

Não obstante já se saber que a culpabilidade normativa é valorativa, geralmente não se declara que o parâmetro de conduta exigido pelo direito penal também possui esse caráter, pois diz respeito a um sistema de valores dominante porque ganhou formalização pela via legislativa e se tornou, portanto, padrão a ser observado coercitivamente.

Essa conclusão, extraída inicialmente a partir da teoria das subculturas criminais, aflige duramente o conceito de culpabilidade, pois se a sociedade não compartilha valores universais é possível buscar-se a justificação do ato praticado dentro do sistema de valores de que o grupo se utilizou. Para se reprovar a conduta, portanto, é necessário se declarar a adoção do sistema de valores dominante.

A fratura inicial na culpabilidade vai ser amplificada com o desenvolvimento da criminologia da reação social, uma vez que a virada epistemológica para observar as agências de punitividade inaugura uma discussão sobre o crime como papel social negativo, cuja atribuição implica investigar o que determina o poder de criminalizar. Em sua vertente crítica, chega-se ao domínio das relações de produção como sua principal fonte, sendo que em outros autores aparece a ideia de posições estratégicas que garantem a fruição do mencionado poder.

No referencial teórico da Escola Clássica, mantido ao longo da cientificidade que adquiriu as categorias dogmáticas penais, a liberdade e a igualdade implicam considerar que todos os indivíduos estão numa mesma posição perante o sistema.

Na contramão desse entendimento, a criminologia crítica considera que a vontade de alguns indivíduos tem mais importância para o direito penal quando observado o dado da seletividade, o que reforça a existência de funções ocultas de utilização desse saber para manter as desigualdades sociais e a população marginalizada sob controle.

Desse modo, ao lado da função limitadora do poder de punir trazida com o direito penal burguês foram estabelecidas relações de hierarquia e sujeição entre os indivíduos, informadas pelos papéis sociais que ocupam. Estes últimos determinariam a maior ou menor incidência do aparelho de justiça como mecanismo de controle. Os agrupamentos sociais mais frágeis seriam então agenciados caso violassem a ordem garantida pela norma jurídica.

Considerando os indicativos sociais de vulnerabilidade a partir de um recorte de classe, manifestados na baixa escolaridade, ausência de ocupação no mercado de trabalho formal e dependência da renda do núcleo familiar, além de outros que possam informar algum tipo de estereótipo, tem-se a base sobre a qual recai preferencialmente a criminalização.

Portanto, ao deslocar o olhar para as agências, é possível dizer que elas mesmas condicionam a possibilidade de agir conforme a norma, na medida em que elegem como proibidas condutas típicas das populações vulneráveis e aplicam o Direito para confirmar a seleção anteriormente realizada, administrando a punição para gerir a massa de excluídos em um nível tolerável ao *status quo*.

Em razão da disfuncionalidade inerente ao funcionamento do direito criminal moderno pelo saber criminológico mais crítico, se faz importante o exercício teórico de voltar às origens das construções do saber criminal para entender algumas contradições verificadas na aplicação de algumas categorias da dogmática, o que foi o objetivo deste artigo.



Conclui-se então que a modernidade iluminista, da qual se origina a Escola Clássica da criminologia, encerra uma série de postulados essenciais ao desenvolvimento científico do direito penal, tais como a liberdade, igualdade e a razão, assim como foi um período em que se originaram formulações valiosas em torno das garantias individuais frente ao Estado. Concomitantemente, ao buscar sustentação teórica em torno do contrato social, foi possível dar um caráter de universalidade às intervenções penais dirigidas à preservação do valor propriedade, gerindo as ilegalidades populares de uma maneira mais intensa enquanto outros comportamentos socialmente problemáticos deixaram de sê-lo.

Especificamente na categoria da culpabilidade, foi demonstrado que sua formulação como juízo de reprovação não deixa de levar em conta pressupostos modernos como livre-arbítrio e igualdade, na medida em que são necessários para o funcionamento regular de um sistema de responsabilização. Tais princípios, entretanto, não são absolutos, devendo ser confrontados com o saber teórico que aponta certas relações de poder e disputa de valores sociais como a base do processo de criminalização, o que serve à ideia de que a dogmática penal como concebida encerra uma possibilidade historicamente localizada, e não um dado da realidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, R. A. Culpabilidade e erro. In. **Reforma Penal**. São Paulo, Saraiva, 1985.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, A. Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro do Modelo Integrado da Ciência Penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, nº 31, jan-jun.1981. <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/direito\\_penal/conteudos/RDP31.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP31.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2017.

BARATTA, Alessandro. "*Filosofia e Diritto Penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni*". In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*", 1972, Milano: Giuffrè, p. 29-54. Tradução de GIAMBERARDINO, André Ribeiro. "Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento italiano desde Beccaria aos nossos dias". In **Revista da Faculdade de Direito-UFPR**, Curitiba, n.53, 2011.

BARATTA, Alessandro. Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias. Trad. André Giambardino. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 53, p.11-29, 2011.

Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30761/19869>> . Acesso em 19 set 2017.

BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Orgs.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro, Revan: 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSATO, P. C. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. **Revista Liberdades**, n. 8, set/dez, p. 52-94, 2011. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=94](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=94)>. Acesso em 06 out 2017.

CARRARA, Francesco. **Programa de diritto criminale. Parte generale,v.1**. 7.ed. Lucca, 1889.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: Parte Geral**.7.ed.Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

FERREIRA, Ivette Senise. A atualidade do pensamento de Carrara no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 83, p. 54-66, 1988. Disponível em: <<file:///C:/Users/Master/Downloads/67112-88524-1-PB.pdf>>. Acesso em 19 set 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o nascimento da prisão**. Trad Raquel Ramalhete.42.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MENZEZES, C. A. **O limite das exculpantes penais: A inexigibilidade diversa como *topos e solução***. 2008.199f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ROUSSEAU, J.J. **Do contrato social**. Série: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, P. R. N. A. **Inexigibilidade de Conduta Diversa:** Escorço de Suas Transformações Dogmáticas e Polêmica dos Valores Envolvidos. 192f. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da UCAM. Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro.

TANGERINO, D. de P. C. **Apreciações críticas dos fundamentos da culpabilidade a partir da criminologia: Contribuições para um Direito Penal mais ético** .281f. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Volume 1. Parte Geral**. 9.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

## **ALIENAÇÃO PARENTAL E SEUS EFEITOS À LUZ DA LEI 12.318/2010**

**CAMILA FRANCISCHINI LEAL GONÇALVES:**

Acadêmica do Curso de Direito no Instituto Luterano de Ensino Superior ILES/ULBRA

**CARMEN TATYANA DOS S. SARAIVA**

**ROBERÉS CORRÊA GUIMARÃES**

(coautores)<sup>15</sup>

**RESUMO:** Alienação Parental traz um novo nome para um problema já bastante conhecido: a utilização da criança e do adolescente como moeda de troca, um verdadeiro mecanismo de vingança conjugal quando do fim do casamento ou da união estável, mais frequente nos casos em que o genitor que não mais residirá com sua prole busca o apoio do poder judiciário para resguardar seus direitos e deveres, como a guarda, convivência e pensão alimentícia. A importância do tema encontra-se corroborada pela recente Lei nº 12.318/2010 que regulamentou aspectos jurídicos da Alienação Parental. A essência do trabalho, portanto, é explicitar o que é e quais são as consequências jurídicas ensejadas pela Alienação Parental, sobretudo, nos ramos do Direito de Família e do Direito da Criança e Adolescente, considerando, inclusive, as disposições da Lei nº 12.318/2010. Não poderíamos deixar de mencionar, ainda que em breve relato os efeitos da aplicação da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha no Direito de Família.

**Palavras-chave:** Alienação Parental. Direito de Família. Lei 12.318/2010.

**ABSTRACT:** Parental Alienation brings a new name to an already well-known problem: the use of the child and the adolescent as a currency of exchange, a true mechanism of conjugal revenge when the marriage ends or the stable union, more frequent. In cases in which the parent who will no longer reside with their offspring seeking the support of the judiciary to safeguard their rights and duties, such as custody, coexistence and alimony. The importance of this theme is corroborated by the recent Law 12,318 / 2010, which regulated legal aspects of Parental Alienation. The essence of the work, therefore, is to explain what is and what are the legal consequences of Parental Alienation, especially in the branches of Family Law and Child and Adolescent Law, including considering the provisions of Law 12.318 / 2010. We could not fail to mention, although we will soon report the effects of the application of Law 11.340 / 2006, Maria da Penha Law on Family Law.

**Keywords:** Parental Alienation. Family right. Law 12.318 / 2010.

---

<sup>15</sup> Acadêmicos do Curso de Direito no Instituto Luterano de Ensino Superior ILES/ULBRA

## **INTRODUÇÃO**

A Alienação Parental é consequência de uma ruptura da vida comum, que por algum motivo, trouxe para um dos cônjuges um sentimento de traição, de raiva, ou vingança, instigando uma cruzada difamatória para que o filho do casal alimente em si toda a frustração e impotência diante do término do casamento. Assim, a criança passa a ser instrumento do indivíduo que outorga-se de “genitor alienante”, papel que invariavelmente cabe às mães, contra o “genitor alienado”.

Além de ferir direitos constitucionais da criança e do adolescente, a prática da alienação parental causa nos menores profundas lacunas de caráter afetivo e emocional, condenando-os a conviver com a dor de não poder contar com a presença de seu parente, pois passam a acreditar que, de fato, seu pai ou mãe não os ama, não se interessam por si, quando, na verdade, a realidade que se apresenta é que o(a) genitor(a) foi impedido de ter acesso a seu filho. Infelizmente, essa situação é mais comum do que parece e pode surgir por várias razões. No entanto, outros fatores podem interferir na dinâmica familiar, levando a esse triste desfecho.

A alienação parental (AP) ou Síndrome da Alienação Paternal (SAP) foi um termo criado pelo psiquiatra estadunidense Richard Gard em 1985.

No Brasil desde Agosto de 2010 a Lei 12.318/2010, conceitua e reconhece a ALIENAÇÃO PARENTAL (AP) e a SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP), inserindo-as no direito brasileiro e inclusive prevendo punições para seus praticantes. A iniciativa da lei, aprovada por unanimidade pelas comissões do congresso pelas quais tramitou, teve origem na organização político-social de centenas de genitores.

Diante do exposto, por referida conduta estar inserida no seio familiar, houve um breve histórico sobre a introdução da Alienação Parental no ordenamento jurídico pátrio, explicação sobre assimilação de falsas memórias e, por fim, a aplicação da Lei sobre o tema.

## **2. UMA ANÁLISE DESCRITIVA ACERCA DA LEI 12.318/2010, ALIENAÇÃO PARENTAL**

A aprovação da lei sobre alienação parental ocorre em contexto do crescimento social por maior participação de pais e mães na formação estrutural de seus filhos. A Família deixa ser vista como simples unidade de produção para se tornar realização da família, distinguindo-se claramente os papéis de conjugalidade e parentalidade.

Para se entender a dinâmica da alienação parental na sociedade brasileira, é preciso refletir sobre a evolução da família e sua relação com os filhos menores. Até meados do

século XX, a sociedade brasileira era patriarcal, sendo a família formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos. A família patriarcal, a que considera o homem como chefe, começou a sofrer alterações a partir do final do século XIX e no início do século XX, principalmente, pela força do feminismo. No patriarcado há a presença do poder do homem, dominação do homem e submissão da mulher, é poder ou autoridade do pai.

No entanto, com o avanço da sociedade, as mulheres passaram a buscar seu espaço no mercado de trabalho e alcançaram sua independência financeira e afetiva. O marido, então, passou a ser aquele companheiro que auxiliava nas despesas de casa e na criação dos filhos, de forma que as mulheres não dependiam mais deles para ter uma profissão nem para tomar decisões importantes em suas vidas.

Com a Constituição da República de 1988, homens e mulheres foram alçados ao mesmo patamar de igualdade (artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal), passando a exercer da mesma forma os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal (artigo 226, § 5º, da Constituição Federal). Assim, ampliou-se a proteção à criança e ao adolescente, que passaram a ser encarados como indivíduos em desenvolvimento, merecedores de atenção especial do Estado e da sociedade (artigo 227, caput, da Constituição Federal) Seguindo essa tendência, as legislações posteriores, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, pautados nos princípios constitucionais da igualdade, da paternidade responsável, da afetividade e da proteção integral ao menor, trouxeram profundas inovações no Direito de Família. Com o novo ordenamento familiar, surge então um crescimento devastador de casos de AP (Alienação Parental).

No Brasil verifica-se que a questão da Síndrome de Alienação Parental toma vulto com a promulgação da Lei 12.318/2010, que passa a tratar do tema deixando mais transparentes as condutas caracterizadoras da alienação parental (rol exemplificativo da lei, podendo também ser declarado pela autoridade judicial) e estabelecendo, para estas condutas, medidas coercitivas e sancionatórias; além de estender os seus efeitos não apenas aos pais (genitores), mas também aos avós ou quaisquer outras pessoas que detenham a guarda ou vigilância (guarda momentânea) do incapaz. Além disso, a legislação brasileira procurou conceituar de forma ampla e genérica, para melhor aplicação do direito nos casos concretos. A lei 12.318/2010 inclui a Alienação Parental no âmbito jurídico brasileiro definindo-a e trazendo um rol exemplificativo das maneiras utilizadas para alienar uma criança, caracterizando os envolvidos. Apresenta também algumas medidas a serem tomadas pelo juiz ao verificar a existência da alienação, entre outros aspectos.

### **3. ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO, CAUSA E CONSEQUÊNCIA**

#### **3.1. CONCEITO**



No dia 26 de agosto de 2010, o projeto de Lei 20, de 2010 (4.053/08 na Câmara dos Deputados), foi aprovado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Dispondo sobre o tema alienação parental e alterando o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de, 13 de julho de 1990. Referido dispositivo trouxe o conceito de Alienação Parental, não apenas como sendo a interferência prejudicial na formação psicológica da criança ou do adolescente induzida por um dos genitores, mas também, pelos avôs ou pelos que tenham o menor sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudiem o genitor não-guardião, ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, bem como rol exemplificativo das condutas que podem ser consideradas como alienação.

Quando a separação do casal se torna consumada e outorgada a um dos consortes a guarda unilateral do filho, torna-se possível a visitação pelo não guardião e deve ser de pronto estabelecida pelo Poder Judiciário. Vale ressaltar que o poder familiar perdura, ou seja, não se extingue com a separação dos pais. Daí surge os conflitos pela não aceitação desta nova situação, e a conseqüente transferência de traumas para o filho. Como conseqüência deste contexto surge um fenômeno chamado alienação parental, que não se confunde com a síndrome de alienação parental, a segunda decorre da primeira, ou seja, a alienação parental é o afastamento de um dos genitores, provocado pelo outro (guardião) de forma voluntária. Já o processo patológico da síndrome diz respeito às sequelas emocionais e o comportamento que a criança vem a sofrer vítima deste alijamento.

### 3.2. CAUSA

A Alienação Parental não escolhe o autor da prática dolosa, que pode incluir terceiros, como os avôs ou quaisquer outras pessoas que detenham a guarda ou a vigilância (guarda - momentânea) do incapaz. Além disso, a legislação brasileira procurou conceituar de forma ampla e genérica, para melhor aplicação do direito nos casos concretos, o que é a alienação parental, e assim dispôs: alienação parental é a campanha de desmoralização feita por um genitor em relação ao outro, na maioria das vezes a mulher, uma vez que esta normalmente detém a guarda do filho, ou por alguém que possua a guarda da criança, para que essa passe a odiar e desprezar seu genitor e, dessa maneira, desligando-se do mesmo. Isso é feito como forma de vingança após a separação, quando uma das partes não se conforma ou não se satisfaz com o ocorrido.

As causas da alienação parental são diversas. Desde um simples desafeto entre os genitores, ou ciúmes do outro genitor com a criança, até questões mais complexas, como o rompimento de uma relação contra a vontade do alienante ou uma manipulação para o

genitor alienado pagar alimentos, como se a criança fosse moeda de troca. Parece que a origem mais comum da alienação parental é o fim de relações amorosas entre os genitores, pois o sentimento de raiva e mágoa nutrido por aquele que não queria o rompimento do relacionamento é transportado para a criança. Maria Berenice Dias<sup>14</sup> esclarece que:

[...] muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Algumas vezes, as distorções promovidas pelo genitor alienante são tão severas que este chega a alegar que a criança foi abusada sexualmente pelo genitor alienado, fazendo com que a própria criança acredite nessa história, vivenciando essa tão cruel fantasia com o simples propósito de separar pai e filho. Exemplo disso é o caso decidido no agravo de instrumento nº 70042944835, pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>15</sup>, em 14/07/2011:

Ementa: Agravo de Instrumento. Visitas paternas. a acusação de abuso sexual deve ser vista com reservas, pois muitas vezes é instrumento em processo de alienação parental, sobretudo porque, no caso, a genitora (que levantou a suspeita) é diagnosticada como bipolar. as visitas são um direito da criança, merecedora da proteção integral. Não se verifica qualquer possível prejuízo à infante, pois as visitas são autorizadas na forma supervisionada, em ambiente forense. Deram provimento, por maioria, vencido o relator.

Como a criança não pode ser objeto de vingança nem de manipulação, as medidas contra a alienação parental tentam restabelecer os vínculos afetivos e conscientizar o alienante dos malefícios da alienação. Dependendo da gravidade da alienação ou se outras medidas mais brandas não surtirem efeito, o genitor alienante pode até mesmo ter a guarda da criança invertida ou suspensa a autoridade parental (artigo 6º, incisos V e VII, da Lei n. 12.318/2010).

A Lei n.º 12.318/2010 identifica, com exemplos, as condutas de Alienação Parental. São sete incisos, transcritos a seguir, que exemplificam as condutas contempladas na lei, em seu artigo 2.º.

**I - Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.**

Entre as formas de alienação parental está a contínua desautorização promovida por um dos pais ou até mesmo pelos dois; visa a desqualificar: “Sua mãe é muito rígida, deveria se tratar”. “Seu pai não é confiável, já nos abandonou uma vez.”

Condutas assim fazem o filho sentir-se desprotegido na companhia do genitor que sofre a acusação. A pressão é tão forte que pode acarretar no próprio alienado a ideia de que realmente não possui condições de manter os contatos. E começa a evitá-los.

## **II - Dificultar o exercício da autoridade parental.**

Mas, ainda que definida a guarda como unilateral, tanto o pai como a mãe continuam com o mesmo direito e dever de exercer a autoridade. É comum a concepção: “Eu tenho a guarda, então eu decido”.

## **III - Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor.**

O “desfazer” da família, independentemente do motivo, não pode interferir na relação estabelecida entre pais e filhos. O contato de quem não detém a guarda vai muito além dos dias e horários estabelecidos às visitas. Pelo contrário, deve ser contínuo, ainda que por meios não presenciais, como telefone e internet.

## **IV - Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar.**

Boicotar as visitas é uma maneira bastante utilizada pelo alienador. Esta conduta deve ser muito bem observada pelos familiares e operadores do direito, pois é um dos primeiros passos do alienador. E o silêncio do detentor da guarda - que não raramente lança mão da chantagem para que seus propósitos egocêntricos e vingativos se materializem - provoca mais ainda a ausência de estímulo para a manutenção do vínculo.

## **V - Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.**

A busca incessante pelo afastamento do outro leva a situações de extrema injustiça na participação em momentos importantes na vida do menor. Um exemplo é não avisar datas importantes, como a de uma apresentação na escola, ou pior, uma internação no hospital ou alteração de endereço sem comunicação prévia. Deixa, assim, o genitor alienado de tomar parte da vida do menor, não estando presente nos momentos importantes deste, o que vem acarretar para ele o sentimento de abandono, cuja

consequência posterior estará na repulsa da sua presença, motivada pela ação do genitor alienador.

**VI - Apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.**

A ideia fixa de atingir o objetivo pode chegar ao extremo com base em falsas denúncias de maus tratos, uso indevido da Lei Maria da Penha, falsas denúncias de abuso sexual. São alegações graves com consequências emocionais que podem ser irreparáveis emocionalmente, para toda a família. Retrata o lado mais sórdido de uma vingança, com o sacrifício da própria prole.

**VII - Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.**

### 3.3. CONSEQUÊNCIAS

As consequências para as crianças, por sua vez, são devastadoras e muitas vezes irreversíveis, trazendo-lhes transtornos psicológicos para o resto da vida. A alienação parental quando consumada leva à Síndrome de Alienação Parental que trás sequelas que comprometerão o desenvolvimento normal da criança, afetando até a vida adulta, tais como:

- a) Ansiedade
- b) Depressão
- c) Nervosismo
- d) Agressividade
- e) Transtornos de identidade
- f) Comportamento hostil
- g) Desorganização mental
- h) Tendência ao alcoolismo e uso de drogas
- i) Suicídio

Anteriormente à aprovação da Lei 12.318/2010 e da Lei 11.698/2008, a aprovação da guarda unilateral para mãe eram de aproximadamente 95% a 98%, conforme dados do IBGE.

Tal fato, atrelado a prática comum de pais separados que, inconformados com a separação e de posse da guarda dos filhos, procuram afastá-los da convivência do ex-cônjuge, criava o cenário de alienação parental caracterizado pela expressão “órfãos de pais vivos” que as leis vêm buscando afastar. A lei da alienação parental, conforme se observa, possui mais um caráter educativo, no sentido de conscientizar os pais do melhor interesse da criança, do que propriamente sancionatório, não estabelecendo qualquer tipo de penas restritivas de liberdade aos alienadores, sob o enfoque de que o menor seria duplamente penalizado: primeiramente com a alienação e, em segundo lugar, com a prisão de um dos seus genitores. O direito brasileiro busca, com o estabelecimento das inovações legislativas, fortalecer o direito fundamental do menor à convivência familiar, regulamentado no capítulo III do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que diz respeito ao direito da criança e do adolescente ao convívio com ambos os pais, e que também se encontra preceituado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227.

O processo de Alienação Parental gera um profundo sentimento de desamparo, gerando na criança ou adolescente cujo grito de socorro que não é ouvido, uma vez que não é reconhecido como sujeito. Este grito acaba por se transformar em sintoma, que poderá ser expresso tanto no corpo, por um processo de somatização, quanto por um comportamento antissocial. Gardner descreve três estágios da Síndrome:

- 1) Estágio leve – quando nas visitas há dificuldades no momento da troca dos genitores;
- 2) Estágio moderado – quando o genitor alienante utiliza uma grande variedade de artifícios para excluir o outro;
- 3) Estágio agudo – quando os filhos já se encontram de tal forma manipulados, que a visita do genitor alienado pode causar pânico ou mesmo desespero.

A Síndrome de Alienação Parental é uma condição capaz de produzir diversas consequências nefastas, tanto em relação ao cônjuge alienado quanto ao próprio alienador, mas certamente seus efeitos mais dramáticos recaem sobre os filhos. Sem tratamento adequado, pode produzir sequelas capazes de perdurar para o resto da vida, pois implica comportamentos abusivos contra a criança. Instaura vínculos patológicos, promove vivências contraditórias da relação entre pai e mãe, cria imagens distorcidas da figura dos dois, gerando um olhar destruidor e maligno sobre as relações amorosas em geral. Esses

conflitos podem aparecer na criança sob a forma de ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza, depressão, hostilidade, desorganização mental, dificuldade escolar, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, enurese (descontrole urinário), transtorno de identidade ou de imagem, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas; em casos mais extremos, a ideias ou comportamentos suicidas.

A Síndrome, uma vez instalada, enseja que o menor, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança, que no futuro tenderá a repetir o mesmo comportamento.

Por essas razões, instalar a Alienação Parental em uma criança é considerado um comportamento abusivo pelos estudiosos do tema, da mesma forma que os de natureza sexual ou física. Afeta também o genitor alienado, além dos demais familiares e amigos, privando a criança do necessário e salutar convívio com todo um núcleo afetivo do qual faz parte e ao qual deveria permanecer integrada.

Quando a relação conjugal acaba, geralmente vem carregada de sofrimento, sonhos desfeitos e da culpa comumente atribuída ao "outro", que passa a ser o grande vilão da história. Muitos são os genitores, na grande maioria os pais, que sofrem as amargas consequências das práticas do genitor alienador que, impulsionado por um egoísmo cego, maltrata e fere o próprio filho com o objetivo de afastá-lo do ex-cônjuge, satisfazendo, assim, seu mais profundo sentimento de vingança.

Esse drama afeta drasticamente o desenvolvimento físico, mental e emocional, pois, a violência não é um fenômeno natural, mas sim uma construção social transmitida de gerações a gerações. A vítima de alienação parental passa a viver os sentimentos de forma ambígua e com desrespeito às suas necessidades de pessoa em desenvolvimento. O alienador, pessoa responsável pelo cuidar, orientar e proteger a vítima passa a ter atitudes de posse e invasão da individualidade da mesma, podendo gerar uma assimilação por parte desta, de "valores desfigurados de respeito humano". O pleno entendimento entre os casais visando o bem-estar dos filhos, entretanto, ainda não é uma realidade para grande parte da população. Por isso, a alienação parental, que surge de uma separação mal digerida por um dos cônjuges, costuma ser frequente.

A lei possibilita no art. 5º e seus parágrafos a realização de perícia psicológica ou biopsicológica, sendo que o laudo deverá constar a análise com as partes, exame de documentos dos autos, avaliação do caráter dos envolvidos, históricos de incidentes, com finalidade de identificar a forma como a criança ou adolescente se senti por eventual acusação contra o genitor. Sabiamente, estabelece que a perícia deve ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitada com aptidão comprovada para



diagnosticar atos de alienação parental, e, aqui, reside o grande problema; em geral, não há profissionais com os requisitos fixados na lei, sendo que, na falta deles, a perícia é realizada pelos profissionais existentes, que na maioria das vezes não possuem a qualificação técnica para aferir a alienação parental.

Uma das possibilidades legais para afastar ou inibir a alienação parental é a fixação da guarda compartilhada; contudo, vemos com tristeza que essa opção não é adotada quando há conflitos entre os genitores. Os magistrados preferem fixar a guarda unilateral, mesmo havendo previsão expressa no sentido de dar preferência à guarda compartilhada - § 2º do art. 1.584 do Código Civil. O instituto jurídico da guarda (dever de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho) decorrente do divórcio ou dissolução da união estável está disciplinado nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil.

#### **4. MEIOS PUNITIVOS DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

O Estado atrai para si a responsabilidade de exercer o monopólio da jurisdição, assumindo um compromisso social na efetivação da aplicação da lei. A qualidade da decisão é aferida não só pelo conhecimento técnico dos magistrados, mas também pela humanização da justiça e a aproximação com a realidade social. Com o advento da Lei nº 12.318, também chamada lei da alienação parental o Judiciário se viu com um problema a mais, ou seja, a carência de aparelho estatal para poder identificar e punir tal fenômeno, mas ao mesmo tempo normatiza algo que há muito tempo já ocorria, mas que não poderia ser combatido a contento.

No artigo 6º, caput e incisos, a referida Lei enumera os meios punitivos de conduta de alienação: Art.6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;**
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;**
- III - estipular multa ao alienador;**
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;**

**V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;**

**VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;**

**VII - declarar a suspensão da autoridade parental.**

Nesse diapasão procura-se abordar a problemática da eficiência na aplicação dos meios punitivos como combate a alienação parental. O supracitado artigo estabelece no caput que, os meios de sanção serão utilizados de forma cumulativa ou não, o que quer dizer que, é conferido ao juiz à possibilidade de aplicar um ou mais meios de punição, dependendo do caso, e de posse do laudo pericial, que deverá ter sido solicitado, sem prejuízo das medidas provisórias liminarmente deferidas.

Baseado no direito fundamental de convivência da criança ou do adolescente o Poder Judiciário não só deverá conhecer esse fenômeno, como declará-lo e interferir na relação de abuso moral entre alienador e alienado. A grande questão seria o acompanhamento do caso por uma equipe multidisciplinar, pois todos sabem que nas relações que envolvem afeto, uma simples medida de sanção em algumas vezes não resolve o cerne da questão. A família espera-se ser o meio pelo qual o ser humano alcança tal dignidade. Um "ninho" onde o indivíduo possa desfrutar dos direitos que lhes são resguardados e assim possa ser feliz. "A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer." (DIAS, 2008, p.105).

De fato, há uma urgência justificável na identificação e consequente aplicação de "sanções" punitivas ao alienador. No inciso II, do referido artigo, deve o magistrado ampliar a convivência, restaurando de imediato o convívio parental, antes que aconteça o pior, qual seja o estado de higidez mental da criança, que poderá ser irreversível. A ampliação da convivência deverá ser a primeira medida a ser tomada, quando houver indícios de disputa pela presença do filho, até mesmo quando as visitas estão sendo dificultadas.

A multa processual consiste em um dispositivo onde o magistrado oferece uma dinâmica diferente ao processo, trazendo uma maior efetividade e segurança jurídica. As ações de obrigação de fazer (ou não fazer) são aquelas que, dependendo do provimento decisório são classificadas em "mandamentais" ou "executivas", uma vez que a sentença provoca uma determinada obrigação autônoma, desde logo, e no mesmo processo a depender da utilização do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Com origem no direito comparado Francês as "astreinte" ou multa processual, são um meio de constrangimento indireto e um modelo de coerção e deve-se beneficiar dela o autor da demanda. É através deste mecanismo que o descumpridor da ordem judicial se

intimidará porque terá o seu patrimônio afetado. Vale considerar que não foi determinado parâmetro de fixação desta multa sugere-se que, o valor deve ser significativamente alto a ponto de inibir o alienador, tendo como objetivo principal não o recebimento da multa e sim o cumprimento da obrigação.

É necessário observar se o cumprimento da multa não irá acarretar uma revolta maior, ou até mesmo um motivo para uma maior beligerância com relação ao filho. O descumprimento da sanção, por sua vez, dependerá do incentivo negativo que a mesma poderá causar como bem, "aqui a inadimplência é vista como uma alternativa pela qual posso incorrer em perdas menores do que se fosse cumprir o contrato. A diferença está em que não se consideram os aspectos morais da questão, apenas a possibilidade de que se descumpra o prometido por conta do comportamento oportunista das partes. Depende do tipo de penalidade (e do custo que isto acarreta) a ruptura ou a inadimplência contratual tanto por parte do promitente em desempenhar a sua promessa como do prometido em fazer sua parte". O acompanhamento psicológico e ou biopsicossocial do caso poderá ser determinado quando o juiz necessitar de um laudo pericial. Tal perícia, de acordo com o § 3º do artigo 5º da nova Lei de alienação parental deverá ser finalizada em noventa dias, somente prorrogável este prazo, baseado em justificativa circunstanciada. Mais uma vez pode-se analisar essa medida como não eficiente, pelo motivo de estar diante de um sistema judiciário carente de pessoal qualificado, bem como aparelhamento físico. O volume de ações de guarda e afins que tramitam nas Varas de Família já as superlotam. Parece-nos que o legislador quis impor prazo no intuito de apressar uma decisão que carece de urgência, mas sem manifestar interesse em conhecer a realidade da situação.

Os meios mais severos de punição disponíveis pelo Judiciário seriam a alteração da guarda ou até mesmo a suspensão da autoridade parental. Importa salientar que a Síndrome de Alienação Parental (SAP), como consequência patológica do fenômeno da alienação não se encontra ainda descrita no DSM-IV (Manual de Diagnóstico e Estatístico das Perturbações Mentais), o que poderá entravar o processo, sendo alegado pela outra parte não se constituir um caso patológico e tentar afastar a incidência das sanções.

O que se observa atualmente é que o cônjuge guardião exerce o poder familiar a revelia do outro, dando ensejo a diversos tipos de traumas e implicações. A suspensão da guarda ou até a inversão em guarda compartilhada poderá ser uma saída determinada pelo magistrado, de maneira a contribuir para a sanidade física e psicológica da criança ou do adolescente. Porém, essa inversão também deverá ser monitorada e acompanhada por equipe de profissionais habilitados, o que já vem ocorrendo a alguns anos nos Tribunais, em consonância com a jurisprudência mais abalizada na matéria.

A suspensão do poder familiar como meio de punição da alienação parental, só deve ser aceita em casos extremos, e depois de verificadas todas as tentativas de conciliação do conflito. Essa suspensão já era possível em inobservância do artigo 1.637, caput e parágrafo único do Código Civil de 2002. São medidas que trazem sequelas a toda a família e em especial para a criança ou o adolescente como principal vítima.

## **5. A GUARDA COMPARTILHA UM INSTRUMENTO COMO MEIO DE PREVENÇÃO A ALIENAÇÃO PARENTAL.**

A concepção atual de família como já dita aqui é oriunda de uma série de rápidas transformações havidas em vários âmbitos, que vão desde as transformações originadas pela inserção da mulher no mercado de trabalho a transformações políticas e sociais que levaram ao desaparecimento do modelo familiar patriarcal. Essas mudanças têm um forte impacto na vida das crianças e dos adolescentes, pois a família de hoje está baseada em uma união entre indivíduos e tem duração relativa, no mais das vezes, temporária, o que se verifica pelo número cada vez crescente de separações e divórcios, segundo os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Nas separações e nos divórcios, as relações de convivência dos genitores com os filhos menores são definidas pelo regime de guarda e de visitação. Antes da Lei n. 11.698/2008, o modelo que preponderou nas decisões judiciais brasileiras foi o da guarda única, em que a criança ou adolescente ficava sob a guarda de apenas um de seus genitores, na maioria das vezes, da mãe. O pai, assim, passava à condição de genitor visitante e o genitor que detinha a guarda tinha, via de regra, o sentimento de detentor da posse do filho.

Robles (2008), citando Evandro Luiz Silva, ensinou a respeito dos efeitos do regime de guarda monoparental no que tange à situação do visitante não guardião e do afrouxamento dos laços entre este e o filho:

A visitação é comumente transformada em arena crítica para a redefinição de vínculos de poder e de intimidade entre os ex-cônjuges, bem como para a redefinição dos papéis parentais. Além disso, os pais alegam que uma das causas frequentes de baixa visitação é ligada a experiências penosas e estressantes que decorrem das dificuldades de contato com os filhos e ex-cônjuges... Estas dificuldades aumentam à medida que o tempo passa, e só a visitação, em detrimento do convívio mais frequente, faz com que eles percam a intimidade e vão se desapegando.

É mister que se ressalte que a família, ainda que sofra alguma alteração estrutural em função de separação dos pais, subsiste, e as ciências da psique são imperativas ao frisar

a importância da presença de ambos os genitores na formação saudável dos filhos. Nesse sentido, Nazareth (apud Robles, 2008) ensinou:

A família, diversamente de outras sociedades, não se desfaz. Uma vez constituída, permanece. A estrutura pode mudar, quando há uma separação ou morte; por exemplo, mas a organização – família – prossegue. Não obstante suas modificações estruturais, essas organizações continuam existindo no mundo interno dos indivíduos e edificando seu mundo de relações. [...]

Essa “família” interna responde pela construção e manutenção do espaço interno, mental, de relações emocionais, e esse espaço, que é composto pelos sentimentos que cada um experimenta em relação ao conjunto e que funda o que, posteriormente, será reconhecido como cidadania. Instituído-se a guarda compartilhada, preservam-se as relações parentais e afasta-se a probabilidade de alienação parental, haja vista que se garante à criança e ao adolescente a presença ativa e atuante de ambos os genitores em suas vidas, ou seja, permite que estes exerçam conjuntamente a paternidade responsável, dialogando de maneira contínua sobre o interesse dos filhos. Porém, para que a guarda compartilhada possa ser adotada, é essencial que haja uma convivência pacífica entre os ex-cônjuges e que estes, aptos a separar as questões de conjugalidade e parentalidade, estejam de fato atentos ao melhor interesse de seus filhos.

Assim, através do referido acompanhamento psicológico, oportuniza-se aos ex-cônjuges que elaborem, de forma saudável, a ruptura do casamento (ou união estável), de modo que a guarda compartilhada passe a ser uma solução viável com o fito de se evitar que a confrontação entre eles incorra em disputa pelos filhos, na utilização da “posse” destes como objeto de vingança ou moeda de troca, e que venham a desencadear a síndrome da alienação parental.

## **6. ALIENAÇÃO PARENTAL JUDICIAL**

Nos últimos anos a Lei 11340/2006, Lei Maria da Penha tem sido um importante instrumento para proteção aos direitos da mulher que sofre a violência doméstica e familiar, se faz necessário trazer à baila os efeitos cíveis, decorrentes da aplicação de medidas protetivas, previstas no artigo 22 da referida lei (Lei n. 11340, 2006). Como já alertou Batista (2008).

Certamente o setor mais criativo e elogiável da lei reside nas medidas protetivas de urgência (arts. 22, 23 e 24). Ali estão desenhadas diversas providências que podem, no mínimo, assegurar níveis suportáveis no encaminhamento de solução para conflitos domésticos, até patrimoniais. O perigo estará potencialmente, aqui, num abusivo emprego penal das medidas protetivas de urgência, que estão amplamente legitimadas enquanto coerção direta. Mas a suspensão de visitas aos filhos (art. 22, inc. IV) pode ser abusivamente manejada como pena sempre que, a despeito da agressão contra a mãe, a relação do agressor com seus filhos não estiver afetada (p. 12).

Na mesma esteira Karan (2006), seguindo o mesmo raciocínio de Batista (2008), revela que a suspensão ou restrição de visitas viola o direito da criança à convivência familiar. A autora faz referência ao caput do artigo 227 da Constituição Federal Brasileira (1988) e ao parágrafo 3º do artigo 9º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) para firmar seu posicionamento contra a violação desse direito.

Entende-se que a violência doméstica ou familiar praticada contra a mulher por vezes pode estar restrita ao relacionamento entre os parceiros conjugais, sem envolver diretamente os filhos. Percebem-se, também, casos de violência no âmbito conjugal imbricados com os desdobramentos de um divórcio e não com comportamentos violentos recorrentes, manifestados ao longo da convivência familiar com a companheira e os filhos.

Como (e porque) pais não-residentes se distanciam de seus filhos é uma questão de vital importância para o entendimento do impacto do divórcio nos cuidados infantis. Parte da explicação vem da impossibilidade (consciente ou não) de apoiar o filho e parte, da inabilidade em manter relações com ex parceiros (Dantas, Jablonski, & Feres-Carneiro, 2004, p. 353).

Conforme os ensinamentos de com Segata (2008), antes da tipificação criminal da violência existe uma dimensão relacional que precisa ser reconhecida e levada em conta. Portanto, trata-se de construir canais para se compreender a violência no seu sentido relacional, o que não significa uma "esteticização da violência" (Rifiotis, 1999) ou uma qualificação de acordo com seu potencial menor ou maior de causar mal a outrem, mas sua contextualização no campo das relações humanas, amorosas e afetivas não se trata tão e simplesmente de crime, mas de laços de família que de forma alguma podem ou devem ser rompidos pelo Estado.

devemos problematizar a retórica da denúncia quando ela implica na redução da complexidade e da diversidade dos próprios fenômenos



denunciados, e, sobretudo, no limite, quando ela é colocada como um lugar de discurso político auto-suficiente e autoconfirmador (Rifiotis, 2008, p.226).

O autor citado prossegue afirmando que nos últimos trinta anos a violência conjugal tornou-se um baluarte das lutas feministas, servindo como um operador simbólico de outras formas de desigualdades sociais, ora privilegiando as soluções locais, ora apelando para os serviços de polícia e o sistema judiciário. Para Rifiotis, "a prevalência de 'soluções locais' articuladas a mecanismos jurídicos contribuiu para ampliação das áreas de litígio alcançadas pelo sistema judiciário e, ao mesmo tempo, para a desvalorização de outras formas de resolução de conflitos." (2008, p.227).

Refere-se ao alargamento da dimensão penal, quando o tratamento dado à violência conjugal privilegia o viés punitivo ao invés de modelos pautados no entendimento de que a violência é um problema social e relacional. A partir de Rifiotis depreende-se que a compreensão da violência no sentido homogeneizador e negativo, junto com o enrijecimento das penas para tratar a violência conjugal, reforçam a posição dicotômica em termos de vítima e agressor e, nesse sentido, não contribuem para uma leitura crítica dos discursos vigentes sobre a violência.

## **7. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

O método de pesquisa para a elaboração do presente trabalho foi o dedutivo, partindo-se do geral para o particular. Constituiu-se pela busca de casos concretos para o entendimento prático daquilo que ocorre de fato em relação ao tema. Foram realizadas pesquisas em sites jurídicos, jurisprudências, leis, doutrinas.

## **8. CONCLUSÃO**

Conclui-se que nem sempre o que aparenta ser é. Podemos ver nesse trabalho que alienação parental são comportamentos e atitudes tomadas pelo pai ou pela mãe que não se conformando com o fim de um relacionamento, usam seus filhos como meio estratégicos para atingir o outro progenitor. Assim as crianças são usadas como armas de defesa, principalmente por aquele que ficou com a guarda da criança.

Num estado de revolta dado pelo fim do relacionamento conjugal, e com o psicológico totalmente abalado, não pensa nele e nem em quem está a sua volta, seu desejo é de vingar-se daquele que o ou a fez sofrer, nem que para isso tenha que usar de

artifícios para afastar a criança daquele que ela também ama. Vemos que por vezes os pais não sabem que os filhos não fazem parte da separação, e que serão sempre filhos, tendo em vista esses conflitos e atitudes de desrespeito e desconfiança, a investigação por um profissional parece ter muita eficácia.

A identificação do problema é o primeiro passo a ser dado. Para o profissional do direito, falar e divulgar o problema devem ser uma obrigação, pois, ele existe e está por toda parte, e às vezes não passa de puras invenções, mas o prejuízo é grande para a saúde mental da criança que é a mais prejudicada com toda essa situação. As demais coisas dependerão também dos familiares que possam estar envolvidos, só assim o problema pode ser solucionado.

Podemos e devemos trabalhar com leis e justiça para cuidar desse drama da chamada Alienação Parental, que foi o foco deste trabalho, o que esta em risco não é só o futuro dos filhos, filhos desse conflito já vão, para a vida com um certo grau de desordem ética quanto ao convívio social, o que está em jogo é o futuro sadio da humanidade. Ou, simplesmente o futuro da humanidade.

Esta conscientização se faz necessária para que, por exemplo a chamada Guarda Compartilhada, que entendo ser um modo de prevenção e/ou solução a Alienação Parental, não para sua totalidade falando da realidade atual, mas certamente para alguns casos, surta um efeito notável.

Complemento ainda que a guarda compartilhada não deva ser imposta pelo nosso Judiciário a todos casos, este deve sim perceber se ao caso concreto existe a possibilidade desta modalidade de guarda surtir efeito, caso contrário ela não trará resultados positivos. Posso dizer que ela é um ideal a ser atingido, mas estamos apenas começando, precisamos junto com ela de uma mistura de bom senso da humanidade.

## 9. REFERENCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei nº 11.698/08.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2106, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12592>. Acessado no dia 06/06/2015

Batista, N. (2008). **E só Carolina não viu – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. (2008).** In: Jornal do Conselho Regional de Psicologia, 5, 1-20. Recuperado em 03 fevereiro, 2014, de <http://www.crprj.org.br/publicacoes/jornal/jornal17-nilobatista.pdf>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Brasília, DF. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm) acessado em 06/06/2015

DIAS, Maria Berenice. **Incestos e alienação parental** -2.ed ver., atual. de acordo com a (Lei 12.318/2010) -São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 5: direito de família**. 18. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.02): São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Acir de Matos. **Alienação Parental: uma Violência Complexa com Efeitos Devastadores**. Disponível em: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_23916734\\_ALIENACAO\\_PARENTAL\\_UMA\\_VIOLENCIA\\_COMPLEXA\\_COM\\_EFEITOS\\_DEVASTADORES.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_23916734_ALIENACAO_PARENTAL_UMA_VIOLENCIA_COMPLEXA_COM_EFEITOS_DEVASTADORES.aspx) acessado no dia 09/03/2016.

Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

Karan, M. L. (2006). **Violência de gênero**: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. Boletim do IBCCRIM, 14(168), 6-7.

RICARTE, Olívia. **Alienação parental: quando feridas abertas se recusam a cicatrizar**; o papel do judiciário na proteção da saúde psíquica do menor. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10659](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10659) acessado no dia 09/03/2016.

Rifiotis, T. (1999). **Violência Policial e Imprensa – o caso da Favela Naval**. São Paulo em Perspectiva, 13(4), out.-dez. 1999. Recuperado em 03 fevereiro, 2014, de [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88391999000400004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88391999000400004)

Rifiotis, T. (2008). **Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a "violência conjugal" e a "violência intrafamiliar"**. Revista Katál, 11(2), 225-236.

Segata, J. (2008). **A "vítima" é a parte mais frágil da relação?** A antropologia e a violência conjugal. Recuperado em 11 fevereiro, 2014, de [http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/wp-content/uploads/2010/03/DIREITOJEAN\\_Publicado.pdf](http://www.revistadireito.unidavi.edu.br/wp-content/uploads/2010/03/DIREITOJEAN_Publicado.pdf)

## **UM ENSAIO SOBRE A CONCEPÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL E CONSTITUCIONAL À LIBERDADE**

**MARIA LETÍCIA DE BRITO FONTENELE**

### **1 INTRODUÇÃO**

A liberdade, no aspecto geral do termo, construiu-se pela sociedade, denotando ser a possibilidade de fazer tudo o que se pode e quer, desde que não atinja destrutivamente os costumes, os princípios da moral e a lei. Nesse cotejo, o presente ensaio visa explanar sobre o princípio constitucional da liberdade à luz da Constituição Federal de 1988.

Essa discussão justifica-se por ser uma questão que sempre acompanhou a sociedade, e de forma mais incisiva na Revolução Francesa. Nesse período, segundo Castro (2007), as pessoas do terceiro estado eram movidas pelo ideal burguês de também ter poder político, pois a burguesia tinha o poder de comércio, mas não de participar do política, assim, intensificou-se na mente da população a busca pela liberdade da condição de imobilidade social.

Nesse sentido, libertar-se de limites impostos pelos detentores do poder e mudar suas condições de vida seriam as mensagens deixadas por essa revolução. Tão intensa foi ela que os seus ideais impregnaram várias constituições, como a brasileira. Esse fato está explícito na Constituição de 1988, que tem um regime de liberdades e a define como a possibilidade do cidadão fazer tudo o que está disposto no ordenamento jurídico, uma vez que, essa liberdade acaba no momento em que começa a adentrar na do outro, passando a constituir abuso ou libertinagem (liberdade sem limites (NUNES, 2011)).

### **2 A CONCEPÇÃO DE LIBERDADE**

A concepção do termo liberdade ganhou maior notoriedade com a Revolução Francesa tem como fundamento os anseios da sociedade da época, a saber: alcançar liberdade, pois a sociedade estava inconformada com o sistema de exploração para manutenção daqueles que ocupavam status de poder mais elevado. Nesse sentido, seria ter independência e uma melhor condição de vida frente aquele sistema.

Para esclarecer esse conceito se faz necessário uma retomada à percepção de liberdade na antiguidade. A liberdade era pautada na participação do cidadão na discussão política, nesse sentido não vislumbrava todas as pessoas da época, mas tão somente homens livres, os outros, como escravos, mulheres, crianças, idosos, não tinham poder algum de decisão na coisa pública. Já na modernidade a liberdade ganha outro sentido,

torna-se um direito do indivíduo e um dos princípios da democracia moderna (MORE, 2007).

Verificando tal ideia já formalizada, depara-se com a discussão bem remota de vários teóricos contratualistas como Hobbes e Housseau, que explicam a criação do Estado como uma necessidade para a sociedade, pois a mesma encontrava-se em estado de guerra, já que levava-se em consideração que no estado natural a liberdade era ilimitada e todos eram donos de tudo. Assim, para a existência do Estado necessário seria que todos abdicassem de uma parte dessa liberdade para a convivência em sociedade, sendo ela limitada pelo Estado absolutista ou republicano, conforme a concepção desses autores do contrato social (COSTA, 2005).

A concepção de liberdade, já no período da revolução citada, teve um caráter popular, ou seja, a maior participação de todos aqueles que ocupavam o terceiro estado, tornando-se formalizada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão no século XVIII. A necessidade dessa Declaração de Direitos era uma forma de mostrar que a não aplicação dos direitos e a desídia de seus aplicadores causava males diversos a sociedade, assim sendo, era uma forma de lembrar as autoridades de que o povo tinha direitos assegurados devendo ser mantidos e cumpridos. Nesse sentido, levava em consideração os inúmeros direitos do homem colocando a lei acima de qualquer tipo de autoritarismo (CASTRO, 2007).

Nesse sentido, a população libertou-se de um regime onde o primeiro e o segundo estado era o poder, para submeter-se a lei, cujo objetivo estaria na possibilidade da população ter uma situação de vida melhor. A lei torna-se o primado básico sobre o qual todos devem obediência, uma vez que ela é expressão da vontade geral. Assim, as pessoas passam de uma situação de subordinação ao poder dos mais fortes, para subordinar-se à consciência coletiva (CASTRO, 2007).

A liberdade para as pessoas daquela época caracterizava-se no esforço de retirar o poder dominante, cujas riquezas eram advindas do trabalho árduo da massa populacional (98%) e na descrença de que as posições assumidas pelo primeiro e segundo estado eram dadas por Deus. Essa posição mais racional quanto ao controle do poder foi resultado das ideias iluministas, bem como do conceito de pacto social defendido por Rousseau. Títulos como Liberdade, Igualdade e Fraternidade foram tomados como princípios norteadores das constituições, sendo, portanto uma proteção do povo contra o abuso de poder (CASTRO, 2007).

### **3 AS LIBERDADES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Pela decorrência dessa revolução, assim como de outras que trouxeram os ideais iluministas, influenciaram bastante na construção do sistema político, jurídico e social no Brasil, incidindo nas suas Cartas. Verifica-se que ao decorrer de todas as constituições do Brasil, desde 1824 até a atual de 1988, esses fundamentos (liberdade, igualdade e fraternidade) estiveram atrelados ao contexto jurídico do momento histórico vivido em cada época, embora em baixa ou elevada intensidade (CARVALHO, 2010).

Após as revoluções, especialmente a francesa os títulos já mencionados tiveram que ser adotados pelas autoridades como uma forma de legitimar o poder. Assim, nota-se ao estudar essas constituições que em algumas houve a ampliação de suas normas contemplando os direitos humanos, outras já passam a restringir mais esses direitos. O certo é que, sempre houve revoltas quando da limitação da liberdade da população, e a constituição de 1988, pela grande ampliação que contempla quanto aos direitos fundamentais, ganhou legitimidade a ponto de ser reconhecida como a melhor dentre todas as outras (CARVALHO, 2010).

Essa aceitação social é fruto de um período histórico cuja liberdade era completamente limitada, as pessoas sequer a contemplavam, pela percepção dos governantes de que o povo não sabia governar. Fala-se da Constituição de 1967 do período ditatorial, que antecede a Constituição cidadã de 1988, ela foi outorgada, pois era produto do golpe militar, dava maior alargamento ao poder Executivo, e ao Exército, estabelecendo a censura nacional, isto é, ninguém poderia ser contrário ao que era estabelecido pelos militares que haviam assumido o poder, sob ameaça de pena de morte, porque configurava crime de segurança nacional, além disso, restringia também alguns direitos dos trabalhadores, como o de greve (CARVALHO, 2010).

Essa Constituição não limitava o poder político, nem garantia os direitos individuais, mas todas as pessoas deviam a ela obediência, por esse motivo e por coação, a população cumpria efetivamente o texto constitucional. Assim, sendo a ditadura militar estabeleceu de 1964 a 1968 cinco atos institucionais que apresentavam como característica comum, a ampliação do poder Executivo e a privação da liberdade do povo (CARVALHO, 2010).

O ato constitucional de número 5 (cinco) foi imposto a população, por conta das pequenas reivindicações aquele sistema de governo, com a forte presença de jovens nas ruas do país. O AI 5 estabelecia que o poder Executivo resolveria sobre todos os problemas, na tentativa de calar os manifestantes. Nesse ato, havia a permissão do presidente fechar as casas do poder Legislativo, cassar mandatos, além de suspender a garantia do habeas corpus nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional (VAINER, 2010).



Diante disso, a busca por melhor qualidade de vida e pelos direitos de liberdade após vinte anos de ditadura e de violação aos direitos humanos foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e perdura até hoje a Constituição de 1988, conhecida como constituição cidadã, porque é fruto do anseio popular e por vislumbrar uma ampliação de garantias de direitos e liberdades, dando atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, e de justiça social, como destaca também os direitos sociais, direitos dos trabalhadores, direitos políticos, consagrando o voto secreto, universal para homens, mulheres, maiores de 16 anos alfabetizados, como também para analfabetos, direito a greve, liberdade sindical, de reunião, associação, liberdade de expressão, de pensamento, enfim está repleta de garantias e de liberdades positivas e negativas do Estado (VAINER, 2010 e CARVALHO, 2010).

Conforme a própria Constituição Federal a liberdade é um direito exercido dentro dos limites dispostos em seu texto, bem como em todo o ordenamento jurídico, como, por exemplo, o “art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Essa liberdade mostra que ao mesmo tempo em que a liberdade do povo é limitada pelo estado, a liberdade de atuação do estado também é limitada por suas próprias liberdades instituídas, como a liberdade de imprensa (VAINER, 2010 e CARVALHO, 2010).

Fato esse discutido por Corrêa (2009), que declara que essa liberdade possui uma dimensão social, uma vez que o sistema político é moldado pela forma como a sociedade pensa e produz seus bens, assim entende esse autor que essa liberdade é um elemento que influencia na composição do sistema democrático. Trata-se, por ele, de uma das formas de não engessar a visão de mundo e colocar à tona as insatisfações populares.

Com relação à limitação dessa liberdade à atuação do Estado, Corrêa (2009), revela que não cabe ao Estado censurar manifestações de pensamento por simplesmente discordar daquilo que está exposto nos jornais, revistas, etc, pois a recepção positiva ou negativa de uma verdade é matéria restrita ao julgamento de homens e mulheres e não do Estado, ou seja, esse não pode censurar pelo seu bel prazer sem antes verificar qual a repercussão daquele fato social.

Nesse enfoque, configura-se a própria formação da norma jurídica, pois pela valorização de um fato é construída uma norma, com o objetivo de atender aos anseios sociais, essa é a teoria da tridimensionalidade do direito de Miguel Reale, mencionado por Gusmão (2011), cuja normatização de um fato gera também novos valores na sociedade e

consequentemente atende a liberdade de manifestação de pensamento e de informação, pois contribui para a difusão do que está sendo valorado pelo corpo social.

Por esse motivo a Constituição consagra essa liberdade como um direito coletivo, de acordo com Silva (2010), mostrando que o Estado é formado pelo povo e não o contrário, pois se assim não fosse seria um retrocesso ao que fora vivenciado na ditadura militar, que muito se aproximou do Antigo Regime.

#### **4 OS LIMITES DA LIBERDADE**

Diante do exposto, pode ser levantada uma dada questão, há uma liberdade intrínseca, condição da existência de todo e qualquer ser humano, e existe a liberdade social, construída com o intuito de haver possibilidades de o homem sobreviver. Portanto, conforme Bueno (2007) a liberdade passa a existir para o homem no momento do seu nascimento e no instante em que ele passa a escolher aquilo que lhe convém ser necessário ou não, assim, a partir das escolhas que faz é que os limites aparecem, como forma de limitar sua atuação para não prejudicar a liberdade de outrem.

A Constituição Federal de 1988 determina que o estado apenas pode ofender a liberdade da pessoa, nunca atingir a integridade física, retirar a vida, pois consagra como princípio norteador a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pode ser levantado como exemplo da interferência do Estado na liberdade do indivíduo o monitoramento eletrônico da pessoa que está em regime aberto e cumpre a pena em domicílio. Para, essa é uma liberdade vigiada, sendo concebida como um instrumento de controle e cidadania (RODRIGUES, 2012).

O encarceramento tem se tornado instrumento que não atende à dignidade humana, visto a ausência de estrutura do sistema carcerário. Uma das inúmeras consequências é a superlotação, que coloca em xeque o objetivo da pena, a saber, a ressocialização do apenado, pois na prática seria equivalente à penas cruéis, as quais foram abolidas pela Constituição. Defende que o monitoramento eletrônico é uma medida alternativa ao cárcere, para situações determinadas, ou seja, precisa ser preenchido requisitos, cuja fiscalização pode ser imposta, acrescentando que passou a ser uma medida cautelar de acordo com a lei 12.403/11 (RODRIGUES, 2012). Esse dispositivo, deu nova redação ao art. 319 do CPP (Código de Processo Penal), e tem como uma de suas principais contribuições a redução da quantidade de presos provisórios, que segundo suas estimativas é maior do que 40% de toda população carcerária do Brasil (RODRIGUES, 2012).

Destarte, a liberdade passa por várias limitações que dependem da situação do apenado, assim, mesmo a pessoa em liberdade com monitoramento eletrônico não deixa de ser uma limitação dessa liberdade, pois, a limitação da liberdade está presente na

fiscalização da mesma, por uma questão de proteção da sociedade e pela inderrogabilidade, ou seja, a certeza do cumprimento da pena (RODRIGUES, 2012).

Dentre outras limitações, tem-se a liberdade de informação, já mencionada anteriormente. As limitações estão expressas na própria Carta Magna, com isso o autor defende que não é possível liberdade sem limites, uma vez que não existiria os direitos da personalidade, se a liberdade mencionada não fosse limitada, nesse sentido os limites seriam protetores necessários para que os outros direitos possam veicular livremente. Em um feliz comentário, ainda enriquece esse entendimento, dizendo que mesmo a imprensa sendo livre para realizar a divulgação da notícia está presa aos direitos daqueles que notícia, nesse sentido, não é plenamente livre, pois, se assim fosse, violaria o Estado de Direito que concebe as liberdades (GUERRA, 2005).

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, infere-se que a liberdade não é um direito absoluto, porque se assim fosse, não existiria sequer liberdade, pois restaria em uma busca por fazer prevalecer interesses e desejos individuais sobre os da coletividade.

Nesse sentido, a atuação estatal deveria ser movida como forma de buscar o equilíbrio da sociedade quando alguém adentrasse na liberdade de outrem, retirando-a. Um dos exemplos é o Direito Penal, considerado como *“ultima ratio”*, pelo princípio constitucional penal da intervenção mínima, que deve tratar apenas dos conflitos e litígios sociais e particulares quando nenhum outro controle social ou outro ramo jurídico conseguiu resolver.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BUENO, Isaque José. **Liberdade e ética em Jean-Paul Sartre**. Dissertação de Mestrado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da PUC- RGS. 2007. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58263609/3/O-CONCEITO-DE-LIBERDADE-AO-LONGO-DA-HISTORIA>. Acessado em 06 de junho de 2022.

CASTRO. Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COSTA, Nelson Nery. **Ciência Política**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 149-151.

CORRÊA, Fernando Luís Silveira. **A liberdade de imprensa**: como limite ao poder do Estado. Revista Jurídica Consulex – ano XIII – nº 294 – 15 de abril/2009. São Paulo. ed. Consulex. p. 52-57.

GUERRA, Sidney. **Breves considerações sobre os limites à liberdade de imprensa**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. Disponível em: <http://www.fag.edu.br/professores/ymjunior/Direito%20Civil-1%20BAPer%20Dodo/2%20BABim-Direito%20a%20imprensa%20versus%20direito%20personalidade.pdf>. Acessado em 07 de junho de 2022.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 53-54.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Liberdade, igualdade e fraternidade**: o Direito Internacional e os direitos do homem. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10049/liberdade-igualdade-e-fraternidade>. Acessado em 05 de junho de 2022.

NUNES, Rossana Agostinho. **Nas sombras da libertinagem**: Francisco de Melo Franco (1757-1822) entre luzes e censura no mundo luso-brasileiro. Dissertação de mestrado em História da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2011. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/stricto/td/1456.pdf>. Acessado em 08 de junho de 2022.

RODRIGUES, Marcelo Nairon. **Liberdade vigiada**: A monitoração eletrônica como ferramenta de controle e cidadania. Revista Jurídica Consulex – ano XVI – nº 360 – 15 de janeiro/2012. São Paulo. ed. Consulex. p. 28-29.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VAINER, Bruno Zilberman. **Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – jul./dez. 2010.

Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-6/RBDC-16-161-Artigo Bruno Zilberman Vainer \(Breve Historico acerca das Constituicoes do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-6/RBDC-16-161-Artigo Bruno Zilberman Vainer (Breve Historico acerca das Constituicoes do Brasil e do Controle de Constitucionalidade Brasileiro).pdf). Acessado em 06 de junho de 2022.

## **NORMAS PROCESSUAIS COMO INSTRUMENTOS DE INTERPRETAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS E ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA DEMOCRACIA – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL.**

**ROBERTA VIEIRA GEMENTE DE CARVALHO:**

Advogada no Soares de Melo Advogados. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de ITU, MBA em Gestão Fiscal pela Trevisan Escola de Negócios, Especialização em Tributação da Economia Digital pela APET. Mestranda em Direito na PUC/SP.

**RESUMO:** O presente trabalho por objetivo o estudo do direito processual como instrumento de interpretação dos institutos jurídicos, o qual também figura como elemento estruturante da democracia e garantia fundamental de efetivação do Estado Democrático de Direito. De igual modo, pretende-se a apresentação da matriz constitucional do direito processual, identificação de suas previsões imediatas de natureza processual, além da exposição de sua obrigatória influência na interpretação e aplicação das normas processuais infraconstitucionais. Por fim, a pesquisa procura abordar os mecanismos pelos quais o direito processual funciona como instrumento de interpretação e, deste modo, seja reconhecido como elemento integrante da própria justiça e democracia.

**Palavras-chave:** Direito Processual – Estado Democrático de Direito – Elemento Estruturante.

**ABSTRACT:** The present work aims to study the procedural law as an instrument of interpretation of legal institutes, which also figure as a structuring element of democracy and fundamental guarantee of effectiveness of the Democratic State of Law. Likewise, it is intended the presentation of the constitutional matrix of procedural law, identification of its immediate predictions of procedural nature, in addition to the exposure of its mandatory influence on the interpretation and application of infra-constitutional procedural rules. Finally, the research seeks to address the mechanisms by which procedural law functions as an instrument of interpretation and, in this way, is recognized as an integral element of justice and democracy.

**Keywords:** Procedural Law - Democratic Rule of Law - Structural Element.

### **1.INTRODUÇÃO**

Nos tempos atuais é bastante evidente nos cursos jurídicos, notadamente, porque crescente, o estudo do direito processual dotado de seu caráter constitucional.

Tal postura de estudo busca compreender o direito processual em sua grandeza e essência, disseminando pontos relevantes, a exemplo de sua função para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Todavia, ainda é presente no ensino jurídico nacional a conceituação do direito processual apenas sob aspecto dicotômico – e superficial – quando confrontado com direito material.

Esta forma de exposição não permite a compreensão integral da relação dinâmica, essencial e profunda existente entre as normas de direito com natureza processual e as normas de direito de natureza material.

Neste sentido, a apresentação do direito processual imbuído da ideia de subordinação (e não complementação e materialização do direito material), consistente em mera sucessão de atos pré-ordenados para a realização ou atingimento de um direito subjetivo representado por uma norma de direito material, certamente lhe omite as mais relevantes características e funções.

Isto porque, o estudo apropriado do direito processual, mediante a observância de sua matriz constitucional, conduz à percepção de que representa um elemento indispensável de estruturação da democracia.

O direito processual representa o aspecto dinâmico do Direito, sendo responsável pela sua aplicação e, ao mesmo tempo, pela sua autoprodução, haja vista viabilizar realização no mundo fenomênico da fruição dos direitos materiais quando apresentado conflito de interesses ao Poder Judiciário.

Sob esta feita, não representa o direito processual veículo acessório ou simples mecanismo de sucessão de atos, mas um fim em si mesmo.

Justamente por lhe caber tal função indispensável dentro do ordenamento jurídico, o direito processual também é eivado pelo fenômeno da constitucionalização, cujos efeitos em sua interpretação e aplicação devem ser analiticamente estudados, a fim de que seu conteúdo seja plenamente realizado de tal modo a garantir a prestação de tutela jurisdicional justa e eficaz.

## **2.FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ACESSO À JUSTIÇA**

O artigo 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil é constituída sob a forma de Estado Democrático de Direito.



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

O Estado corresponde ao conjunto de instituições políticas e administrativas que organizam um povo, dentro de um território, atuando de modo soberano - ainda que no tempo presente, em virtude das relações internacionais, este não seja mais um elemento absoluto.

Cláudio De Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga estabeleceram conceito de Estado, destacando este tríplice aspecto:

“Uma definição abrangente de Estado seria —uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção”. (DI CICO e GONZAGA, 2007, P. 43)

O Estado de Direito é uma forma de Estado caracterizado pela regência das leis, afastando-se o direito pessoal de aplicação de direitos. Embora o Estado também se submeta ao império das leis, não há garantia da vigência da soberania popular, havendo margem para preponderância de determinados setores.

A lição de Paulo Márcio Cruz destaca os fundamentos do Estado de Direito:

“ a) O Império da Lei - (...) supõe que as decisões da autoridade sejam tomadas por conta da aplicação de regras gerais e impessoais. A lei, elaborada de forma despersonalizada, é quem habilita as autoridades para atuarem, ao mesmo tempo em que limita seu âmbito de ação; b) Controle da autoridade - A submissão à lei não depende da vontade daqueles que estão no poder. A existência de diversos centros de poder, em virtude do princípio da separação dos poderes possibilita um controle recíproco entre eles. (...); c) Direitos do homem e do cidadão - Como traço material do Estado de direito, destaca-se a existência de alguns princípios que devem ser obedecidos quando da criação das leis e do exercício da autoridade pública. Estes princípios se resumem, fundamentalmente, no respeito

aos direitos do homem e do cidadão, considerados inalienáveis.”  
(CRUZ, 2001, p. 213)

Já o Estado Democrático de Direito pode ser entendido como forma de Estado no qual vigora o império das leis, porém considerando a vontade geral. O professor Edgard Leite afirma que no “Estado Democrático de Direito, as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana”.

Sobre o disposto no art. 1º da Constituição Federal, o professor Miguel Reale faz o seguinte comentário:

“Os que leram a Constituição de 1988, ou tiveram notícia certa dela, sabem que a Assembleia Nacional Constituinte abandonou a tradicional expressão Estado de Direito, optando pela designação Estado Democrático de Direito. Cabe, por conseguinte, indagar, preliminarmente, da razão pela qual se julgou necessário acrescentar o adjetivo “Democrático” ao termo “Estado de Direito”, consagrado pelas demais constituições. Pela leitura dos Anais da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos. Poder-se-á acrescentar que, o adjetivo “Democrático” pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. “Estado Democrático de Direito”, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a “Estado de Direito e de Justiça Social”. A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988 (...)”.16(REALE, 1999, p. 115)

No Brasil, os fundamentos do Estado Democrático de Direito são encontrados no artigo 3º da Constituição Federal: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Ademais, é fundamento do Estado Democrático de Direito o Princípio Democrático e o Princípio da Separação de Poderes, que na Constituição Federal de 1988 são trazidos nos artigos 1º e 2º.

Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes indicam que os princípios do Estado Democrático de Direito seriam:

“A - Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B - Organização democrática da sociedade; C - Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D - Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E - Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F - Divisão de Poderes ou de Funções; G - Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H - Segurança e certeza jurídicas”. (STRECK e BOLZAN, 2004, p. 93)

Conforme os entendimentos acima expostos, é pertinente a conclusão de que no Estado Democrático de Direito equilibra a “vontade popular” x “a garantia de direitos fundamentais dos indivíduos”, os quais se mantêm intangíveis diante desta própria configuração de Estado.

E, justamente, a atribuição para a garantia do equilíbrio entre a vontade popular e os direitos dos indivíduos cabe ao Poder Judiciário, tornando o acesso à Justiça garantia fundamental para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito.

É importante evidenciar que o acesso à justiça não se constitui apenas na possibilidade de aproximação formal ao Poder Judiciário, mas representa a garantia de concessão de aparatos materiais, instrumentais e processuais para que a justiça possa ser concretizada.

“Nessa perspectiva, a expressão acesso à justiça engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do

ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforca o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas também proporcionar a realização da justiça aos cidadãos”.( CICHOCKI, 1999. p. 61)

A garantia de acesso à justiça é forma primária de garantir que o Estado permaneça sob a escoreita observância do ordenamento jurídico.

Uma via de acesso à justiça é o exercício do direito de ação perante o Poder Judiciário, o qual se desenvolverá através de procedimentos oriundo de legislação competente, cuja matriz é constitucional, e destinada a oportunizar resultado jurisdicional justo e em total acordo e harmonia com todos os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Desta relação entre acesso à justiça, Poder Judiciário, tutela jurisdicional justa e efetiva decorre a assertiva de que o processo é instrumento de interpretação de institutos jurídicos, cuja função primordial é para assegurar a concretização dos direitos e garantias constitucionais.

### **3.O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO. PRINCÍPIOS E REGRAS EM DIREITO CONSTITUCIONAL. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO**

O fenômeno da constitucionalização não comporta único significado.

Partindo desta premissa, é importante recordar que uma Constituição representa a norma fundamental de um povo e, nesta direção, traduz não apenas os anseios, mas também é seu reflexo. Neste mesmo sentido, cabe dizer que uma constituição representa a normatização da proposta política e social de uma nação e, por tal razão, albergará os elementos mais preciosos para o desenvolvimento positivo do grupamento que a ela se submeterá.

Sob esta visão, a constitucionalização de um direito implica na incorporação formal pelo texto constitucional de um dado tema.

Ainda, o fenômeno da constitucionalização do direito, o Ministro Luis Roberto Barroso afirma que o mesmo, *“está associado a movimento expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico.”* (BARROSO, 2005)

Tem-se aqui a ideia de ordenamento jurídico constitucionalizado, de tal modo que os valores, comportamentos, princípios e regras da constituição condicionam o sentido e validade de todo o sistema jurídico, repercutindo, inclusive, na atuação dos Poderes do Estado.

O Direito Alemão apontou a orientação para a constitucionalização do direito, por meio da premissa de que os direitos fundamentais, além da feição subjetiva, guardam o relevante papel de instituir ordem objetiva de valores, os quais refletem na interpretação e aplicação das demais normas da ordem jurídica.

Primeiro precedente notório foi o julgamento do caso Lüth, de 18.01.1958, por meio do qual o Tribunal Constitucional Alemão interpretou legislação ordinária conforme a Constituição.

Pesquisa sobre o tema retornou tradução da ementa do referido julgamento, por meio da qual restam extremamente claras as premissas de que os direitos fundamentais se expressam imediatamente em todas as normas de um ordenamento jurídico e que sua defesa implica na defesa da própria decisão fundamental constitucional.

"1. Os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de defesa do cidadão contra o Estado; na determinação dos direitos fundamentais da Lei Fundamental corporifica-se uma ordem axiológica objetiva, que vale para todas as áreas do direito como uma decisão fundamental constitucional.

2. No direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais se desenvolvem indiretamente através das normas jusprivadas. Ele toma principalmente determinações de caráter obrigatório e é realizável para o juiz principalmente por meio das cláusulas gerais.

3. O juiz cível pode violar os direitos fundamentais através da sentença (§ 90 BVerfGG) quando ele desconhece a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil. O Tribunal Constitucional examina nas decisões cíveis apenas a questão da violação dos direitos fundamentais, não em geral um erro jurídico.

4. Também normas civis podem ser consideradas "leis gerais" no sentido do art. 5, inc. 2 da Lei Fundamental e, dessa forma, restringir o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

5. As "leis gerais" precisam ser interpretadas à luz do significado especial do direito fundamental à livre manifestação da opinião para um Estado livre e democrático.

6. O direito fundamental do art. 5 da GG tutela não apenas a exteriorização da opinião em si, mas também o efeito espiritual através da manifestação do pensamento.

7. A manifestação da opinião, que contém uma exortação ao boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 BGB; ela pode ser justificada, na ponderação de todas as circunstâncias do caso, através da liberdade de manifestação de opinião."<sup>17</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, trata imediatamente de temas até então afetos ao direito infraconstitucional (sobreposição) estabelecendo ampla jurisdição constitucional. Porém, seus efeitos são mais amplos, irradiando-se na interpretação do ordenamento, a qual deve ocorrer em termos constitucionais, diretos ou indiretos.

A interpretação pela via constitucional será direta quando constar da Lei Maior previsão imediata acerca de um tema, como por exemplo, o exercício do direito de greve garantido no artigo 9º.

Contudo, será indireta a interpretação do ordenamento na hipótese de norma infraconstitucional não constar assento imediato na Constituição Federal, mas nela se fundar. Aqui deve haver a verificação de compatibilidade e aplicação coincidente com os fins constitucionais.

Tal fenômeno de constitucionalização também abrangeu as normas tidas como processuais, cujo objetos versam sobre garantias de proteção e efetivação de direitos materiais.

Na Constituição Brasileira são muitos os dispositivos - normas e princípios - sobre a matéria. A título de exemplo são mencionados a duração razoável do processo, o devido processo legal, julgamento por juiz natural etc.

O Código de Processo Civil de 2015, logo em seu artigo 1º, positiva a constitucionalização do processo.

---

<sup>17</sup> <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/313983/decisoes-historicas--o-caso-luth-e-a-eficacia-horizontal-dos-direitos-fundamentais>.



Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Pelo exposto, o processo de constitucionalização das normas de direito processual é concretizado por meio de fases.

A primeira consistiria na compreensão das normas processuais como garantias contra abusos advindos do Estado e a segunda, traduzida na necessidade de se interpretar as normas processuais e o próprio processo a partir dos direitos fundamentais.

Sob esta ótica, o processo (e as normas processuais) é instrumento de realização e efetivação da própria Constituição Federal. Tal função se torna tão relevante para a sustentação do Estado Democrático de Direito que a principiologia constitucional, imperativamente, deve ser observada no momento de elaboração de tais normas, não se restringindo aos momentos posteriores de interpretação e aplicação.

O processo não mais é visto e realizado como um instrumento formal. Pelo contrário, este se constitui em essencial mecanismo de construção da Justiça no caso concreto.

Em paralelo à necessidade de aplicação das normas processuais conforme a Constituição Federal, nos faz sentido apontar a percepção de que o Código de Processo Civil positive a constitucionalização, mas exponha limite para sua ocorrência, também como medida de garantia de segurança jurídica.

O que se pretende dizer é que no fenômeno da constitucionalização do processo há a necessidade de cautela, aplicando-se com mais atenção e detalhe a ponderação entre princípios e valores, evitando-se a rotina do afastamento de normas processuais infraconstitucionais por diretrizes imediatamente constitucionais, por se entender que o excesso pode causar a desestabilização do ordenamento jurídico, do sistema da tripartição de poderes e do próprio Estado Democrático de Direito.

#### **4.A ATIVIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA**

Como é de notório conhecimento, o Direito positivado é composto por uma vasta gama de legislações, as quais se relacionam por critérios temporais, hierárquicos e de especialidade, cuja finalidade é a regulação das mais variadas relações existentes na sociedade.

Todavia, este complexo sistema legislativo é construído a partir de normas gerais e abstratas, as quais deverão se adequar (para então regular) uma situação fática, dotada de individualidade e concretude.

Para que ocorra a incidência da norma geral e abstrata ao caso concreto e, por conseguinte, promover a pacificação da relação em debate, faz-se necessária a interpretação das normas jurídicas.

Assim, é possível argumentar no sentido de que o ato de interpretar uma norma jurídica tem por objetivo identificar seu conteúdo (atribuir sentido), sua relação de adequação ao caso concreto a fim de garantir a proteção ou satisfação do direito amparado pelo Direito.

Pode-se dizer ainda que a interpretação da norma jurídica tem como finalidade última a garantia da eficácia do ordenamento jurídico.

A esse teor, tem-se a lição de Carlos Maximiliano:

“As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2002, p.1).

Ainda, leciona Paulo Bonavides que a interpretação é uma:

[...] “operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa” (BONAVIDES, 2006, p. 437).

Assevera-se, portanto, que o ato de interpretação da norma jurídica pode ser entendido como aquele destinado a identificar seu sentido e determinar seu alcance, a partir de métodos racionais de hermenêutica.

## **5. O PROCESSO COM INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS**

A vista do anteriormente expressado, o Direito organiza e regulamenta, de modo cogente, a vida em sociedade, buscando a manutenção da harmonia de seus integrantes e almejando seu progresso.

Inobstante, em por muitas vezes este conjunto regulamentar é desrespeitado, gerando conflitos não resolvidos voluntariamente entre os envolvidos, tornando necessária a intervenção o Estado, em sua figura de juiz, para que a vontade contida na norma seja legitimamente expressada e, por tal ação, resolvido o conflito e retornada a paz das relações sociais.

Nesse diapasão, louvável é a lição do Ministro Luiz Fux:

“O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto” (FUX, 2004, p. 41).

Consoante indicado nos tópicos anteriores, o direito processual é instrumento de interpretação de institutos jurídicos, figurando como meio de essencial garantia para a realização do direito material.

Por meio do desenvolvimento do processo judicial é que o Estado-juiz poderá exercitar a atividade de interpretação das normas jurídicas, concretizar o direito material e, subsequentemente, realizar os institutos jurídicos conforme a vontade constitucional.

Revelando o fundamental encargo do direito processual para o Direito e, subsequentemente para concretização do Estado Democrático de Direito, são as lições de Luiz Guilherme Marinoni e outros.

“O direito processual também atribui primariamente bens jurídicos a determinados entes. Diferentemente do direito material, porém, a sua missão está em disciplinar as diferentes iterações sociais que podem ocorrer num ambiente específico – o processo. Diante de uma ameaça de crise ou de uma efetiva crise de colaboração para a realização do direito material, o direito processual entra em cena para viabilizar a tutela do direito material, garantindo o seu atendimento.” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2022, p. 28/29.)

Nesta diretriz, o artigo 5º da Constituição Federal no inciso XXXV (acesso ao Poder Judiciário), inciso LIV (devido processo legal), inciso LV (contraditório e ampla defesa), inciso LVI (vedação a provas processuais ilícitas), confere de modo primário direitos aos litigantes, os quais são representativos de bens jurídicos.

Por tais incisos são conferidos direitos imediatos aos litigantes, os quais podem ser representados pelo bem jurídico traduzido em processo justo, regular, amplo, lícito.

Mister apontar que desta concessão de direitos também decorre a relação interfuncional entre direito processual e material, haja vista que os primeiros igualmente funcionarão como mecanismos para a tutela de outros bem jurídicos, objetos imediatos de processo.

Por tais perspectivas, o direito processual e a relação jurídica processual não podem se realizar de modo tão automatizado, a ponto de olvidar a realidade dos sujeitos envolvidos.

Isto porque o processo é instrumento pelo qual o Estado promove seu dever de prestar tutela a direitos.

Com efeito, o mister ocorre por meio da aplicação de previsões de natureza processual expressas no texto constitucional e pela interpretação do sistema normativo processual conforme os preceitos da norma fundamental.

O Código de Processo Civil de 2015, afeto ao neoconstitucionalismo (aqui tomado como a influência imediata da CF nos demais ramos do Direito), acolhe o pensamento de que suas normas além de regulamentarem um fluxo de atos processuais, guardam função de interpretação e garantia do sistema

Deste modo, a menção constante em seu artigo 1º, expressa vinculação do sistema processual com a Constituição Federal, normatizando-o como um vetor de interpretação.

Cabe também mencionar que a expressão contida no artigo 1º do Código de Processo Civil traduz um grande movimento legislativo, pelo qual se reflete que a aplicação das normas no mecanismo de construção do direito é resultado da compreensão da necessidade de direcionar o processo para resultados substancialmente justos, superando o exagerado tecnicismo reinante até então, o que deu origem ao período de instrumentalismo do processo.

Este aprofundamento na compreensão do processo ocorre ante a conscientização de que o processo é instrumento de implementação de direitos.

Tendo em vista a configuração do processo como um instrumento de realização do direito e não apenas um instrumento de jurisdição é oportuna a apresentação da ideia da CF também como norma de natureza processual.

“ (...) tem-se que, de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma Constituição seria o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas “por natureza” constitucionais como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais se reveste de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera aqui de direito material, já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política. Por outro lado, não se pode deixar de considerar tipicamente constitucional a fixação de certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais, onde se vai encontrar a orientação para saber o que se objetiva atingir com a organização delineada nas normas de procedimento.” (GUERRA FILHO e CARNIO, 2017)

A transcrição introduz conceito muito interessante de que a própria Constituição Federal é norma de natureza processual, haja vista servir como fundamento para a orientação de todo o ordenamento - determinando como se organizam e se estabelecem procedimentos.

Deste modo, a Constituição Federal seria um pacto político, social e guardaria o cunho processual.

Tal visão é bastante interessante, pois embora seja conhecida a presença de garantias na Constituição Federal, esta é eminentemente compreendida como uma norma eminentemente de direito material.

Como o direito processual é efetivamente instrumento de interpretação de institutos?

Esta função nobremente atribuída do direito processual ocorre por meio da influência ativa das previsões constitucionais - regras e princípios - no desenvolvimento do procedimento judicial e na resposta oferecida pelo Poder Judiciário.

Exemplo prático da utilização do direito processual como instrumento de interpretação de institutos jurídicos ocorreu no julgamento da Medida Cautelar Incidental à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45.

Neste caso houve a apreciação do instituto da "reserva do possível", reconhecendo e o Ministro Celso de Melo que a análise desta alegação deve ocorrer dentro das balizas processuais, e a impossibilidade orçamentária e financeira consiste em argumento que deve ser comprovado de modo objetivo nos autos.

Tal decisão é a expressão do devido processo legal.

EMENTA: 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).

(...)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos,



sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>18</sup>

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 764.085, também analisando a questão da reserva do possível, materializou a regra do devido processo legal como instrumento de interpretação normativo, afastando a alegação genérica por parte do Poder Público.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRETENSÃO RESISTIDA. INTERESSE DE AGIR. CONTRATO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (TV A CABO). LESÃO A DIREITOS DOS USUÁRIOS. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. VINCULAÇÃO À FINALIDADE LEGAL. RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO.

1. Os fatos consignados pelo acórdão recorrido, noticiam que a ré resistiu à pretensão do autor da ação civil pública, motivo pelo qual,

---

<sup>18</sup> Informativo STF - 26 a 30 de abril de 2004- Nº345.

não há que se falar em ausência do interesse de agir do Ministério Público.

2. Nos termos do art. 19 da Lei. n. 9.472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização.

3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora.

4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior.

Recurso especial improvido.<sup>19</sup>

Estes dois julgamentos exemplificam a proteção e garantia de efetividade a direitos fundamentais a partir da aplicação de normas de natureza processual.

Com isto é autorizada a afirmação de que por meio das balizas estabelecidas pelo direito processual constitucional, são construídos processos judiciais legítimos, afastando-se a subjetividade, arbítrio, privilégios e omissões, notadamente por parte dos Poderes Públicos.

Calmon de Passos aponta a consequência do afastamento ou enfraquecimento das normas de processo constitucional para interpretação dos institutos jurídicos.

---

<sup>19</sup> Recurso Especial nº 764085 – Relator Humberto Martins – Segunda Turma – DJE 10.12.2009 – Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) – Acesso em 18.06.2022, 16h51.

“Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados” . E completa: “(...) se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar” . (Passos, 2000, p. 70)

Ante o exposto, as normas de direito processual, quer previstas imediatamente no bojo da Constituição Federal, quer previstas no ordenamento infraconstitucional, no Estado Democrático de Direito representem muito mais do que um complexo de atos coordenados para aplicação da lei, mas deve ser entendido como elemento de estruturação da própria democracia.

## **6.CONCLUSÃO**

O presente trabalho escolheu por objeto de estudo o direito processual como instrumento de interpretação de institutos jurídicos, buscando elucidar seu papel de relevância na interpretação e aplicação do Direito.

Por meio dos argumentos expostos do texto, entendeu-se pela possibilidade de constatação de que o direito processual possui incontestável matriz constitucional, detendo papel primordial para concretização do Estado Democrático de Direito.

Tal posição justifica-se pela circunstância de funcionar o direito processual como como ferramenta de efetivação dos direitos e garantias deferidos em toda a extensão do ordenamento jurídico, especialmente pela Constituição Federal.

Como dito alhures, é por meio da aplicação esmerada das normas de direito processual que as relações entre membros da sociedade, quando apresentadas à definição pelo Poder Judiciário, podem ser resolvidas em conformidade com a legítima vontade do Estado (e por tal via da própria sociedade), expressada no direito positivado.

O processo é meio de transformação da sociedade, pois sua condução e forma de aplicação reflete diretrizes constitucionais, culminando com norma individual e concreta que refletirá os valores hodiernamente vigentes.

Implica ainda afirmar que o direito processual representa o Direito em movimento, construindo-o em cada momento histórico por meio da técnica de interpretação adotada.

Houve ainda a demonstração de que o Estado Democrático de Direito adota o processo como meio para garantir direitos fundamentais, o que se dará por meio da prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva e não apenas formal.

Pelo exposto, considerando o direito processual (e o processo em si considerado) como instrumento essencial do Estado Democrático de Direito, igualmente se entende que ele é garantia de acesso ao Estado. Por meio de prestação jurisdicional justa, efetiva e rápida, os sujeitos de direito têm garantida as prestações à que o Estado se obriga pela ordem constitucional.

Por fim, entende-se oportuno recordar que Constituição Federal é uma conjunção de forças e poderes, cuja revelação da democracia depende da manifestação equilibrada destes. E deste modo, ainda que o Poder Judiciário receba da Constituição Federal a atribuição da interpretação do Direito, a fim de salvaguardar sua vontade, para que se evite qualquer mácula ao processo democrático, é muito importante o fortalecimento do debate institucional, para atuação colaborativa entre os Poderes, a fim de que respeitado o sistema de freios e contrapesos, e protegida a aplicação e efetividade constitucional.

## **BIBLIOGRAFIA**

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª edição - 2ª tiragem, Brasil: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord). Constituição e Processo: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Teoria Geral do Estado e Ciência Política. São Paulo: RT. 2007.

CICHOCKI, José Neto. Limitações ao acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do direito constitucional. 1ª ed. Livraria do Advogado. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. Teoria geral do processo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2020.

FUX, L. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Teoria processual da Constituição. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição, 6ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Processo Constitucional e Democracia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil – 7ª edição revista e atualizada. Vol1. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Passos, Calmon. JJ. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2000. PENIDO, Flávia Ávila e GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. O Processo Constitucional Como Controle de Legitimidade Democrática das Decisões Jurisdicionais. In, Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 2:301-324, jul/dez. 2015.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Bushatsky-Editora da Universidade de São Paulo, 1973

\_\_\_\_\_. O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias. 2. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência política e teoria geral do estado. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público - 4ª edição - 4ª tiragem, Brasil: Malheiros, 2003

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.



## **PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS: (IN) EFICÁCIA DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19**

**GLÁUCIA BARBOSA DE SOUZA:**

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNIBH.

AGHISAN XAVIER FERREIRA PINTO

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo discutir a prisão civil do devedor de alimentos, mormente no que se refere ao período de emergência no país, ante a declaração da situação de pandemia do Covid-19, a fim de analisar se as medidas adotadas para prevenção à infecção e à propagação do novo vírus retiraram os efeitos e a eficácia da ação de execução de alimentos pelo rito de prisão. Para tanto, serão apresentadas concepções sobre o conceito de alimentos, os sujeitos da relação jurídica e as suas mais relevantes características. Além disso, serão aclarados aspectos processuais relativos a execução de alimentos pelo rito de prisão, previstos nos Códigos de Processo Civil anterior e atual, Lei nº 5.869 de 1973 e Lei nº 13.105 de 2015, respectivamente. Por fim, a metodologia utilizada será analítico-conceitual para alcançar a finalidade almejada, qual seja, a eficácia da prisão do devedor de alimentos na sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Alimento. Prisão Civil. Devedor. Credor. Eficácia. Rito de Prisão.

**ABSTRACT:** This legal article aims to discuss the civil arrest of the alimony debtor, especially with regard to the emergency period in the country, before the declaration of the Covid-19 pandemic situation, in order to analyze whether the measures adopted to prevent to the infection and propagation of the new virus removed the effects and the effectiveness of the action of execution of food for the rite of arrest. For that, conceptions about the concept of alimony, the subjects of the legal relationship and its most relevant characteristics will be presented. In addition, procedural aspects related to the execution of alimony by the prison rite, provided for in the previous and current civil procedure code, will be clarified. Finally, it will deal with the effectiveness of the imprisonment of the alimony debtor in society.

**Keywords:** Food. Civil prison. Debtor; Creditor; Effectiveness; Prison rite.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como escopo discutir o aumento da ineficácia da execução de alimentos pelo rito da prisão, durante a pandemia do Covid-19<sup>20</sup>, ante a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>21</sup>, que sugeriu aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo vírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Dentre tais recomendações, no que se refere aos magistrados com competência cível, sugeriu que considerassem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia.

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, na inteligência do art. 5º, inciso LXVII, prevê duas circunstâncias para a decretação da prisão civil, sendo elas: o inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar, que se dá por meio da execução de alimentos, e a do depositário infiel. Todavia, no que concerne a esta última, o Supremo Tribunal Federal – STF, mediante a Súmula Vinculante nº 25<sup>22</sup>, entendeu pela ilicitude da prisão civil do depositário infiel, em qualquer que seja a modalidade do depósito. Dessa maneira, o único caso de prisão civil ocorrerá na hipótese de inadimplência alimentar.

Nesse sentido, é necessário destacar que a expressão alimentos consiste em um universo de múltiplos valores, que qualificam uma prestação determinada entre credor, denominado alimentado, e o devedor, denominado alimentante, cujo objetivo é conceder à pessoa que dela necessita uma vida digna e adequada. Para tanto, a fixação da prestação alimentícia deve respeitar o binômio necessidade e possibilidade, acrescentando, parte da doutrina, como, por exemplo, Maria Berenice (2017) e Caio Mário (2018), a proporcionalidade.

Salienta-se que no momento de fixação dos alimentos deve-se respeitar as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante, e, principalmente, em relação aos menores, devem ser assegurados, não só a subsistência digna, mas, também, o necessário para suprir, no mínimo, a metade de suas necessidades.

Com isso, pode-se dizer que o direito a alimentos assume caráter de ordem pública, havendo, portanto, predominância do interesse social na proteção e preservação da vida e da família, os quais são fixados de forma compatível com cada condição social, não

---

<sup>20</sup> Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), declarou no dia 11 de março de 2020 que a organização elevou o estado da contaminação à pandemia de Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2).

<sup>21</sup> CNJ, Recomendação nº 62, Presidente – Ministro Dias Toffoli, 17 de março de 2020. (Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.)

<sup>22</sup> STF, Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

podendo converter-se em gravame insuportável ao alimentante, nem mesmo em enriquecimento ilícito do alimentado.

É mister destacar que a obrigação alimentícia encontra previsão na CRFB/88, bem como em diversos artigos do ordenamento jurídico brasileiro, tais como: os artigos 227 e 229, ambos da CRFB/88, ao prever o dever da família, sociedade e Estado em assegurar o direito à alimentação, como a obrigação dos pais em ajudar os filhos; nos artigos 1.694 ao 1.710, do Código Civil de 2002 – CC, subtítulo que dispõem apenas sobre os alimentos; nos artigos 732 ao 735, do Código de Processo Civil de 2015 - CPC; no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, em seu artigo 22, bem como na Lei nº 5.478, de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências.

Nesse diapasão, constata-se que o sistema normativo brasileiro atribui grande importância ao direito a alimentos, a ponto de estipular, em lei, a possibilidade de privação da liberdade daquele que os deve, mediante sua prisão, como forma de coagi-lo a dar cumprimento às suas obrigações.

Sabe-se que nas ações de execução de alimentos pelo rito da prisão, a coercitividade, mediante a possível expedição de mandado de prisão em regime fechado, é, atualmente, a mais eficaz medida existente para a satisfação da obrigação alimentar, eis que muitos genitores somente pagam os alimentos por receio de serem privados de sua liberdade. Assim, o tema-problema da pesquisa pode ser expresso na seguinte pergunta: A partir do momento que a prisão civil referente ao inadimplemento da obrigação alimentar não pode ser mais decretada, em razão da pandemia do Covid-19, qual a eficácia do rito de prisão civil no arcabouço jurídico?

Dessa maneira, o trabalho tem como objetivo geral analisar a eficácia da execução de alimentos pelo rito de prisão, no plano prático, no contexto da pandemia do Covid-19, momento em que os magistrados foram orientados a adotar a prisão domiciliar.

Para tanto foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar a ação de alimentos, mormente no que se refere ao rito de prisão, no sistema processual vigente; analisar a recomendação do CNJ para a prisão domiciliar nos casos de inadimplência alimentar; verificar a eficácia dessa recomendação diante da controvérsia apresentada; propor adaptações para o presente caso.

Parte-se das hipóteses de que muitos genitores somente pagam seus débitos alimentares quando estão ameaçados da privação de sua liberdade, bem como a execução de alimentos pelo rito da prisão perde toda a sua eficácia em consequência da impossibilidade de prisão em regime fechado. Por fim, que a prisão domiciliar para devedor

de pensão alimentícia é capaz de incentivar, ainda mais, o inadimplemento, partindo da premissa de que a prisão civil, atualmente, é a medida coercitiva que melhor garante a satisfação do débito alimentar, o que será mais bem desenvolvido no decorrer do artigo.

Assim, o presente estudo demonstra sua relevância social no recente cenário brasileiro, que somente há pouco tempo retornou com as prisões em regime fechado por dívida alimentícia.

Por fim, a pesquisa, no que concerne à abordagem, será analítico-conceitual, tratando-se de estudo baseado em informações extraídos de teorias jurídicas, da jurisprudência, de artigos científicos, bem como da legislação vigente acerca do tema. Para alcançar a finalidade almejada, será realizado levantamento bibliográfico sobre a execução de alimentos e sua inadimplência no período da pandemia.

## **2 A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO BRASIL**

A obrigação alimentícia encontra previsão expressa em diversos artigos do ordenamento jurídico brasileiro, sendo clara a preocupação do legislador em atribuir a determinadas pessoas a responsabilidade de garantir a sobrevivência e o desenvolvimento de outro indivíduo. Para tanto, existem diversos fatores que podem fazer com que uma pessoa seja compelida ao pagamento de tal prestação, como, por exemplo, a incapacidade civil, a idade, o fato de ser impedido ou não de desempenhar alguma profissão, problemas patológicos, entre outros.

Todavia, no Código Civil, não há nenhum conceito que possa definir a expressão alimentos, o que fez com que vários doutrinadores desenvolvessem concepções próprias sobre o que são os alimentos.

A princípio, é necessário destacar que o substantivo alimento deriva do latim *alimentum*, *i*, que significa sustento, alimento, manutenção, subsistência, do verbo *alo, is, ui, itum, erê* (alimentar, nutrir, desenvolver, aumentar, animar, fomentar, manter, sustentar, favorecer, tratar bem).

Lado outro, no âmbito jurídico, a palavra alimentos não é utilizada simplesmente para se referir às substâncias que têm por finalidade alimentar ou nutrir o ser vivo, possuindo um sentido mais amplo. Para Orlando Gomes:

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades,

compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada. (1999, p. 427)

O conceito trazido pelo jurista supracitado demonstra que os alimentos têm o condão de proporcionar ao alimentado cuidados que são imprescindíveis ao seu sustento, de forma adequada e digna, garantindo que não lhe falte nada essencial ao dia a dia, como, por exemplo: alimentação, habitação, vestuário, educação, assistência médica, cultura, lazer e valores morais da vida em sociedade.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, explica o professor Yussef Said Cahali, que os alimentos não se limitam apenas ao que é necessário para a subsistência do indivíduo, mas englobam o que é preciso para que o alimentado mantenha seu anterior padrão de vida.

Nesse sentido, dispõe o autor: “constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à sua subsistência, à conservação da vida tanto física como moral e social do indivíduo.” (2002, p.03)

Assim complementa Maria Berenice:

Os alimentos não se vocacionam apenas à manutenção física da pessoa. A desnecessidade da miserabilidade, indigência, de quem recebe alimentos, agasalha os princípios constitucionais, reconhecendo a ampla dimensão do conceito de dignidade humana. Assim, deve-se compreender o conceito de necessidade a partir dos caminhos sinalizados pela ideia de dignidade humana, emanada na Lei Maior. (2017, p. 01).

Demonstradas as concepções de tais doutrinadores sobre o conceito de alimentos, é importante dizer que a obrigação de prestar alimentos é imputada aos parentes e visa atender às necessidades vitais do alimentado dentro da perspectiva principiológica da dignidade humana, conforme assegurado pelo art. 1.694, do CC, “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Dessa maneira, têm direito a esse benefício o filho, o pai, os avós, o ex-cônjuge de casamento ou união estável, desde que comprovada a necessidade dos alimentos, cessando a obrigação no momento que o alimentado passe a ter condições de se manter financeiramente sem o sustento de outro. Em contrapartida, no caso dos descendentes, a

obrigação será devida até completarem a maioridade, ou seja, 18 (dezoito) anos, sujeito ao contraditório judicial para cancelamento, conforme prevê a Súmula 358<sup>23</sup> do Superior Tribunal de Justiça – STJ, ou enquanto permanecerem na condição de estudantes, até o limite de 24 (vinte e quatro) anos, também devendo ser comprovada a necessidade de recebimento das prestações, nos termos do art. 1.694 do CC.

A relação obrigacional alimentar é de natureza *intuito personae*, isto é, destinada exclusivamente ao alimentado, como direito pessoal, não podendo ser repassada para outrem, como se fosse negócio ou fato jurídico, porque essa obrigação possui características próprias, que serão abordadas a seguir.

Tem-se, como primeira característica, a irrenunciabilidade dos alimentos, prevista no art. 1.707 do CC, eis que a norma determina ser irrenunciável o direito a alimentos, admitindo-se, apenas, que o alimentado não exerça o seu direito, permanecendo a possibilidade de deles reivindicar quando necessitar. Logo, pode-se renunciar ao exercício, não ao direito.

Nesse diapasão, explicam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona sobre a irrenunciabilidade dos alimentos:

Não se confunde a falta de exercício do direito com a renúncia aos alimentos, regra que já existia desde a codificação civil anterior (art. 404, CC-16). Assim, mesmo que, durante algum tempo, o indivíduo não tenha exercitado tal direito, nada impede que ele venha a juízo, a posteriori, reclamar tal prestação, não se configurando renúncia tácita o silêncio por algum tempo. Se esses alimentos decorrentes de parentesco são, sem dúvida, absolutamente irrenunciáveis, registre-se que há, porém, posicionamento jurisprudencial mais recente que admite a validade da renúncia no caso de cônjuges, notadamente em acordo judicial. (2014, p. 772)

No que tange a imprescritibilidade, pode-se dizer que o direito de pedir os alimentos não se perde com o decurso do tempo, ou seja, o direito é imprescritível e pode ser requerido a qualquer tempo por quem dele necessitar, inclusive, nos casos em que o alimentado nunca tenha exercido seu direito, porquanto ele não se extingue pela falta de exercício.

Contudo, é importante ressaltar que, embora a garantia de prestar alimentos não seja atingida pela prescrição, a pretensão para haver prestações alimentares prescreve em

---

<sup>23</sup> STJ, Súmula nº 358: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.



dois anos, a partir da data em que vencerem, conforme preceitua o art. 206, §2º, do CC. Explica Fábio Tartuce sobre o prazo prescricional:

Mais uma regra referente à prescrição da pretensão deve ser lembrada. Se o pai ou a mãe forem os devedores dos alimentos, a prescrição não começa a correr quando o filho se torna relativamente capaz (aos 16 anos), porque, por expressa disposição de lei, a prescrição não corre entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (art. 197, inc. II, do CC). Em suma, em casos tais, a prescrição de dois anos só se inicia, em regra, quando o menor se tornar capaz aos 18 anos, salvo as hipóteses de emancipação. (2020, p. 2.087)

No que se refere a incompensabilidade, a verba alimentícia possui finalidade essencialmente alimentar, não sendo permitido a compensação com outros valores. Portanto, o alimentante deve pagar integralmente o valor fixado em decisão provisória ou sentença, sendo incabível a compensação com outros créditos ou dívidas do alimentado que não foram pagas. Por exemplo, se um filho tem dívida com o pai, que lhe paga prestação alimentar, ele **não pode** “abater” a dívida do valor pago dos alimentos, porquanto seria uma compensação, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Segundo a tradição doutrinária e jurisprudencial, a obrigação alimentar também é irrepitível, eis que os alimentos pagos não podem ser devolvidos. Nesse sentido, pode-se entender que caso a decisão judicial que determinou o pagamento dos alimentos seja cassada, houver minoração do valor, ou, por algum motivo, não justifique mais sua prestação, não há possibilidade de devolução do que já foi pago. A irrepitibilidade é justificada pela própria natureza da obrigação, visto que os alimentos são destinados à subsistência do alimentado, para o seu consumo, e, uma vez utilizados, não há como restituí-los.

É mister destacar que, entre as características abordadas, a obrigação alimentar possui outras, como, por exemplo, sua intransmissibilidade, reciprocidade, impenhorabilidade, variabilidade e periodicidade, não abordadas no presente estudo.

Demonstradas as concepções acerca do conceito de alimentos, sua natureza jurídica e características, é necessário abordar os pressupostos para seu deferimento e fixação, sendo eles: necessidade e possibilidade, acrescentado, parte da doutrina, a proporcionalidade.

A necessidade e possibilidade estão previstas no art. 1.694 do CC, que determina “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Pautado no binômio necessidade e possibilidade, na VI Jornada de Direito Civil, foi editado o enunciado nº 573, “apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza”, com a seguinte justificativa:

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o reconhecimento do direito a alimentos está intrinsecamente relacionado com a prova do binômio necessidade e capacidade, conforme expresso no § 1º do art. 1.694 do Código Civil. Assim, está claro que, para a efetividade da aplicação do dispositivo em questão, é exigida a prova não só da necessidade do alimentado, mas também da capacidade financeira do alimentante. Contudo, diante das inúmeras estratégias existentes nos dias de hoje visando à blindagem patrimonial, torna-se cada vez mais difícil conferir efetividade ao art. 1.694, § 1º, pois muitas vezes é impossível a comprovação objetiva da capacidade financeira do alimentante. Por essa razão, à mingua de prova específica dos rendimentos reais do alimentante, deve o magistrado, quando da fixação dos alimentos, valer-se dos sinais aparentes de riqueza. Isso porque os sinais exteriorizados do modo de vida do alimentante denotam seu real poder aquisitivo, que é incompatível com a renda declarada. Com efeito, visando conferir efetividade à regra do binômio necessidade e capacidade, sugere-se que os alimentos sejam fixados com base em sinais exteriores de riqueza, por presunção induzida da experiência do juízo, mediante a observação do que ordinariamente acontece, nos termos do que autoriza o art. 335 do Código de Processo Civil, que é também compatível com a regra do livre convencimento, positivada no art. 131 do mesmo diploma processual.

Já a proporcionalidade, é fundada no art. 1.793, também do CC, que assim se expressa: “para a manutenção dos filhos, os cônjuges contribuirão na proporção de seus recursos”.

Dentre a parte da doutrina que acrescenta a proporcionalidade, leciona a Maria Berenice:

Tradicionalmente invoca-se o binômio da necessidade-possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as

possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade. Por isso começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade-necessidade. (2017, p.24)

Para reforçar o conceito de proporcionalidade, explica Caio Mário:

Os alimentos hão de ter, na devida conta, as condições pessoais e sociais do alimentante e do alimentado. Vale dizer: serão fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Não tem cabida exigi-los além do que o credor precisa, pelo fato de ser o devedor dotado de altas posses; nem pode ser este compelido a prestá-los com sacrifício próprio ou de sua família, pelo fato de o reclamante os estimar muito alto, ou revelar necessidades maiores (§1º do art. 1.964). (2018, p.103)

Destarte, depreende-se que para realização do cálculo da fixação dos alimentos devem ser analisadas os três critérios, a fim de que se chegue o mais próximo possível do valor adequado para o pagamento da pensão alimentícia. Porém, na prática, são comuns os casos de inadimplência do devedor, mesmo após decisão judicial fixando os alimentos, cabendo ao alimentado, decorrido o prazo para o pagamento das últimas três prestações, ajuizar a ação de execução de alimentos, oportunidade que deverá optar pelo rito da penhora ou prisão, sendo este último o assunto abordado no próximo capítulo.

### **3 AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS PELO RITO DA PRISÃO**

A obrigação alimentar, característica da relação de parentesco entre o alimentado e o alimentante, será fixada pelo juiz, mediante o ajuizamento da competente ação, por meio de decisão interlocutória, sentença ou homologação de acordo, constituindo estes, portanto, títulos executivos que dependem do cumprimento voluntário da prestação. Entretanto, nas hipóteses que não há o pagamento espontâneo da obrigação, o alimentando poderá demandar, judicialmente, outra vez, a tutela jurisdicional do Estado para executar o crédito alimentício, iniciando a fase de execução de alimentos, sendo variados os meios de coerção a fim de garantir a integridade do credor.

Nas circunstâncias em que o devedor se encontra empregado sob o regime trabalhista ou é servidor público, a opção mais efetiva é o desconto em folha de pagamento, podendo ser das parcelas vencidas ou vincendas. Não sendo este o caso, poderá o exequente requerer a penhora dos bens móveis e imóveis constantes no

patrimônio do executado. Ou, ainda, frustradas tais situações ou não aplicáveis ao caso concreto, requerer a coerção pessoal, ou seja, a prisão civil.

Conforme já apresentado, a CRFB/88, na inteligência do art. 5º, inciso LXVII, preconiza que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Todavia, sendo determinada ilícita a prisão do depositário infiel, a inadimplência alimentar é a única hipótese de prisão civil.

Nesse sentido, é mister destacar que a execução de alimentos pelo rito de prisão já era prevista no CPC de 1973, e foram realizadas mudanças significativas com a promulgação de novo código, no ano de 2015. Vejamos:

Previsão no CPC de 1973:

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Previsão no CPC de 2015:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o

pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9º Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio.

De semelhante, constata-se que, em ambos os artigos, quando o alimentante deixa de cumprir com o seu dever alimentar, poderá o alimentado pleitear a execução dos alimentos vencidos, pelos últimos três meses da dívida, sendo o executado intimado para,

no prazo de 03 (três) dias, efetuar o pagamento das prestações devidas, provar que já as realizou ou justificar sua impossibilidade, sob pena de ser decretada a sua prisão.

A novação legislativa, já presente no *caput* dos artigos supracitados, refere-se a possibilidade de intimação pessoal do executado, não sendo necessário, *a priori*, a intimação na pessoa de seu procurador. Com isso, nas hipóteses em que há um acordo de alimentos em atraso, o exequente poderá, nestes próprios autos, dar efetivação ao cumprimento de sentença, requerendo a intimação do executado para pagar, provar que fez o pagamento ou justificar os motivos de sua inadimplência.

Dessa maneira, se o alimentante não se manifestar nos termos acima, será decretada a sua prisão pelo período de 01 (um) a 03 (três) meses, em regime fechado, contudo, separado dos demais presos com periculosidade, conforme previsão do expressa do art.528, §3º e §4º do CPC.

Salienta-se que, na inteligência da Súmula nº 309 do STJ<sup>24</sup>, a prisão civil somente poderá ser autorizada quando o débito abranger até as três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução, como as demais que se vencerem no curso do processo.

Ademais, vale acentuar, também, que a decretação da prisão não dispensa ou exonera a obrigação de pagar os alimentos, mas, se o executado comprovar que os realizou, o juiz determinará a suspensão da prisão, conforme expresso no art. 528, §5º e §6º do CPC.

Outra novidade existente no código de 2015, se refere à possibilidade de protestar o pronunciamento judicial, quando não houver o acolhimento da justificativa ou não realizado o pagamento do débito. Dessa forma, ao ajuizar a ação, o exequente pode não pedir em juízo a prisão civil do executado e requerer o protesto do título em cartório, ato que pode gerar consequências gravosas em sua situação financeira, ou, realizada a prisão civil e permanecida a situação de inadimplência, não havendo sido realizado o pagamento da prestação alimentícia, realizar o protesto judicial, não havendo problema de as medidas serem adotadas concomitantemente.

Ante o exposto, constata-se que por sua natureza coercitiva a prisão é considerada um aspecto excepcional e que tem a finalidade de provocar o executado ao pagamento da prestação alimentícia, valor essencial para a subsistência do alimentado, sendo assegurado o direito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como a possibilidade de

---

<sup>24</sup> STJ, Súmula nº 309: "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".



quitar o débito. Assim, somente nos casos de inércia do alimentante é que a prisão será concretizada.

#### **4 (IN)EFICÁCIA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19**

A princípio, é necessário destacar que o aprisionamento civil, mediante o ajuizamento da ação de execução de alimentos pelo rito da prisão, é causa de inúmeras divergências doutrinárias, eis que a medida enseja a restrição de liberdade do devedor. Dentre os posicionamentos adotados, há quem entenda pela prioridade do alimentado, que precisa que a prestação alimentícia seja paga tempestivamente para a manutenção básica de suas necessidades, como quem afirma que a prisão do alimentante é uma medida extrema para o caso.

Nesse diapasão, argumenta Maria Berenice que, atualmente, não há outra forma mais efetiva de garantir o adimplemento da obrigação alimentar, senão pela prisão. Vejamos:

Não há outra forma de assegurar o direito fundamental material aos alimentos. Na ponderação de valores sob tutela jurisdicional, mostrando-se eficaz o efeito coercitivo do decreto prisional como o ordenamento de conduta ao adimplemento do débito alimentar, parece evidente que a defesa da liberdade (ou da possibilidade de trabalho) do devedor é relegada ao segundo plano. (2017, p. 218).

Conquanto o receio ocasionado pelo termo “prisão” cause efeitos perante o devedor para pagamento da obrigação alimentícia, bem como na sociedade, eis que é comum ouvir a famosa frase popular “no Brasil a única coisa que dá prisão é dever pensão”, há casos em que o alimentante não dispõe de condição financeira para arcar com a dívida. Nestas situações, mesmo que o alimentante seja preso e cumpra integralmente a pena pelo período máximo, 03 (três) meses, será colocado em liberdade e, ainda sim, continuará em débito alimentar.

Todavia, não obstante casos como este, é inegável que a prisão civil possui altos índices de eficácia em garantir o adimplemento da pensão, conforme lecionam Cristiano Farias e Nelson Rosendal:

É certo (e isso não se põe em dúvida) que a prisão civil é medida odiosa, devendo ser repelida no estado democrático de direito. Oxalá, inclusive, seja possível uma humanização do sistema jurídico

para que, em breve futuro, não mais seja necessária a privação de liberdade como mecanismo coercitivo para qualquer adimplemento obrigacional. Entretanto, não se pode negar as vantagens e benefícios propiciados pela medida segregatória como mecanismo coercitivo para o adimplemento alimentício. Os dados estatísticos do cotidiano forense não escondem que a prisão civil do devedor de alimentos cumpre, em larga medida, a sua finalidade: fazer com que o alimentante pague a dívida alimentar. (2015, p. 781)

Ocorre que, com a declaração pública da Organização Mundial de Saúde – OMS, em 11 de março de 2020, reconhecendo a situação de pandemia em relação ao novo coronavírus, Covid-19, diversos foram os procedimentos e regras adotadas para fins de prevenção e de contenção da propagação da doença, de modo a se evitar a contaminação em grande escala para não sobrecarregar o sistema público de saúde.

Dessa maneira, o CNJ, em 17 de março de 2020, considerando o alto índice de transmissibilidade do vírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, bem como a obrigação do Estado e assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para pessoas privadas de liberdade, editou a Recomendação nº 62.

Dentro de sua competência, recomendou aos Tribunais e magistrados de competência cível, que considerassem a colocação do devedor de alimentos em prisão domiciliar. *In verbis*:

Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a **colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia**, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus. (grifei)

Tendo em vista a situação excepcional, a medida foi atendida pelos magistrados, bem como, pelas instâncias superiores, como o STJ, que durante o período da pandemia começou a adotar, como regra, a prisão domiciliar para o devedor de alimentos.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FAMÍLIA. ALIMENTOS. FILHOS MENORES. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PRISÃO CIVIL NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ATUAL (SÚMULA 309/STJ). PANDEMIA DE COVID-19. RISCO DE CONTÁGIO. PRISÃO

DOMICILIAR. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 2. O pagamento parcial do débito não afasta a regularidade da prisão civil, porquanto as quantias inadimplidas caracterizam-se como débito atual, que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo, nos termos da Súmula 309/STJ. 3. **Diante do iminente risco de contágio pelo Covid-19, bem como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em regime diverso do fechado.** 4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para que o paciente, devedor de alimentos, cumpra a prisão civil em regime domiciliar. (STJ - HC: 561257 SP 2020/0033400-1, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 05/05/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2020) (grifei)<sup>25</sup>

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO VIRTUAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. LEI 14.010/2020. 1. Controvérsia em torno do julgamento virtual de agravo de instrumento restabelecendo o valor dos alimentos provisórios anteriormente fixados em seis salários mínimos, reformando a decisão de primeiro grau que os reduzira para três salários em sede de execução de alimentos. 2. Ausência de nulidades ou teratologia no julgamento virtual do agravo de instrumento. 3. A Lei 14.010/2020, ao estatuir acerca do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19), dispôs expressamente, em seu art. 15, acerca do **cumprimento da prisão civil por dívida alimentar, determinando que seja feito exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.** 4. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. (STJ - HC: 578282 SP 2020/0102722-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO,

<sup>25</sup> STJ, 4ª Turma. HC 561.257-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 05/05/2020 (Info 671)

Pelo exposto, afere-se que as ações de execução de alimentos que seguiam sob o rito da prisão foram reavaliadas, perdendo, portanto, sua eficácia, eis que a prisão domiciliar não surte os mesmos efeitos. Isso porque as autoridades governamentais decretaram normas para conter o avanço da transmissão do vírus, sendo, dentre as principais, o isolamento social e a quarentena. Logo, considerando que as pessoas já estavam “presas” em suas casas em razão da pandemia, a medida é ineficaz.

Frisa-se que a ineficácia da recomendação não é uma regra aplicável a todos os casos, porquanto podem existir situações em que a decretação da prisão domiciliar seja suficiente para incentivar o devedor a adimplir com o débito alimentar, como, por exemplo, quando esse dependa de deslocamento para exercer suas atividades laborais.

Nesse sentido, acrescenta Conrado Paulino da Rosa, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em notícia constante no próprio site da instituição, que as recomendações do CNJ acabaram por incentivar as dívidas de pensão alimentícia, “isso porque, sem a possibilidade da prisão, que deveria acontecer em regime fechado, impulsiona-se o inadimplemento das parcelas”. Continua afirmando que, acirrada a vulnerabilidade de muitas famílias, deve se analisar caso a caso a viabilidade da prisão domiciliar, eis que “deixa de cumprir a finalidade coercitiva que, na prática, obriga continuamente ao alimentante de encontrar meios de garantir o sustento daqueles a quem a lei determina, justamente, para evitar seu aprisionamento”.

Como forma de garantir o adimplemento alimentar, a Terceira Turma do STJ estabeleceu que enquanto durar a impossibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, em razão da pandemia do Covid-19, é possível determinar a penhora de seus bens sem que haja a conversão do rito processual da prisão civil para o da constrição patrimonial.<sup>27</sup> A medida foi adotada para que o credor não ficasse desamparado, ante a possibilidade de buscar a satisfação do crédito por outros meios, ou seja, expropriação patrimonial (execução comum, com penhora de bens do devedor) ou desconto de parcela na folha de pagamento.

<sup>26</sup> STJ, 3ª Turma. HC 578.282/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25/08/2020 (Info 681)

<sup>27</sup> STJ, Vedação à prisão do devedor de alimentos no DF autoriza penhora de bens sem mudança de rito. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/03082021-Vedacao-a-prisao-do-devedor-de-alimentos-no-DF-autoriza-penhora-de-bens-sem-mudanca-de-rito.aspx>

Dessa maneira, verifica-se que, na verdade, o que ocorreu foi a cumulação de ritos com procedimentos distintos de execução de alimentos, porquanto o rito de prisão perdeu a sua eficácia, temporariamente, no mundo jurídico.

## **5 CONCLUSÃO**

A presente pesquisa objetivou apresentar as concepções jurídicas do conceito de alimentos, demonstrando a sua importância na sociedade para aqueles que deles necessitam, a fim de que se cumpra o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a prestação de alimentos visa garantir o direito à vida daqueles que não podem, por meios próprios, prover o próprio sustento. Com isso, esclareceu-se que os alimentos vão além da mera subsistência, mas se ligam à conservação da vida tanto física como moral e social do indivíduo, devendo serem pagos pontualmente para garantir o melhor do desenvolvimento do alimentado. Ademais, abordou-se, sucintamente, os sujeitos da relação jurídica alimentar, sua natureza e características.

Mais adiante foi estudada a ação execução de alimentos pelo rito da prisão, fazendo uma análise legislativa da sua previsão no CPC de 1973, com as semelhanças e inovações trazidas no CPC de 2015. Nesta oportunidade foram apresentadas controversas doutrinárias acerca da possibilidade de restrição da liberdade do indivíduo, como forma para satisfação do crédito alimentar.

Desse modo, chegou-se a conclusão que, atualmente, não há outra forma mais efetiva para garantir o pagamento da pensão alimentícia, sendo a prisão civil a medida coercitiva que possui maiores índices de eficácia na sociedade. Todavia, ante a recomendação do CNJ para que os magistrados de competência cível optem pela prisão domiciliar, com o objetivo de evitar a propagação do vírus da Covid-19, o rito processual perdeu a sua eficácia no mundo jurídico, se mostrando inócua a medida, eis que as pessoas já estavam em isolamento social, de quarenta, em razão dos decretos governamentais.

Diante dessas considerações, constatou-se que a decisão do STJ de permitir, enquanto perdurar a suspensão da prisão civil, a adoção de atos de constrição no patrimônio do devedor antes de se concretizar a prisão, sem que haja a conversão do rito, é uma tentativa excepcional da instância superior para que o alimentado não seja prejudicado com a demora na satisfação do crédito alimentar de que necessita para sobreviver, reforçando a tese de que, a recomendação supramencionada retirou, temporariamente, a eficácia da ação de execução de alimentos pelo rito da prisão no mundo jurídico.

## **6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. **Código de processo Civil**. Lei nº 5.869, de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm). Acesso em: 05 de abr. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 30 de mar. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre Moraes. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Dizer o Direito**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 13 de mai. 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n.º 62**, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>. Acesso em: 28 de mar. 2022

DIAS, Maria Berenice, **Alimentos – Direito, ação, eficácia e execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. Vol. 6, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 6: Direito de Família. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Prisão domiciliar para devedor de prisão alimentícia pode incentivar inadimplemento, dizem especialistas**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8323> . Acesso em: 13 de mai. 2022.

JORNADA DE DIREITO. **VI Jornada de Direito Civil**. Família e Sucessões. Brasília, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume V: Direito de Família. 26ª ed. Rio de Janeiro, Forense. 2018.



PINTO, Marcos José. **A prisão Civil do Devedor de Alimentos:** constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

UNA- SUS, Universidade Aberta do SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus.** Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus> . Acesso em: 13 de mai. 2022.

## **A IMPORTÂNCIA DO CANAL DE DENÚNCIA PARA COMBATER O ASSÉDIO NO AMBIENTE DE TRABALHO.**

**ELLEN CHRISTIAN DE ARAUJO RODRIGUES:**  
Bacharel em Direito. Pós graduada em Direito do Trabalho e previdenciário e MBA em Compliance Trabalhista e Previdenciário.

**Resumo:** A pesquisa tem como objetivo realizar uma breve análise sobre a importância de um canal de denúncia bem estruturado com intuito de evitar desvios e condutas no ambiente do trabalho. Tema de grande relevância no Direito Ambiental do Trabalho que tutela sobre a saúde do trabalhador. Neste contexto surge o compliance trabalhista, tendo como pilar primordial a investigação no âmbito corporativo. Este canal de denúncia serve como base para ordenar e fazer valer dos preceitos éticos e morais da empresa, seja cumprir seu regimento ou regulamento interno e/ou seu código de conduta que possui a essência da missão e valores. Um Ambiente saudável preserva a saúde dos empregados, resguarda a imagem da empresa e todas as relações interpessoais e consequentemente a integridade física e moral do empregado. Monitorar é preciso, considerando que as ações praticadas no âmbito corporativo são de responsabilidade subjetiva do empregador.

**Palavras-chave:** Direito Trabalhista. Compliance Trabalhista, Canal de denuncia na organização.

### **1. Introdução**

Afinal o que é compliance? Deriva do verbo inglês "to comply", que significa cumprir, realizar ou satisfazer o que foi imposto. E no âmbito das organizações, as obrigações a serem observadas são na esfera trabalhista, previdenciária, civil, penal, ambientais, empresariais e todas que possuem regulamentação legal no ambiente empresarial. O compliance está associado a um padrão de conduta, agir de acordo com as normas, leis e regras de determinada instituição privada ou pública. Pode ser definido como o princípio de Governança Corporativa que tem como objetivo promover a cultura organizacional da ética, transparência e eficiência da gestão, para que todas as ações dos integrantes da empresa estejam em conformidade com a legislação, controles internos e externos, valores e princípios. Surgiu a partir do movimento da corrupção, ganhando relevância jurídica com a publicação da Lei 12846/2013 conhecida como lei anticorrupção no Brasil.

No Brasil, o segmento ganhou destaque inicial, em 1992, no início da abertura do mercado nacional, a empresas estrangeiras. Na época, o País se adequou aos padrões éticos de combate à corrupção. A ação foi necessária devido à crescente competitividade entre empresas transnacionais. Voltou a ser abordado o tema, em 2014, com a descoberta de esquemas de corrupção envolvendo empresas públicas e privadas, bem como agentes públicos. A operação Lava-Jato foi iniciada nesta época e abordou lavagem de dinheiro e, posteriormente, desvios de verbas públicas de empresas como a Petrobras (que tem capital público e privado). Atualmente, a empresa petrolífera brasileira é referência no uso de Compliance. Em 2014, a Petrobrás criou a Diretoria de Governança e Conformidade e o Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC), setor que cuida das políticas da empresa.

O programa de compliance possui vários pilares essenciais de implantação: a) suporte à alta administração; b) avaliação de risco; c) código de conduta e políticas; d) treinamento e Comunicação; e) Due Diligence de terceiros; f) Auditoria e monitoramento; g) Canal de denúncia; i) investigação interna.

Nesse contexto, podemos destacar o canal de denúncia e investigação interna como os pilares primordiais e de relevância, reforçando seus desdobramentos com intuito de combater as práticas de fraudes, irregularidades, antiéticas e condutas inadequadas de seus empregados e terceiros.

Um canal de denúncia bem estruturado brinda as empresas evitando danos à imagem, pois os consumidores estão cada vez mais preocupados com a ética das empresas, atreladas ao produto a ser comprado.

## **2. Desenvolvimento**

### **2.1. Governança Corporativa**

A governança corporativa surge com a finalidade de implantar um modelo de administração, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e facilitar o acesso ao capital, abrangendo o relacionamento entre sócios, conselho de administração, órgãos públicos de fiscalização entre sócios, empregados e demais interessados (stakeholders).

Possui objetivo principal instituir um modelo de gestão por meio do qual as empresas procurem, voluntariamente, cumprir as regras e tomar decisões no interesse

comum de longo prazo da organização, com adoção de medidas de transparências e sustentabilidade financeira, adotando um modelo de auto regulação.

## 2.2. Princípios da Governança Corporativa

A governança corporativa possui como princípios fundamentais: a) Transparência; b) equidade; c) prestação de contas; e, d) Conformidade (compliance).

A transparência é o requisito de divulgação precisa e oportuna de todas as questões relevantes relacionadas corporação.

A equidade é o sistema de governança corporativa que deve garantir o tratamento justo e isonômico entre todos os sócios e demais partes interessadas.

Pela a prestação de contas, os gestores devem cumprir a obrigação de prestar contas de seus atos ligados a administração da sociedade, como medida de transparência e de comprometimento com os princípios institucionais a serem perseguidos. Trata-se de uma importante ferramenta de desvios de conduta/finalidade.

Por fim temos o princípio da conformidade ou *compliance*, sendo este último termo amplamente muito utilizado em ambiente de negócios do país.

## 2.3. Compliance e seus pilares

- a) Suporte a alta administração - O primeiro pilar é o de comprometimento de toda a organização e seus funcionários, principalmente do alto escalão da empresa. Ou seja, o programa de compliance será efetivo e confiável se os diretores e líderes colaborarem para sua implementação. Portanto, crie uma cultura de compliance que alcance todas as equipes.
- b) Mapeamento de riscos - Conhecer os potenciais riscos que uma organização pode enfrentar é fundamental para um bom programa de compliance. Então, faça um mapeamento e conheça as possíveis ameaças para seu negócio. Dessa forma, você será capaz de minimizar e até mesmo conter os efeitos dos riscos.
- c) Código de condutas e políticas - Ter comprometimento da empresa com o programa é fundamental para o seu sucesso. Por isso, crie um código de conduta e políticas de compliance, que deve ser seguido por todos os funcionários da organização e também pelos parceiros e fornecedores. Por exemplo, tenha um padrão de documentação que deve ser enviado aos parceiros no início de um

contrato, envie um relatório com os canais de atendimento que devem consultar etc.

- d) Controle Internos - Uma das maneiras de minimizar os riscos é fazendo controles internos. Com um controle você pode mapear todos os processos, procedimentos e fluxos de todas as áreas da empresa. Assim, vai identificar oportunidades de melhoria e corrigir quaisquer falhas existentes.
- e) Comunicação e treinamentos - Inserir um novo programa é algo que pode mudar os processos realizados pelos funcionários. Por isso, invista em uma boa comunicação e ofereça treinamento para os profissionais da empresa.
- f) Canais de denúncia - Crie um canal de denúncia na empresa. Ou seja, desenvolva um ambiente interno dedicado aos colaboradores. Permita que, neste canal, os profissionais façam denúncias anônimas. Dessa forma, os funcionários podem reportar falhas de condutas que rompem o código de ética e conformidade da organização. Em seguida, estruture um processo de verificação e ações que devem ser tomadas com as denúncias que foram reportadas. Diante de uma denúncia, inicie um processo de investigação para verificar sua veracidade e tomar as devidas providências. Afinal, é importante que os colaboradores vejam que atitudes estão sendo tomadas.
- g) Due diligence - Para complementar o programa de compliance, a realização do due diligence é essencial. O primeiro é voltado para os aspectos internos da organização. O segundo concentra-se nas partes terceiras que mantêm relações com a instituição: fornecedores, parceiros, distribuidores, representantes, entre outros. Ou seja, você deve envolver todos no seu programa.
- h) Auditorias e monitoramento - Finalmente, faça um monitoramento constante para verificar se todos os procedimentos estão sendo seguidos corretamente. Em suma, verifique se todos os colaboradores estão obedecendo as normas e garantindo a execução de suas tarefas em conformidade com as regras da empresa. Uma das maneiras de ter esse check é a realização de auditorias contínuas.

### **3.0. Compliance Trabalhista**

Compliance trabalhista é uma ferramenta essencial para prevenção e gestão de riscos na área trabalhista, cuidando de garantir o cumprimento das normas trabalhistas (função de cumprimento), evitando que os riscos previstos ocorram (função de prevenção) e

estimulando a adoção de boas práticas destinados a valorização do capital humano das empresas (função de excelência laboral).

Assim, a implantação de um programa de compliance trabalhista poderá, com adoção de medidas para detecção, prevenção e correção de erros, combater práticas que possam violar a legislação e elevar índices de satisfação com o clima organizacional da empresa, com reflexos positivos em seus resultados.

Desta forma, dentre as questões abordadas no compliance trabalhista estão:

- a) Modalidades de contratos trabalhistas, processos de recrutamento e seleção, admissão e demissão de empregados;
- b) Segurança no trabalho, equipamentos de proteção individual, adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, e saúde do trabalhador;
- c) Contratação de terceirizados, cláusulas, impostos, pagamentos, riscos e prevenções;
- d) Valores e cultura no ambiente corporativo e laboral, relação interpessoal entre funcionários, meios de integração e promoção ao respeito à diversidade;
- e) Jornada de trabalho, definição de funções, horários, adicionais, políticas de remuneração, comportamentos permitidos e proibidos, caracterização de desvio ou acúmulo de função, aplicação de penalidades;
- f) Impactos ambientais decorrentes da atividade realizada pela empresa e realização de medidas de prevenção e conscientização;
- g) Atendimento ao consumidor e demais clientes externos, diretrizes de atuação, comportamento e boas práticas.

Todos esses itens devem ser analisados com cautela, respaldando-se na lei e nas políticas internas e externas à empresa, a fim de promover ou manter a regularidade e a segurança jurídica de cada aspecto da operação.

### **3.1 Principais vantagens de implementação do compliance trabalhista**



Considerando os aspectos mencionados acima, podemos ainda citar que existem várias outras vantagens para a organização, ou seja: a) Aumento de produtividade; b) Ambiente de trabalho motivacional; c) Valorização da imagem da empresa; d) Redução de índice de acidentes de trabalho; e) Redução do passivo trabalhista.

Ou seja, um programa de compliance bem-sucedido deve ter o objetivo de evitar a ocorrência de sanções administrativas, processos judiciais, interrupção das atividades empresariais e a busca de constante aprimoramento do clima da organização na empresa. Na seara trabalhista é importante a investigação sobre principais legislações, práticas e rotinas que necessitam de especial atenção, com foco na centralidade dos direitos humanos sociais e prevenção de litígios, com este objetivo entra o canal de denúncia, ponto principal deste trabalho, ligando o respeito ao indivíduo, buscando dirimir passivo trabalhista por assédio moral e sexual na empresa.

### **3.2 Regulamento interno e código de conduta como base primordial na implantação de canal de denúncia.**

Existe doutrinadores que fazem distinção entre código de conduta e regulamento interno.

O Regulamento Interno das empresas é o instrumento pelo qual o empregador pode se valer para estabelecer regras (direitos e obrigações) aos empregados que a ela presta serviços. Muitas empresas se utilizam deste instituto para ditar normas complementares às já previstas na legislação trabalhista ou no contrato de trabalho, já que por mais abrangente que possa ser, a norma trabalhista não é suficiente para satisfazer as necessidades peculiares apresentadas nas mais diversas empresas e seus respectivos ramos de atividade. De forma geral o regulamento interno estabelece o que é permitido ou não dentro da organização, e pode abranger regras tanto para os empregados quanto ao próprio empregador.

Regulamento interno é ou não fonte de direito do Trabalho, mas o entendimento dominante é que sim, posto que disciplina as relações entre sujeitos do contrato de trabalho, vinculados não só os empregados atuais da empresa, mas também os que forem sendo admitidos

O código de conduta visa complementar as obrigações legais e regulamentares, considerando-se os objetivos éticos da empresa e às práticas esperadas de forma clara e

direta. Devemos lembrar que o código de conduta tem sua base na apresentação de regras, diretrizes, definições, com isto facilitando a tomada de decisão. Desta forma a empresa se embasa na elaboração do código de conduta em seus princípios e valores éticos.

Considerando as premissas e necessidade de elaboração de um código de conduta ou regulamento interno, com a finalidade de resguardar as sanções administrativas que porventura venham a ocorrer em detrimento de uma instauração e apuração de investigação oriunda de um canal de denúncia.

#### **4.0. Canal de denúncia**

De modo geral, o canal de denúncias é uma ferramenta que atende aos propósitos /do programa de compliance de uma empresa, permitindo a comunicação de atividades ilegais e prejudiciais à gestão financeira de uma empresa.

Esse canal deve ser aberto para o uso de clientes, colaboradores, fornecedores, prestadores de serviços e demais stakeholders, garantindo anonimato, segurança e tranquilidade aos denunciantes, bem como empenho na investigação de suas alegações.

Diante de fraudes em licitações públicas ou mesmo escândalos financeiros no setor privado, como o caso Enron, canais de denúncia se tornam relevantes para monitorar diversos atos ilícitos.

Entre eles, podemos citar fraudes contábeis, desvios de dinheiro, corrupção ativa e passiva, vazamento de dados sigilosos ou protegidos, desvios de conduta e muitos outros.

Vale lembrar que a existência de um canal de denúncias é obrigatória para empresas com capital aberto na bolsa de valores, como parte dos esforços para garantir e valorizar o ESG framework. Para as demais, a prática é opcional, porém recomendada para uma gestão de riscos eficiente.

#### **4.1. Importância da implantação do canal de denúncia**

O canal de denúncia é uma ferramenta de relevância para que as empresas tenham o elo entre os seus empregados e a alta gestão. Para que surta efeitos positivos na organização, é primordial a construção de um comitê de ética estruturado, equipe de investigação interna ou externa (consultoria), agindo com profissionalismo e imparcialidade na condução dos processos.

A implementação de políticas de compliance, alinhado à elaboração de regimentos internos e código de conduta, visando direcionar e fundamentar a conduta dos seus empregados é primordial para diminuir os riscos de passivos de uma empresa e preservação do valor econômico da marca, bem como manutenção de um ambiente de trabalho saudável, desestimulando as ocorrências de práticas discriminatórias, evitando a perpetuação de condutas agressivas.

Os canais de denúncia devem ter ampla divulgação aos seus colaboradores, terceiros e fornecedores que possuam relação com a empresa. A organização pode utilizar de vários mecanismos de recebimentos de denúncias, seja por e-mail, urnas, telefone e intranet.

Com o recebimento da denúncia, a empresa necessita avaliar e, de forma tempestiva, realizar apuração dos fatos. Importante manter o sigilo das informações, integridade, anonimato do denunciante e testemunhas, garantido que não haja retaliação.

#### **4.2. Como implementar um Canal de denúncia**

A implementação de um canal de denúncias nas empresas deve fazer parte de um programa de Compliance, garantindo não só que eventuais fraudes sejam denunciadas, mas também que atitudes punitivas sejam tomadas como resposta.

De modo geral, as recomendações para implementar o canal de denúncias nas empresas segundo a Controladoria Geral da União são as seguintes:

- a) Disponibilize diferentes meios de contato para realização das denúncias;
- b) Permitido e assegurado o direito ao anonimato;
- c) Aberto ao público interno e externo;
- d) Não substitui o monitoramento constante das atividades dos empregados;
- e) Importante ampla divulgação e educar o público interno e externo sobre a existência e diretrizes do uso da ferramenta;

- f) Importante existir um código de conduta e regulamento interno que discipline as sanções, devendo ter ampla divulgação.
- g) Denunciante deve ter acesso ao desenvolvimento da denúncia e ter feedback.

Há duas opções para implantar um canal de denúncias nas empresas:

a) A primeira delas é através de uma comissão interna, com autonomia para gerenciar a ferramenta sem interferência dos gestores diretos.

b) Possível realizar a contratação de uma empresa especializada no ramo, terceirizando a gestão do canal de denúncias para garantir sua idoneidade.

### **5.0. Assédio Moral**

Termo assédio moral foi utilizado inicialmente por psicólogos para posteriormente adentrar a esfera jurídica e, conseqüentemente, o mundo do trabalho. Muito conhecido como *mobbing* na Itália.

No Brasil o assédio moral é considerado como uma figura jurídica relativamente nova, tendo como característica a exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetitiva e prolongada, no exercício de suas atividades e na jornada de trabalho. É uma conduta que traz danos à dignidade e à integridade do indivíduo, colocando a saúde em risco e prejudicando o ambiente de trabalho. Um programa de gestão de compliance laboral necessita dar efetiva atenção a este tema, com adoção de medida preventivas e condutas efetivas a sanear este tipo de situação.

O assédio moral manifesta-se de quatro modos distintos:

- a) Vertical: relações de trabalho marcadas pela diferença de posição hierárquica. Pode ser descendente (assédio praticado por superior hierárquico) e ascendente (assédio praticado por subordinado);
- b) Horizontal: relações de trabalho sem distinção hierárquica, ou seja, entre colegas de trabalho sem relação de subordinação;
- c) Misto: consiste na cumulação do assédio moral vertical e do horizontal. A pessoa é assediada por superiores hierárquicos e por colegas de trabalho com os quais não mantém relação de subordinação;

- d) Assédio Moral Organizacional - quando o empregado sofre pressão psicológica da própria empresa por meio de metas agressivas usando o medo de demissão como forma coercitiva.

Como caracteriza um assédio moral? Necessário evidenciar a conduta abusiva do assediador, reiteradas ocorrências que podem ser: postura ofensiva, agressão física, falas desqualificadoras, gestos, desqualificação profissional, humilhações em público ou privado, brincadeiras ofensivas, diminuição da capacidade laborativa da vítima, forçar o empregado a pedir demissão, ameaça de demissão, forjar punições injustas, determinar horários excessivos, apelidos vexatórios etc. Por fim, todos esses atos abalam o psicológico da vítima, gerando desmotivação, estresse, ansiedade, perda da capacidade de tomar decisão, isolamento, doenças relacionadas à patologia da saúde mental e, por fim, um adoecimento que pode culminar no afastamento e até no abandono de emprego, causando danos considerados irreparáveis à vida do empregado como na saúde e no ambiente familiar.

Aquele ambiente teoricamente saudável, seguro, tornou-se insalubre. Nesse viés a empresa possui papel fundamental na identificação e monitoramento, pelos mecanismos de divulgação dos canais de denúncia, treinamentos, reforçando que não compactua com tais atos.

Em algumas empresas, além de um programa de compliance bem estruturado, ainda existem programas de saúde mental que visam identificar os absenteísmos relacionados a afastamentos com doenças psicológicas, que podem ser uma porta de identificação para possíveis desvios de condutas no ambiente corporativo.

As causas do assédio moral no ambiente de trabalho estão ligadas a fatores econômicos, culturais e emocionais. Principais causas: Abuso do poder diretivo, busca incessante do cumprimento de metas, cultura autoritária, despreparo do chefe para o gerenciamento de pessoas, rivalidade no ambiente de trabalho e inveja.

Atitudes que caracterizam o assédio Moral:

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

- b) sobrecarregar o colaborador com novas tarefas ou retirar o trabalho que habitualmente competia a ele executar, provocando a sensação de inutilidade e de incompetência;
- c) Passar tarefas humilhantes;
- d) Gritar ou falar de forma desrespeitosa;
- e) Espalhar rumores ou divulgar boatos ofensivos a respeito do colaborador;
- f) Não levar em conta seus problemas de saúde;
- g) Criticar a vida particular da vítima;
- h) Atribuir apelidos pejorativos;
- i) Impor punições vexatórias (dancinhas, prendas);
- j) Postar mensagens depreciativas em grupos nas redes sociais;
- k) Evitar a comunicação direta, dirigindo-se à vítima apenas por e-mail, bilhetes ou terceiros e outras formas de comunicação indireta;
- l) Isolar fisicamente o colaborador para que não haja comunicação com os demais colegas; - Desconsiderar ou ironizar, injustificadamente, as opiniões da vítima;
- m) Retirar cargos e funções sem motivo justo;
- n) Impor condições e regras de trabalho personalizadas, diferentes das que são cobradas dos outros profissionais;
- o) Delegar tarefas impossíveis de serem cumpridas ou determinar prazos incompatíveis para finalização de um trabalho;
- p) Manipular informações, deixando de repassá-las com a devida antecedência necessária para que o colaborador realize suas atividades;
- q) Vigilância excessiva;
- r) Limitar o número de vezes que o colaborador vai ao banheiro e monitorar o tempo que lá ele permanece;



- s) Advertir arbitrariamente;
- t) Instigar o controle de um colaborador por outro, criando um controle fora do contexto da estrutura hierárquica, para gerar desconfiança e evitar a solidariedade entre colegas.

### **5.1. Requisitos para caracterizar assédio Moral x responsabilidade da empresa.**

Torna-se caracterizado quando for evidenciado a conduta abusiva, prática reiterada, postura ofensiva, agressão psicológica com a finalidade de causar abalo e/ou exclusão psicológica da vítima e emocional. Entretanto, o tema em questão é bem complicado pois a prova em juízo em alguns casos não é fáceis de comprovação. Infelizmente, o Código Penal não prevê uma tipificação específica para esse tipo de prática. Contudo, autoriza que a conduta do agressor se encaixe nos chamados crimes contra a honra, tais como difamação e injúria, e até mesmo constrangimento ilegal e ameaça.

Por outro lado, a conduta está descrita no art. 484 da CLT, que prevê que algumas maneiras de assédio moral são causas justificantes que autorizam o trabalhador a sair do emprego por meio de rescisão indireta do contrato.

Visualizamos então a responsabilidade subjetiva da empresa, ou seja, agressor e empresa poderão ser responsáveis direta ou indiretamente pelo dano causado. Assim, a Justiça do Trabalho entende que, caso reste provada a situação de abuso psicológico causado pelo assédio moral no trabalho, a vítima passará a ter direito à reparação por danos morais e físicos. Caso a empresa não tome uma atitude, poderá ser feita uma denúncia perante o sindicato ou até mesmo ao Ministério Público do Trabalho.

Desta forma o caso de assédio moral seja comprovado, poderá ser desencadeada uma ação judicial, na qual o trabalhador terá o direito a receber uma indenização correspondente aos danos morais que sofreu. Logo, a empresa deverá responder pela conduta de assédio que foi praticada contra o empregado dentro das suas dependências

### **6.0. Assédio sexual ou importunação sexual.**

No Brasil, o assédio sexual é crime, definido no artigo 216-A do Código Penal como “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. A pena prevista é de detenção de

um a dois anos. De acordo com a lei, o assédio é crime quando praticado por superior hierárquico ou ascendente. Há duas interpretações em relação à prática do ato: o assédio pode ocorrer pelo simples constrangimento da vítima ou pela prática contínua de atos constrangedores.

O gênero da vítima não é determinante para a caracterização do assédio como crime. “A tipificação específica é de 2001, quando se introduziu o artigo 216-A no Código Penal, e a prática é punível independentemente do gênero”, explica a presidente do TST, ministra Maria Cristina Peduzzi. No entanto, estatisticamente, a prática se dá preponderantemente em relação às mulheres.

Embora o processo criminal decorrente do assédio sexual seja da competência da Justiça Comum, a prática tem reflexos também no Direito do Trabalho. Caracterizado o dano e configurado o assédio sexual, a vítima tem direito também a indenização para reparação do dano (artigo 927 do Código Civil). Nesse caso, a competência é da Justiça do Trabalho, pois o pedido tem como origem a relação de trabalho (artigo 114, inciso VI, da Constituição da República).

Embora, no Direito Penal, a relação hierárquica faça parte da caracterização do crime, a Justiça do Trabalho pode reconhecer o dano e o direito à reparação, ainda que a vítima não seja subordinada ao assediador. São os casos de assédio horizontal, entre colegas de trabalho.

A responsabilidade pela reparação é da empresa (artigo 932, inciso III, do Código Civil), e o empregador poderá ajuizar ação de regresso (ressarcimento) contra o assediador.

No assédio sexual há necessidade da figura da hierarquia, necessário haver a subordinação ao sujeito, configurando quando o assediador tem a intenção de constranger alguém, mediante palavras, gestos ou atos, com o intuito de obter vantagem, favores sexuais, prevalecendo nessa condição a hierarquia ascendente inerente ao cargo ou função.

No assédio por importunação sexual ou ambiental, não existe a figura da hierarquia, mas é tão grave quanto ao assédio sexual, foi tipificada recente na esfera penal, o objetivo do agressor é tornar o ambiente de trabalho hostil para o assediado, podendo também visar a uma vantagem sexual. Caracteriza-se pela insistência, impertinência, hostilidade praticada, individualmente ou em grupo, manifestando relações de poder ou de força não necessariamente de hierarquia. Importante salutar que o agente desse crime pode ser

qualquer pessoa, ou seja, não se restringem a um gênero específico, uma vez que tanto homens quanto mulheres podem praticar ou serem vítimas do ato de importunação sexual no ambiente de trabalho.

## **7.0. Investigação Interna aliada ao Canal de denúncia**

O pilar de investigação é uma execução que deve ser sutil e discreta, uma vez que esse processo deve gerar credibilidade ao denunciante. O empregado precisa acreditar que a denúncia será bem conduzida, terá as respostas necessárias e, acima de tudo, não haverá nenhum um tipo de punição a quem denuncia. Em nosso país existe a cultura de quem denuncia, não é bem-visto ou ainda que a impunidade é certa dependendo do nível hierárquico. A empresa precisa realizar a transformação dessa crença, dando a credibilidade necessária ao canal de denúncia e ao processo de investigação.

E o que precisamos saber para não cometer erros em uma investigação? Importante ter respeito pelos investigados, denunciante e testemunhas, agir com naturalidade e demonstrar respeito com a situação apresentada. Nunca fazer julgamentos, pois nesse caso existe uma grande diferença no processo de investigação. Você não é juiz da causa, e sim um investigador que vai elaborar o relatório final que será apresentado à alta direção da empresa e/ou ao departamento responsável em tomar as providências necessárias.

Lembrando que nessa fase de investigação não é possível confrontar testemunhas, mas é importante seguir um roteiro estratégico na condução das perguntas que possibilitem o entendimento do que ocorreu e como ocorreu, ou seja, é de suma importância seguir as etapas do processo de investigação para um melhor direcionamento da investigação e elaboração da sequência dos fatos. Após o processo de entrevista, será necessário rever todas suas anotações (áudio das entrevistas, se for autorizado, redigir a termo, falas importantes, nome de testemunhas que surgiram no processo de investigação, procedimentos que não foram cumpridos, filmagens de salas e locais dos fatos, entre outros) para que possa elaborar o relatório de conclusão da investigação.

Vale ressaltar que a investigação não possui caráter punitivo, mas sim para identificar e corrigir desvio de conduta em relação aos procedimentos, políticas, melhorar a cultura da empresa, clima e o ambiente de trabalho e, por fim, elevar o orgulho e a satisfação dos empregados que acreditam na organização e em seus valores.

Podemos ainda citar itens importantes na estratégia de condução da investigação:

- a) Planejamento;
- b) Apuração dos fatos;
- c) Neutralidade no processo de investigação;
- d) Respeito aos envolvidos;
- e) Qualidade no relatório.

As investigações por si só são constrangedoras e, quando se fala em investigação por assédio quer seja moral ou sexual, preferencialmente que sejam conduzidas por uma equipe independente, imparcial, especializada em lidar com esse tipo de investigação, em alguns casos é necessária a participação de um psicólogo, para que possa avaliar melhor os fatos ocorridos, bem como identificar outros impactos da investigação, que sejam de cunho comportamental. Durante o processo, é importante deixar claro o conceito de assédio e a vedação da retaliação, confidencialidade, pois muitas vezes o assédio moral é intensificado durante a investigação, pois o assediador se sente ameaçado e ataca o assediado e membros da equipe. Por isso a importância da discricção e do sigilo nesse processo de vítimas e testemunhas.

### **7.1. Entrevista de desligamento como ferramenta de entrada para dirimir desvio de condutas.**

A entrevista de desligamento é um KPI (Indicador de Chave de Desempenho) importante como métrica para identificar os desvios de comportamentos, buscar e corrigir possíveis falhas nos processos da empresa. Trata-se de um canal de suma importância que às vezes não se leva tão a sério o que é dito pelo empregado pelo simples fato de ser o momento de seu desligamento e se entende de forma subjetiva que é apenas insatisfação, no entanto, deve ser avaliado e levantado em consideração se não há indícios de fatos que precisam ser tratados e corrigidos. Para usufruir dos benefícios dessa ferramenta, é necessário ter pessoas treinadas/capacitadas na condução das entrevistas e incluir, dentre vários itens, pontos importantes relacionados ao compliance, seja em temas de assédio, desvio de condutas, descumprimento de regras e processos. Não é para punir ou fazer caça às bruxas, e sim buscar melhoria contínua nas políticas e valores éticos da empresa.

A organização tem o dever e a responsabilidade de propiciar um ambiente saudável para seu empregado, assegurando sua integridade moral, física e psíquica, ou seja, garantido a tutela do princípio da dignidade humana.

## 8. Conclusão

O artigo tem o objetivo de despertar uma reflexão se as empresas estão preparadas para lidar com a condução de processos investigativos oriundos do canal de denúncia relacionados a assédio moral e sexual. Importante refletir que a premissa para o sucesso de implantação de um canal de denúncia, encontra-se na implantação estruturada do compliance, com envolvimento da alta administração (tone from de top), treinamento dos empregados, divulgação do mecanismos de recebimento das denúncias, equipe capacitada/treinada para conduzir as investigações, com regras claras e objetivas, desenvolvimento de políticas bem definidas, regimentos e/ou código de conduta, elencadas com as legislações vigentes e valores éticos, que servirá de direcionamento e suporte necessário à condução e conclusão do processo investigativo. Ponto primordial que não devemos esquecer é o fator humano, pois compliance são pessoas. Devemos garantir que o canal de denúncia tenha efetividade, credibilidade pela imparcialidade e confidencialidade dos envolvidos no processo de investigação de assédio, buscando o respeito e empatia.

## Referências

SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri. *Manual Compliance Trabalhista: teoria e prática*. São Paulo: JUS PODIVM, 2020, pp. 94, 437, 438 e 439.

MELEK, Marlos Augusto. *Onde as empresas mais erram*. Curitiba: Estudo Imediato, 2021.

FACURE, Estevan. Tipos de assédio moral no trabalho. *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <https://estevanfg.jusbrasil.com.br/artigos/317924376/tipos-de-assedio-moral-no-trabalho>. Acesso em: 1º set. 2021.

Investigação interna de compliance. Marcio El Kalay. LECNews. *Podcast*. Disponível em: *Investigação Interna #25, LECCAST/2019, áudio Spotify*. Acesso em: 13 set. 2021.

Disponível em: *Assédio moral e sexual#15, LECCAST/2019, áudio Spotify*. Acesso em: 14 set. 2021.

Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/assedio-moral-e-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho/amp/>. Acesso em 15 set. 2021.



www.conteudojuridico.com.br

Disponível em: <https://chcadvocacia.adv.br/blog/assedio-moral-no-trabalho/>. Acesso em 15 set. 2021.

Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS\\_559573/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/brasilia/noticias/WCMS_559573/lang--pt/index.htm). Acesso em: 15 set. 2021.

Disponível em: <https://www.linkana.com/blog/canal-de-denuncias-nas-empresas>, acesso em 15/09/2021.

DANTAS, José Alberto Maciel. ABC do Direito do Trabalho. 1 Ed. – São Paulo: LTR, 2021.



## TUTELAS PROVISÓRIAS EM DIREITO PREVIDENCIÁRIO: EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS

**PATRICIA BETTIN CHAVES:**  
Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Meridional (IMED), Defensora Pública Federal, titular do 2º ofício previdenciário de Porto Alegre/RS.

O presente artigo visa trazer algumas considerações acerca dos efeitos das tutelas provisórias no Direito Previdenciário, destacando a hipótese em que a tutela de urgência é concedida por força de decisão judicial e posteriormente revogada, bem como demonstrando o histórico e a divergência jurisprudencial sobre a necessidade de devolução dos valores recebidos pelo segurado nestes casos.

Deferida a tutela antecipada no decorrer do processo judicial e posteriormente sendo revogada, surge a temática da obrigatoriedade ou não de devolução dos valores recebidos pelo segurado, particularmente quando revestidos de natureza alimentar, como nos casos de benefícios previdenciários e assistenciais.

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido da impossibilidade de repetição dos valores recebidos de boa-fé pelo segurado, dado o caráter alimentar das prestações previdenciárias, sendo relativizadas as normas dos artigos 115, II, da Lei nº 8.213/91, e 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99.28

Após, a Corte Constitucional entendeu pela ausência de repercussão geral da matéria, dado o seu caráter infraconstitucional:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. RESTITUIÇÃO DE VALORES. AUXÍLIO-DOENÇA. BENEFICIÁRIO DE BOA-FÉ. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento do AI nº 841.473/RS, Relator o Ministro Cezar Peluso, concluiu pela ausência da repercussão geral do tema relativo à restituição dos valores recebidos indevidamente por beneficiários de boa-fé, dado o caráter infraconstitucional da matéria. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 638548 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em

---

28 AI 849529 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012.

Outrossim, em consonância com os direitos sociais, o entendimento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais era de que os valores recebidos em demanda previdenciária são irrepetíveis em razão da natureza alimentar desses valores e da boa fé no seu recebimento.

Nesse sentido foi editada a Súmula 51: *Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento.*

Insta frisar a jurisprudência da TNU neste sentido:

RECEBIDOS EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. DECISÃO REVOGADA. OBRIGAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS NA VIGÊNCIA DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA. RECEBIMENTO DE BOA FÉ E EMBASADA EM ORDEM JUDICIAL. SÚMULA N. 51/TNU. DESCABIMENTO DE REPETIÇÃO O QUE FOI PAGO POR FORÇA DE ORDEM EMANDADA DO PODER JUDICIÁRIO. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. (...) Dessa sorte, a despeito da posição do STJ, esta TNU, considerando o entendimento do STF, bem como os precedentes deste Colegiado, entende por manter a aplicação do enunciado da Súmula 51/TNU no sentido que os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento. - Precedente: TNU - PEDILEF: 00154821120094013200, Relator: JUIZ FEDERAL RUI COSTA GONÇALVES, Data de Julgamento: 19/08/2015, Data de Publicação: 25/09/2015. - Verifica-se que a jurisprudência da TNU se firmou no mesmo sentido do acórdão vergastado, fazendo incidir, na espécie, a aplicação da Questão de Ordem nº 13 da TNU: "Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido." (Aprovada na 2ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, do dia 14.03.2005). - Assim, estando o acórdão impugnado em sintonia com a Súmula n. 51 desta Turma Nacional de Uniformização, o Pedido de Uniformização de Jurisprudência não pode ser conhecido por este Colegiado. - Por fim cabe o registro de que o recebimento dos valores reclamados tiveram respaldo em ordem emanada do Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições constitucionais, não se tratando de mera liberalidade. Portanto, não pode a parte autora ser penalizada em virtude de haver provocado o Poder Judiciário e, nessa conduta, obtido êxito, ainda que posteriormente a ordem regulamente emitida tenha sido revogada, após ter gerado seus efeitos lícitos. - Por conseguinte, NÃO CONHEÇO do incidente. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Juízes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais em NÃO

CONHECER ao Incidente de Uniformização, nos termos deste voto ementa. (PEDILEF 50017770220144047208, JUIZ FEDERAL FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER, TNU, DOU 08/07/2016.)

Contudo, a referida Súmula 51 foi cancelada em 30.08.2017, tendo em vista o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 1.384.418/SC, oportunidade que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que era dever do titular de direito patrimonial devolver valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada.

Ressalta-se que, inicialmente, a orientação do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que os segurados do Regime Geral de Previdência Social não tinham obrigação de restituir os valores obtidos por força de tutela antecipada que foi posteriormente revogada. O referido Tribunal sustentava que as verbas previdenciárias possuíam natureza alimentar e, por conseguinte, vigia o princípio da irrepetibilidade dos alimentos<sup>29</sup>.

Entretanto, em 2017 houve mudança de posicionamento do STJ, com alteração do seu entendimento no sentido de que o segurado da Previdência Social tem o dever de devolver o valor de benefício previdenciário recebido em antecipação dos efeitos da tutela que tenha sido posteriormente revogada.

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REVOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR RECEBIDA DE BOA-FÉ PELA PARTE SEGURADA. REPETIBILIDADE. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL DO INSS 1. A controvérsia gira em torno da possibilidade de ressarcimento do valor pago indevidamente à segurada em razão de tutela antecipada. Todavia, a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.384.418/SC, realinhou o entendimento jurisprudencial, assentando que é dever do titular de benefício previdenciário, isto é, de direito patrimonial, devolver valores recebidos por força de tutela antecipada posteriormente revogada. Neste caso, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até dez por cento do salário de benefício percebido pelo segurado, até a satisfação do crédito. Cumpre asseverar, que a Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.401.560/MT, reafirmou o cabimento da restituição de parcelas previdenciárias recebidas em razão de tutela antecipada

<sup>29</sup> Nesse sentido: STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 194.038-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/10/2012 (Informativo n.º 507).

posteriormente revogada.(...) (REsp 1612805/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 06/03/2017).

A matéria então estava pacificada no STJ, em razão do julgamento do Tema 692, no sentido de que *"a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos"*.

Ocorre, porém, que a Primeira Seção do STJ acolheu proposta de revisão do posicionamento relativo à devolução dos valores recebidos pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada.

Determinou-se, ainda, a suspensão do processamento de todos os litígios ainda sem trânsito em julgado, individuais ou coletivos, que tratavam sobre a questão submetida à revisão, pertinente ao Tema 692/STJ, em trâmite no território nacional, com a ressalva de incidentes, questões e tutelas, que sejam interpostas a título geral de provimentos de urgência nos processos objeto do sobrestamento. (REsps 1.734.627/SP, 1.734.641/SP, 1.734.647/SP, 1.734.656/SP, 1.734.685/SP e 1.734.698/SP, DJe de 3.12.2018).

Em 11/05/2022, com a revisão do Tema Repetitivo 692, restou firmada a seguinte tese:

A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago.

Oportuno salientar que o atual entendimento do STJ que determina a necessidade de devolução dos valores recebidos a título de antecipação de tutela posteriormente revogada, representa inequívoco retrocesso social, sobretudo para segurados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, que ostentam uma condição de inegável vulnerabilidade social e econômica. Ainda, fere o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, com base nas expectativas legítimas dos segurados no âmbito previdenciário.

Conforme ensina Victor Souza em sua obra *Proteção e Promoção da Confiança no Direito Previdenciário*<sup>30</sup>:

As pessoas, diante de sua inerente fragilidade, buscam proteger-se e estar livres e seguras perante ameaças externas e internas, como a violência em todas as suas

---

<sup>30</sup> SOUZA, Victor. *Proteção e Promoção da Confiança no Direito Previdenciário*. Curitiba:Alteridade, 2018, p. 139-140.

formas, o simples medo, as doenças, a dor, a morte ou o crime. Confiam em outras pessoas e nos atos destas, além de confiar nas relações econômicas, comportamentais e políticas havidas em uma sociedade determinada. Não fosse essa confiança, reflexo da busca por maior segurança, e a vida em sociedade deteria muito maior grau de complexidade, pela baixa previsibilidade do futuro. A confiança, nestes termos, é a percepção individual acerca da segurança mínima que o homem deve ter. Desta confiança é que advém a necessidade de segurança jurídica, entendida como a dimensão social e intersubjetiva do valor e princípio que é a confiança, proporcionada por um determinado ordenamento.

Desse modo, alguém pode estar seguro de ameaças externas, em plena saúde, em sua casa, protegido da violência, mas viver em um Estado em que não haja qualquer proteção às suas legítimas expectativas de planejar sua vida conforme o ordenamento vigente. Essa segurança, estritamente jurídica, é delineada preventivamente pelo Direito, e deve ser aplicada diariamente pela Administração e pelo Judiciário, na efetivação de direitos e solução de conflitos, respectivamente.

Na sociedade atual, em que a velocidade da comunicação e do acesso à informação demonstram a relativização integral dos conceitos de tempo e espaço e a ultracomplexidade das relações humanas e sociais, é de se esperar que o cidadão almeje a maior segurança jurídica possível. Nesse mundo de espaço e tempo relativizados, os órgãos de quaisquer dos Poderes, em seus relacionamentos com os cidadãos, assumem compromissos públicos das mais diversas formas, em relação aos quais os cidadãos criam expectativas legítimas em seus cumprimentos.

Por motivos diversos (mutação jurisprudencial, independência decisória, mudança de gestão, erros administrativos, erro judiciário, morosidade, discricionariedade administrativa consistente em motivação econômica, política, financeira, social, internacional, etc.), entretanto, estes mesmos órgãos de poder, passado um determinado lapso de tempo, dão novo direcionamento a estes compromissos (modificando, anulando ou revogando seus atos), deliberando, ou sendo impostos, a outras escolhas que afetam diretamente a boa-fé e a confiança das pessoas nos atos estatais.

Ocorre que esses novos direcionamentos por parte de agentes do Estado não podem descuidar da devida preocupação com o futuro, com as situações subjetivas e individuais geradas por suas próprias posturas e com a memória de seus próprios atos.

Ainda, analisando a finalidade do princípio da proteção da confiança o supracitado autor explica<sup>31</sup>:

É fácil identificar, portanto, que a finalidade do princípio da proteção da confiança é assegurar ao cidadão a estabilidade de suas expectativas legítimas em face de mudanças de posturas estatais que surpreendam o cidadão e/ou retroajam em seu desfavor, pois normas e atos emanados do Estado não podem ter um olhar oblíquo e único para o presente e projetar um futuro que desconsidere inteiramente as consequências dos atos individuais realizados sob um contexto passado, até então autorizado.

Desta forma, o segurado que recebe benefício previdenciário ou assistencial por força de tutela provisória, a qual posteriormente é revogada pelo Poder Judiciário, resta frustrado em sua expectativa legitimamente criada, uma vez que em sua concepção a benesse lhe era devida, ferindo a segurança jurídica.

Acerca da segurança jurídica no Direito Previdenciário, o autor Victor Souza, explica<sup>32</sup>:

A condução destas alterações de entendimentos jurisprudenciais, portanto, não pode, em nenhum caso, deixar de analisar o grau de afetação patrimonial e extrapatrimonial dos interessados e atingidos (reais ou potenciais) pela nova decisão, para fins de observar se e como a confiança legítima desses interessados foi atingida. A nova decisão, portanto, deve ser pensada de modo ou a propiciar regras de transição, ou modulações de efeitos, ou mesmo medidas compensatórias, em substituição às duas primeiras medidas.

Assim, o órgão jurisdicional não pode violar as expectativas legítimas dos cidadãos e alterar um entendimento jurisprudencial, especialmente aquele que tenha efeitos erga omnes, pondo de lado o princípio da proteção da confiança, desconsiderando a situação de todos aqueles que eram protegidos pela jurisprudência obrigatória até então vigente, gerando, com isso, frustrações e inseguranças. Um comportamento como esse, por parte do próprio Estado-juiz, traz ao jurisdicionado a sensação de que a jurisprudência até então vigente não tinha valor ou eficácia alguma, e, com isso, abala os fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.

Situação idêntica à aplicação sem distinção ao caso concreto da decisão do REsp 1.401.560 é aquela relacionada com o deferimento de tutela de urgência acerca de tese já pacificada no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal,

---

31 SOUZA, Victor. Proteção e Promoção da Confiança no Direito Previdenciário. Curitiba:Alteridade, 2018, p. 145.

32 SOUZA, Victor. Proteção e Promoção da Confiança no Direito Previdenciário. Curitiba:Alteridade, 2018, p. 278.



quando, no curso da ação, o tribunal respectivo modifica seu entendimento, mas não modula os efeitos de sua decisão. Ganha relevância a presente hipótese considerando que na área previdenciária não é incomum isto acontecer.

Ademais, é imprescindível ressaltar que nestes casos os valores foram recebidos com respaldo em decisão oriunda do Poder Judiciário e de plena boa-fé por parte do segurado, o qual não pode ser penalizado em virtude de alteração posterior da decisão.

*A vedação à cobrança tem fundamento no caráter alimentar da verba recebida, bem como na boa-fé do beneficiário, o qual, vendo o benefício implantado por determinação judicial, tem para si o entendimento de ser legítimo perceber as prestações mensais. Os benefícios previdenciários e assistenciais, tem natureza alimentar, pois estão diretamente interligados às necessidades vitais do indivíduo, sendo essenciais para a sobrevivência do beneficiário, não sendo passíveis de devolução.*

Ressalta-se que os benefícios previdenciários e assistenciais possuem caráter alimentar em razão de previsão expressa no art. 100, § 1º, da CF:

" Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo."

A irrepitibilidade dos alimentos tem o atributo de garantir a sobrevivência digna do ser humano e de sua família ou, nas palavras de Maria Berenice Dias<sup>33</sup>:

"Em sede de alimentos há dogmas que ninguém questiona. Talvez um dos mais salientes seja o princípio da irrepitibilidade. Como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência é inimaginável pretender que sejam devolvidos. Esta verdade é tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio. Provavelmente por esta lógica ser inquestionável é que o legislador sequer preocupou-se em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepitibilidade é por todos aceito mesmo não constando do ordenamento jurídico."

---

<sup>33</sup> DIAS, Maria Berenice. Dois pesos e duas medidas *para preservar a ética*: irrepitibilidade e retroatividade do encargo alimentar. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/38010/dois-pesos-e-duas-medidas-para-preservar-a-etica---irrepitibilidade-e-retroatividade-do-encargo-alimentar>. Acesso em 30/06/2022.

No texto acima, a ilustre Maria Berenice Dias tratava dos alimentos no âmbito do Direito de Família. Contudo, na seara previdenciária, é igualmente inconcebível sustentar a devolução dos alimentos, uma vez que, como já enfatizado, os alimentos se prestam à manutenção da sobrevivência digna do ser humano, não havendo de se determinar a sua devolução, sob pena de afronta à garantia da dignidade humana, do direito à vida, garantias estas previstas em nossa Constituição Federal.

Em conclusão, o entendimento sedimentado no STJ, acerca da necessidade de devolução dos valores recebidos a título de tutela provisória, afeta diretamente diversos postulados constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da segurança jurídica, proteção da confiança, vedação do retrocesso social, dentre outros princípios da Seguridade Social, bem como o caráter alimentar dos benefícios previdenciários e assistenciais. Sob a ótica do segurado ou beneficiário no âmbito previdenciário é por demais gravosa e prejudicial, atingindo sua subsistência digna.

## **LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA E DESCARACTERIZAÇÃO DAS PAISAGENS RURAIS: permanências e rupturas da revogação da Área Estadual de Proteção Ambiental (APA) Fazenda Capitão Eduardo, região nordeste de Belo Horizonte – MG**

**VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:** Geógrafo e Historiógrafo, Especialista no campo de Educação, Patrimônio e Paisagem Cultural (Filosofia da Arte e Educação, Metodologia de Ensino de História, Museografia e Patrimônio Cultural, Políticas Públicas Municipais). Biólogo e Gestor Ambiental, Especialista no campo de Educação, Patrimônio e Paisagem Natural (Administração escolar, Orientação e Supervisão, Ecologia e Monitoramento Ambiental, Gestão e Educação Ambiental)

**RESUMO:** Este artigo na área do Direito Ambiental versa sobre a legislação urbanística e como ela atua na descaracterização das paisagens rurais. Para exemplificar a questão elencou-se como recorte espacial/temporal a Fazenda Capitão Eduardo, localizada na região nordeste de Belo Horizonte – MG. Essa localidade sofreu múltiplos impactos e conflitos a partir da revogação da Área Estadual de Proteção Ambiental (APA). O Artigo nº 15 da Lei Federal nº 9985/2000 define Área de Proteção Ambiental como um círculo em geral amplo, com um certo nível de ocupação humana, dotada de predicados abióticos, bióticos, culturais ou estéticos notadamente importantes para o bem-estar e a qualidade de vida das populações humanas, e tem como desígnios fundamentais: resguardar a heterogeneidade biológica, disciplinar o procedimento de ocupação e asseverar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

**PALAVRAS CHAVE:** Ecologia; Legislação; Sustentabilidade; Unidade de Conservação; Urbanização;

### **INTRODUÇÃO**

A Lei Federal nº 9.885, de 18/07/2000, que dispôs sobre a concepção e gerenciamento de áreas culturais e/ou ecológicas de conservação, institui, no seu art. 22, que a criação dessas unidades deve ser antecedida de consulta pública e de estudos técnicos que identifiquem a localização, a tamanho e as demarcações mais apropriadas para a mesma. Este instrumento legal, por sua vez, não ordena a efetivação de consulta

pública para a diminuição ou extinção de uma UC - Unidade de Conservação. Um exemplo apropriado é o Parque Nacional da Cachoeira de Paulo Afonso extinto em 1969. Mas hoje tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei - PL que altera esta questão:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O §7º, do art. 22, da lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 22. ....

§ 7º A desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita mediante lei específica e deve ser precedida da realização de estudos técnicos e de consulta pública.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação

A consulta pública prévia para o estabelecimento de uma UC é uma medida cuja necessidade é bastante aberta. Se, por um lado, em começo, a concepção dessas áreas culturais e/ou ecológicas traz melhoramentos, do ponto de vista socioambiental (que é, por significação, o que explica a conjectura dessas áreas), por outro, ela, em princípio, contradiz negócios, determina conflitos, inflige sacrifícios, restringe as possibilidades de progresso de algumas atividades socioeconômicas, nomeadamente aquelas que interessam às comunidades locais. É direito dessas populações, por conseguinte, compartilhar da ação de criação dessas UCs, para que suas autênticas questões sejam versadas e acatadas no processo. Esses subsídios são essenciais para avisar à direção sobre o tipo e as demarcações mais apropriadas da UC para a área cultural e/ou ecológica, em face das escolhas disponíveis. É efetivo que o órgão responsável pela gerenciamento da UC, avalie os valores socioeconômicos e as medidas de contrapartida que serão imprescindíveis para equilibrar esses passivos e garantir os direitos das identidades locais. É preciso reverter este quadro de devastação das marcos legislativos. Um bom exemplo é o decreto-lei nº 605, de 2 de junho de 1969, que extinguiu o Parque Nacional da Cachoeira de Paulo Afonso e deu outras providências, sem consulta qualquer:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando das atribuições que lhe confere o § 1º, do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968,

DECRETA:

Art. 1º Fica extinto o Parque Nacional de Paulo Afonso, criado pelo Decreto nº 25.865, de 24 de novembro de 1948.

Art. 2º O Ministério da Fazenda, através o Serviço de Patrimônio da União, fica autorizado a ceder à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco pelo prazo que durar a concessão de que é beneficiária as áreas e acervo patrimonial do extinto Parque, que forem julgadas essenciais aos seus serviços.

Art. 3º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 2 de julho de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

COSTA E SILVA, José Flavio Pecora, Ivo Arzua Pereira, Antônio Dias Leite Júnior

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 3.6.1969

Ora, se a concepção dessas áreas culturais e/ou ecológicas deve ser antecedida de consulta prévia, a diminuição ou destruição dessas áreas deve basicamente ser submetida a consulta, pública pelas mesmas causas preconizadas: a medida intervém absolutamente sobre os direitos e interesses de grupos locais e da população em geral. É eficaz garantir a probabilidade para que esses direitos e interesses sejam conquistados, para que serem conhecidos e considerados pelos órgãos públicos responsáveis pela deliberação final sobre o destino da UC. Acontece, porém, que o que está documentado hoje em dia, a lei não tem afiançado esse acordo. O Poder Executivo Federal, em tempos recentes, sugeriu a diminuição de várias UCs por meio de Medida Provisória (que surte implicações imediatas) e de PLs, sem concretizar uma vasta consulta pública, contrastando a escrita da Lei do SNUC. No Congresso Nacional foram indicados e tramitam, nos últimos anos, vários PLs recomendando a diminuição de UCs (ou a recategorização de unidades mais limitativas, do ponto de vista das probabilidades de uso dos recursos naturais, em unidades menos restritivas), sem que os atores sociais interessados tenham antecipadamente sido sondados sobre as respectivas sugestões.

Convém advertir que a ocupação de consultar os atores atingidos e interessados quando se trata da concepção (ou diminuição) de uma UC não é um ato/função simples.

Ele demanda, por exemplo, um extenso procedimento prévio de identificação e organização das famílias que existem na área, dos bens e posses envolvidas pela UC sugerida, da condição fundiária, dos conflitos sociais e econômicos da medida, dentre outras providências. A consulta pública ordena uma vasta e extenuante ciência da condição e do campo. Não é algo que possa resolver, por exemplo, com simples audiências públicas no Congresso e de reuniões efetivadas na localidade. Assim, com o escopo de asseverar ampla transparência nos procedimentos de diminuição e extinção de UC, de modo que as populações afetadas e todos os atores locais e interessados no processo, tenham a chance de expor suas demandas e apresentar as informações necessárias para um julgamento bem ciente dos benefícios e custos da medida proposta, para evitar se repetir no futura a triste história das Sete Quedas conforme descrito no Blog: Ensinar História (2022, on line):

Em 19 de setembro de 1982, o Parque Nacional de Sete Quedas foi fechado para ser oficialmente destruído e dar lugar ao reservatório de Itaipu. Dez dias depois, um decreto-lei proibiu a visitação ao Parque que, diante da notícia de seu desaparecimento, havia aumentado. As pessoas queriam dar adeus às maiores cachoeiras do mundo em volume de água. Às vésperas da inundação, uma grande manifestação ocorreu no parque nacional das Sete Quedas. Centenas de pessoas se reuniram e realizaram o ritual indígena Quarup, em memória das Sete Quedas. Em 13 de outubro de 1982, as comportas do canal de desvio foram fechadas e começou a ser formado o reservatório da Usina de Itaipu. As águas barrentas do lago artificial começaram a sepultar um dos maiores espetáculos do mundo: os "Saltos del Guáira", como também era chamadas as Sete Quedas do rio Paraná. Durante a inundação, os moradores de Guáira iam até a beira do rio para se despedirem das Sete Quedas. A inundação das Sete Quedas durou apenas 14 dias, pois ocorreu em uma época de cheia do rio Paraná, e todas as usinas hidrelétricas acima de Itaipu abriram suas comportas, contribuindo com o rápido enchimento do lago. O alagamento das Sete Quedas ocorreu somente nos dois últimos dias do alagamento total, ou seja, no décimo segundo dia de alagamento. Em novembro, com o enchimento do lago principal da represa, o complexo de cachoeiras de Sete Quedas desapareceu ficando visíveis apenas as copas das árvores que ficavam acima do nível do rio. Ainda restou alguma coisa a ser vista e as pessoas continuaram indo ao local que abrigava o Parque. Em janeiro de 1983, uma passarela que não recebia mais manutenção, situada



sobre o salto 14, desabou, jogando para dentro da massa de água as 32 pessoas que estavam sobre ela. Ironicamente, elas tiveram a última visão das cachoeiras. Em 5 de maio de 1984 iniciaram as operações da usina de Itaipu.

## 1.A FAZENDA CAPITÃO EDUARDO: permanências e rupturas

As paisagens remanescentes da Fazenda Capitão Eduardo remetem aos tempos rurais da capital mineira com permanências e rupturas no tempo e no espaço. Aliás, o que restou da Fazenda Capitão Eduardo, e que se encontra ameaçado é a história de submissão do campo às cidades. Mas por que fazendas que eram tão produtivas acabaram sendo loteadas, urbanizadas e transformadas em bairros da urbe, a partir da década de 1960? Entre as terras da Fazenda Capitão Eduardo e o antigo Povoado do Onça (Figura 01) surgiram os atuais bairros Acaiaca (Ribeiro de Abreu), Beija-Flor, Capitão Eduardo, Conjunto Capitão Eduardo, Conjunto Paulo VI, Conjunto Ribeiro de Abreu, Dom Silvério, Jardim Belmonte, Montes Claros, Novo Belmonte (Ouro Minas), Parque Belmonte, Paulo VI, São Gabriel, Vila São Gabriel (Nazaré) e Vista do Sol. A fazenda de propriedade da família de Antônio Ribeiro de Abreu<sup>34</sup> teve a primeira transformação na sua paisagem com a construção de uma estação ferroviária, conforme registra o site Estações Ferroviárias (2022, on line):

A estação de Capitão Eduardo foi inaugurada em 1912. Mais tarde, foi demolida com a construção de uma variante no local. A estação atual está nessa variante. A variante deve ter sido obra dos anos 1950-60. Da estação original não encontrei fotografia alguma. É hoje

---

34 • **origem do nome:** O Coronel Antônio Ribeiro de Abreu era o dono de uma parte das terras que originou o bairro. • **Outros nomes:** Antônio Ribeiro de Abreu, Conjunto Habitacional Antônio Ribeiro de Abreu, Fazenda Capitão Eduardo, Retiro • **Origem do bairro:** O bairro foi aprovado em 08/02/1968 pelo prefeito. Ele é uma subdivisão de uma parte pertencente ao espólio do Coronel Antônio Ribeiro de Abreu, situada no local denominado “Capitão Eduardo”. Fonte: Cadernos de História da Regional Nordeste

operada pela CVRD35. Em 1985, a RFFSA36 informava no boletim "Conheça a sua ferrovia" que nesta estação se executava cruzamento de trens e que seria o "futuro entroncamento com o ramal do Matadouro". Isto jamais ocorreu, na media mensal de 18.000 toneladas para a bitola métrica e 20.000 para a bitola larga.

Figura 01 – Ruínas da ponte de transposição do Ribeirão Onça, próxima à estação



Capitão Eduardo.

Fonte: [http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb\\_mg\\_linhacentro/capeduardo.htm](http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb_mg_linhacentro/capeduardo.htm)

A área cultural e/ou ecológica (Figura 02) localizava-se na divisa entre os municípios de Belo Horizonte e Santa Luzia, sendo realidade de ambos. Em 19 de maio de 1928, o decreto estadual nº 8.456, criou uma escola rural, mista, em Capitão Eduardo, município

35 COMPANHIA VALE DO RIO DOCE (VALE: Empresa criada em 1º de junho de 1942 pelo Decreto-Lei n.º 4.352, tendo como acionista principal o governo federal. Constituída em 11 de janeiro de 1943 no Rio de Janeiro, então Distrito Federal, funcionou como empresa estatal até 6 de maio de 1997, quando foi privatizada. Segunda maior companhia mineradora do mundo, adotou a marca Vale em 2007. Deixou de utilizar a sigla CVRD, mantendo a razão social original.

<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/companhia-vale-do-rio-doce-cvrd>

36 A REDE FERROVIÁRIA FEDERAL SOCIEDADE ANÔNIMA – RFFSA – era uma sociedade de economia mista integrante da Administração Indireta do Governo Federal, vinculada funcionalmente ao Ministério dos Transportes. A RFFSA foi criada mediante autorização da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, pela consolidação de 18 ferrovias regionais, com o objetivo principal de promover e gerir os interesses da União no setor de transportes ferroviários. Durante 40 anos prestou serviços de transporte ferroviário, atendendo diretamente a 19 unidades da Federação, em quatro das cinco grandes regiões do País, operando uma malha que, em 1996, compreendia cerca de 22 mil quilômetros de linhas (73% do total nacional). Fonte: <http://www.rffsa.gov.br/principal/historico.htm>

de Santa Luzia, e o decreto estadual nº 8.491, de 23 de maio de 1928, criou uma escola rural, mista, em Capitão Eduardo, no mesmo município. Deduz-se que era uma escola para meninos e outra para meninas. Tais prerrogativas legais atestam que as paisagens locais eram essencialmente, rurais. Já em 27 de setembro de 1960 começa a significativa mudança na paisagem com o advento do decreto estadual nº 5.893, declarando de utilidade pública, para efeito de desapropriação, terrenos e benfeitorias neles existentes, destinados à ampliação da área da nova cidade industrial de Santa Luzia, que deu com o decreto federal nº 5.893, de 27/09/1960 (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS, 2022, on line)

Declara de utilidade pública, para efeito de desapropriação, terrenos e benfeitorias neles existentes, destinados à ampliação da área da nova cidade industrial de Santa Luzia.

O Governador do Estado de Minas Gerais, usando das atribuições que confere o artigo 6º, do Decreto-Lei Federal n. 8.365, de 21 de junho de 1941, decreta:

Art. 1º – São declarados de utilidade pública, a fim de serem desapropriados e adquiridos em juízo ou fora dele, os terrenos e benfeitorias neles existentes, necessários à ampliação da área da Nova Cidade Industrial de Santa Luzia, com a área de 194.200 metros quadrados, pertencentes a herdeiros de Antônio Ribeiro de Abreu e situados na Fazenda Capitão Eduardo, localizados nos municípios de Santa Luzia e Belo Horizonte.

Art. 2º – Os terrenos e benfeitorias mencionados no artigo anterior estão compreendidos dentro da seguinte linha perimétrica, constante da planta da Nova Cidade Industrial levantada pela Secretaria da Agricultura, Indústria, Comércio e Trabalho: partindo-se do ponto “a” de coordenadas  $x=40.353$  e  $j=36.518$ , situado no ponto de confluência do Ribeirão do Onça com o Rio das Velhas, à direita daquele e à esquerda deste, segue-se pela margem esquerda do Rio das Velhas para montante até o ponto “b”, de coordenadas  $x=40.000$  e  $j=36.518$ ; daí segue-se em linha reta até o ponto “c” de coordenadas  $x=40.000$  e  $j=36.440$ ; deste ponto segue-se em linha reta até o ponto “d” de coordenadas  $x=39.312$  e  $j=36.318$ ; deste ponto segue-se em linha reta até o ponto “e” de coordenadas:  $x=39.085$  e  $j=35.992$ ; deste ponto segue-se em linha reta até o ponto “f” situado à margem direita do Ribeirão do Onça e de coordenadas

$x=39.248$  e  $j=35.879$ ; deste ponto seguindo sempre à margem direita do Ribeirão do Onça até o ponto "a", fechando-se assim o polígono. O polígono descrito tem a área de 194.200 metros quadrados.

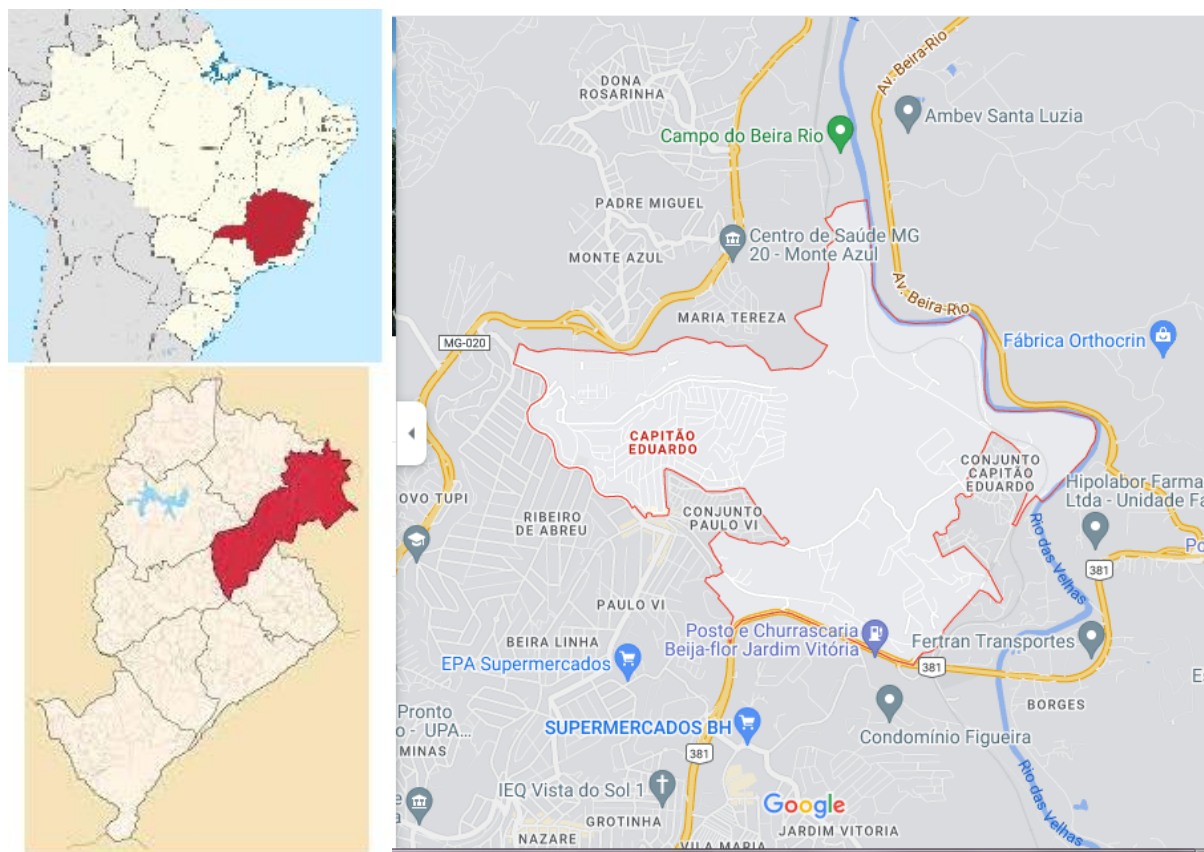
Art. 3º – É declarada a urgência da desapropriação.

Art. 4º – Revogam-se as disposições em contrário, entrando este decreto em vigor na data de sua publicação.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 27 de setembro de 1960.

JOSÉ FRANCISCO BIAS FORTES, Álvaro Marcílio

Figura 02 - Mapa da área Estadual de Proteção Ambiental da Fazenda Capitão Eduardo



Fonte; Google Earth (2022)

## 2.UM ATERRO SANITÁRIO E O CONJUNTO HABITACIONAL CAPITÃO EDUARDO



De outras fazendas próximas surgiram novos bairros, sendo ainda desocupada novas áreas culturais e/ou ecológicas da Fazenda São José, cujas paisagens encontram-se seriamente descaracterizadas. Nas terras da Fazenda Gorduras nasceram vários outros bairros: Chácara Montevideo, Jardim Vitória, Novo Vitória, Pousada Santo Antônio, Vila Maria e Vila Mirtes. A região rural entre os bairros Beija-Flor, Capitão Eduardo, Parque Jardim Belmonte, Paulo VI e Ribeiro de Abreu foi inicialmente destinada à construção de um aterro sanitário conforme decreto municipal nº 2.302, de 18 de dezembro de 1972 (revogado pelo decreto municipal nº 2.371 promulgado no ano de 1973) que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, áreas de terreno da antiga Fazenda Capitão Eduardo, neste município:

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de atribuições legais e de acordo com o que lhe faculta o Decreto-lei Federal nº 3365, de 21 de junho de 1941, decreta:

Art. 1º - Ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação, a se efetivar mediante acordo ou judicialmente, as áreas de terreno adiante descritas, integrantes do imóvel rural denominado "Fazenda Capitão Eduardo", neste município:

I - área com 1.220.825 m<sup>2</sup> (um milhão, duzentos e vinte mil, oitocentos e vinte e cinco metros quadrados), com os limites e confrontações seguintes, tomados graficamente na planta aerofotogramétrica, escala de 1:5000 (hum por cinco mil), Prefeitura de Belo Horizonte, e conforme fixação constante da escritura pública de partilha amigável feita por Amaury Ribeiro da Silva e outros, no Livro 528-c (quinhentos e vinte e oito c), folhas 5v. (cinco verso) e seguintes, do Cartório do Segundo Ofício de Notas da Capital, área aquela pertencente a Edméa Abreu Chaves Ribeiro: começa o perímetro "no ponto de coordenadas X = 38.655 e Y = 36.000, comum com os herdeiros Amaury Ribeiro da Silva e sua mulher e a herdeira Celme de Castro Abreu, daí, em reta, ao ponto de coordenadas X = 38.600 e Y = 36.118, na cabeceira de um talweg; descendo por este, ao ponto X = 38.490 e Y = 36.272, no encontro com um pequeno córrego; descendo por este, ao ponto X = 38.560 e Y = 36.350,0 subindo por talweg, passando pelos pontos de coordenadas X = 38.543 e Y = 38.383, X = 38.506 e Y = 38.484, ao ponto X = 38.516 e Y = 38.536; daí, em reta, ao ponto de coordenadas

X = 38.514 e Y = 38.858, situado num pequeno córrego; descendo por este, ao ponto X = 38.646 e Y = 36.690, sobre uma ponte na estrada do Capitão Eduardo; continua descendo por este córrego, passando pelos pontos X = 38.836 e Y = 37.198, X = 39.070 e Y = 37.154, X = 39.191 e Y = 37.149, X = 39.362 e Y = 37.235, ao ponto X = 39.385 e Y = 37.310, situado na margem esquerda do Rio das Velhas, até aqui confrontando com a herdeira Celme de Castro Abreu; descendo por esta margem, ao ponto X = 40.353 e Y = 36.518, na saída do Ribeirão da Onça, no Rio das Velhas; daí, ao ponto X = 40.000 e Y = 36.518, confrontando terrenos da Cidade Industrial de Santa Luzia, aforados à Klabin; daí com a mesma confrontação, ao ponto X = 40.000 e Y = 36.440; continuando com a mesma confrontação, ao ponto X = 39.085 e Y = 35.992, comum com os herdeiros Amaury Ribeiro da Silva e sua mulher; segue com estes confrontantes ao ponto X = 39.085 e Y = 36.000 e com os mesmos ao ponto de partida, e II - área com 1.383.500 m<sup>2</sup> (hum milhão, trezentos e oitenta e três quinhentos metros quadrados), com os limites e confrontações seguintes, também tomados graficamente na planta aerofotogramétrica, escala 1:5000 (hum por cinco mil) da Prefeitura de Belo Horizonte, e conforme fixação constante da escritura pública partilha amigável feita por Amaury Ribeiro da Silva e outros, no Livro 528-c (quinhentos e vinte e oito c), folhas 5.v. (cinco verso) e seguintes, do Cartório do Segundo Ofício de Notas da Capital, área aquela pertencente a Celme de Castro Abreu; começa no perímetro "no ponto X = 38.665 e Y = 36.000, daí, em reta, ao ponto de coordenadas X = 38.600 e Y = 36.118, na cabeceira de um talweg; descendo por este ponto X = 38.490 e Y = 36.272, no encontro com pequeno córrego; descendo por este ao ponto X = 38.560 e Y = 36.350; subindo por um talweg, passando pelos pontos de coordenadas X = 38.543 e Y = 38.383, X = 38.506 e Y = 38.484, ao ponto X = 38.516 e Y = 38.536; daí, em reta, ao ponto de coordenadas X = 38.514 e Y = 38.858, situado num pequeno córrego; descendo por este, ao ponto X = 38.646 e Y = 36.960, sobre uma ponte na estrada de Capitão Eduardo; continua descendo por este córrego, passando pelos pontos X = 38.836 e Y = 37.198, X = 39.070 e Y = 37.154, X = 39.191 e Y = 37.149, X = 39.362 e Y = 37.235, ao ponto X



= 39.385 e Y = 37.310, situado na margem esquerda do Rio das Velhas até aqui confrontando com os herdeiros Dr. José Chaves Ribeiro e sua mulher; subindo por esta margem, até o ponto de coordenadas X = 38.185 e Y = 37.705; subindo por um córrego, passando pelos pontos X = 38.148 e Y = 37.560, X = 38.172 e Y = 37.460, X = 38.260 e Y = 37.260, ao ponto X = 38.200 e Y = 37.000; daí, por uma cerca, passando pelos pontos X = 39.170 e Y = 36.834, X = 38.159 e Y = 36.834 ao ponto X = 38.090 e Y = 36.712; daí, em reta, ao ponto X = 38.140 e Y = 36.655, num córrego; subindo por este ao ponto X = 38.326 e Y = 36.656, por uma cerca, ao ponto X = 38.415 e Y = 36.590; daí, pelo divisor de águas passando pelos pontos X = 38.222 e Y = 36.444, X = 38.060 e Y = 36.272, aos pontos X = 38.096 e Y = 36.000, X = 38.260 e Y = 35.790; daí desce, por um talweg ao ponto X = 38.225 e Y = 35.594; daí, ao ponto X = 38.085 e Y = 35.460, até aqui, pelas divisas com o espólio, ponto este junto a um leito de estrada de ferro, por este leito passando pelo ponto X = 38.168 e Y = 35.330, ao ponto X = 38.181 e Y = 35.207, confrontando com os herdeiros Dr. José Chaves Ribeiro e sua mulher ponto este comum com os herdeiros Dr. Cacildo Rodrigues da Cunha e sua mulher e terrenos loteados; à direita, em reta ao ponto X = 38.622 e Y = 35.170, confrontando com os herdeiros Dr. Cacildo Rodrigues da Cunha e sua mulher; daí confrontando com os herdeiros Amaury Ribeiro da Silva e sua mulher, pelo divisor de águas, passando pelos pontos X = 38.555 e Y = 35.285, X = 38.500 e Y = 35.390, X = 38.450 e Y = 35.455, X = 38.447 e Y = 35.572, X = 38.464 e Y = 35.640, X = 38.454 e Y = 35.695, X = 38.595 e Y = 35.795 até o ponto de partida".

Art. 2º - Os terrenos indicados no artigo anterior se destinam à implantação, pela Municipalidade, de um aterro sanitário, para o depósito e industrialização de lixo, podendo também, no todo ou em parte, destinar-se a outro uso de interesse público.

Art. 3º - Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Mando, portanto, a quem o conhecimento e a execução do presente Decreto pertencer, que o cumpra e o faça cumprir, tão Inteiramente como nele se contém. Belo Horizonte, 18 de dezembro de 1972

Oswaldo Pieruccetti, Prefeito de Belo Horizonte, Constantino Dutra Amaral, Secretário Municipal de Administração, Vicente Rodrigues, Secretário Municipal da Fazenda, Ildeu Silvano do Prado, Secretário Municipal de Serviços Urbanos

Em Decreto municipal nº 2.764/1975, retificado em 06 de maio de 1975 autorizou cessão de uso do respectivo terreno onde se inseria a Estação Ferroviária Capitão Eduardo (Figura 03) à SLU - Superintendência de Limpeza Urbana da Capital. O período entre 1975 e 1990, vai se caracterizar pela gradativa ocupação da área cultural e/ou ecológica e consecutiva mobilização contrária à instalação do aterro sanitário.

O Prefeito de Belo Horizonte, no uso de atribuições legais e de acordo com o disposto no artigo 98, da Lei Complementar nº 3, de 28/12/72 e da Lei Municipal nº 2.324, de 17/06/74, decreta:

Art. 1º - Fica a Superintendência de Limpeza Urbana autorizada a usar os imóveis constituídos por duas áreas, a primeira com 1.449.067,00 m<sup>2</sup>, localizada nos lugares denominados Licuri, Taiobas e Fazenda dos Coqueiros e a segunda com 2.604.325,00 m<sup>2</sup>, localizada no lugar denominado Fazenda Capitão Eduardo, ambas de propriedade do Município de Belo Horizonte e descritas nos Decretos Municipais nºs 2.303/72 e 2.302/72, respectivamente.

Art. 2º - A permissão de uso prevista neste Decreto é gratuita, se faz por prazo indeterminado e destina-se à implantação de aterros sanitários e a outros usos de interesse público.

Art. 3º - A Superintendência de Limpeza Urbana terá direito de uso da parte que for necessário para a implantação do aterro sanitário na área localizada no lugar denominado Fazenda Capitão Eduardo, sendo que a parte restante, embora sob sua responsabilidade, será franqueada ao uso público, para atividades esportivas, a serem oportunamente, estabelecidas.

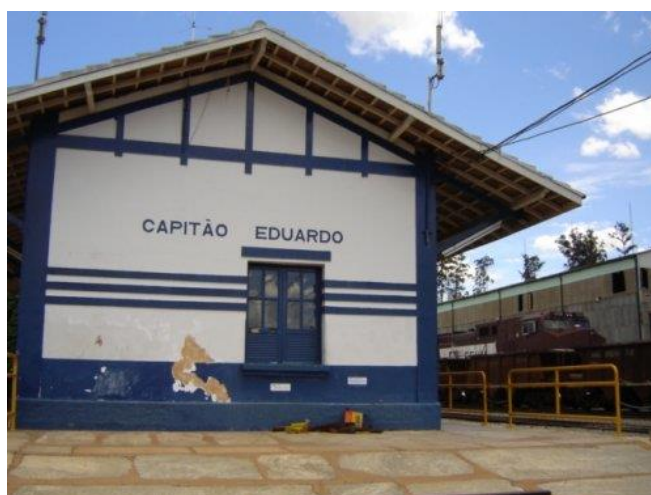
Art. 4º - Em decorrência deste Decreto será assinado contrato de comodato entre o cedente e a cessionária, no qual o Executivo incluirá as cláusulas que julgar convenientes.

Mando, portanto, a quem o conhecimento e a execução do presente Decreto pertencer, que o cumpra e o faça cumprir, tão inteiramente como nele se contém.

Belo Horizonte, 17 de março de 1975

Oswaldo Pieruccetti, Prefeito de Belo Horizonte, Constantino Dutra Amaral, Secretário Municipal de Administração

Figura 03 - Estação Ferroviária de Capitão Eduardo



Fonte: [http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb\\_mg\\_linhacentro/capeduardo.htm](http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb_mg_linhacentro/capeduardo.htm)

O Decreto municipal nº 6.475/1990 concedeu à Polícia Militar do Estado de Minas Gerais<sup>37</sup> permissão de uso de bem público, a Lei municipal nº 6.302/1992, autorizou o Executivo a promover a aprovação de parcelamento do solo de bairros nas condições que mencionou. O Decreto municipal nº 7.283/1992, criou Unidade Escolar Fazenda Capitão

<sup>37</sup> O Regimento de Cavalaria Alferes Tiradentes (RCAT) "Radix Militiae Copiaeque" (Raiz da corporação militar) ( é uma unidade montada da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, levando o nome do patrono da Instituição. É o herdeiro das tradições do antigo Regimento Regular de Cavalaria de Minas (Dragões Reais das Minas), considerado a alma-máter da Polícia Militar de Minas Gerais. Os cavalos que se "aposentam", ou que por qualquer motivo não podem mais trabalhar, são encaminhados à Fazenda Capitão Eduardo, município de Belo Horizonte, divisa com Santa Luzia. Fonte: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Regimento\\_de\\_Cavalaria\\_Alferes\\_Tiradentes](https://pt.wikipedia.org/wiki/Regimento_de_Cavalaria_Alferes_Tiradentes)

Eduardo que com o Decreto municipal nº 7.331/1992 recebeu a denominação de Escola Municipal Governador Ozanam Coelho. O Decreto municipal nº 8.520/1995 concedeu Título Declaratório de Utilidade Pública à Associação dos Moradores do Bairro Capitão Eduardo. Assim no ano de 1996, respectivamente, os Decretos municipais nº 8.786 e 8.709 declararam de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóveis situados na Região do Bairro Capitão Eduardo. De acordo com a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (2022, on line):

Os bairros Capitão Eduardo e Beija-flor fazem divisa com os municípios de Sabará e Santa Luzia. A população destes dois bairros é de aproximadamente sete mil habitantes, segundo Andrade (200638). Esta área ocupada atualmente foi desapropriada pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte para a construção de um aterro sanitário para o município. O bairro Beija-flor surgiu a partir de um chacreamento clandestino de uma fazenda ainda durante a década de 1970. Em 1988, o “Movimento dos sem Casa” pressionou a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte para a destinação das áreas irregulares para moradia popular que, posteriormente, foram divididas em dois segmentos – o bairro Capitão Eduardo e Beija-flor.

### **3.CENTRO DE VIVÊNCIA AGROECOLÓGICA E A AREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL**

Ainda em 1996, o Capitão Eduardo recebe uma unidade do CEVAE, (Figura 04) implantada na Rua das Macaúbas39, s/nº entre os Bairros Beija Flor e Capitão Eduardo. Nestas paisagens rurais, localiza-se ainda o Centro Socioeducativo Estadual Santa Clara. Segundo a Prefeitura (2017), além de preservação dos ecossistemas locais, a unidade do CEVAE dispõe de um projeto de Agricultura Urbana e Horta Comunitária no qual “as hortaliças são produzidas pela comunidade e a produção é vendida no bairro pelos próprios agricultores”. A Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (2022, on line) descreve que:

O Centro de Vivência Agroecológica Capitão Eduardo foi aprovado no orçamento participativo setorial no ano de 1995. O CEVAE Capitão

---

38 ANDRADE, Simone Maria Furtado de. **Estudo de caso dos quintais dos bairros Alto Vera Cruz, Taquaril, Granja de Freitas, Capitão Eduardo e Beija-flor**. UFMG, 2005. 85 p.

39 A Macaúba cujo nome científico é *Acrocomia aculeata* (Jacq.) Lodd é uma espécie do bioma cerrado e pertencente à família Arecaceae sendo muito comum nas paisagens rurais da fazenda Capitão Eduardo.



Eduardo atende aos bairros Capitão Eduardo e Beija Flor, ambos localizados na Região Nordeste de Belo Horizonte. Estes bairros fazem limite com os Municípios de Sabará e Santa Luzia e estão à margem esquerda da BR 262, no sentido Belo Horizonte – Vitória. Os bairros são limitados também pela margem esquerda do Rio das Velhas e pela ferrovia BH – Santa Luzia, tendo como vizinhos os bairros Borges, no município de Sabará e Paulo VI, em Belo Horizonte. O CEVAE Capitão Eduardo, em relação às outras unidades, atende a comunidade com maior herança de hábitos agrícolas, sendo assim o mais propício para a prática de agricultura urbana em quintais. Sua experiência com plantas medicinais já foi ganhadora de prêmio internacional e seus agricultores foram capacitados em agricultura urbana pela Rede de Intercâmbio de Tecnologias Alternativas e Plano de Negócios pelo “Ipês do Peru”. Além da ONG Rede de Intercâmbio de Tecnologias Alternativas, foram parceiros deste CEVAE o programa Life, do Programa das Nações Unidas (PNUD), a Agência Católica Alemã Misereor; a UNICEF, a Visão Mundial e o IBAMA/Ministério do Meio Ambiente.

Figura 04 - Centro de Vivência Agroecológica Capitão Eduardo.



Fonte:

<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2013/12/centro-de-viv%C3%A2ncia-agroecol%C3%B3gico-ser%C3%A1-tema-de-discuss%C3%A3o>

## **LEITURA AMBIENTAL EM PARQUE URBANO**

### **NOME OFICIAL/ LEGISLAÇÃO/BIOGRAFIA DO (A) HOMENAGEADO (A)**

---

O nome oficial do Parque Público é CEVAE Capitão Eduardo, cuja denominação não dada por nenhuma Lei municipal. A biografia do homenageado Capitão Eduardo, é desconhecida, bem como seu dia de nascido, de falecido e terra natal.

### **NOMES POPULARES**

---

O Parque Urbano é popularmente conhecido como Parque Agroecológico do Capitão Eduardo

### **LOCALIZAÇÃO (REGIONAL, BAIRRO, QUADRA, ENDEREÇO)**

---

Localiza-se na regional Nordeste

### **VISITAÇÃO (PORTARIAS, ONÍBUS, VIAS DE ACESSO)**

---

Ônibus: Linha 832 (Estação São Gabriel/Capitão Eduardo)

Embarque: Capitão Eduardo

Desembarque: Estação São Gabriel

### **APARATO LEGAL DE CRIAÇÃO/IMPLANTAÇÃO**

---

O parque foi criado na década de 1990, mas não existe uma Lei Municipal de criação

### **INAGURAÇÃO/ADMINISTRAÇÃO/FUNIONAMENTO**

---

O parque inaugurado em 1996 é administrado pela Fundação Municipal de Parques Zoobotânicos. Funciona de terça a sexta das 07:00 as 17:00. A manutenção ocorre às segundas.



#### ADMINISTRAÇÃO

Sem informações sobre gerentes e equipe multidisciplinar

#### ÁREA PERIMETRAL TOTAL

18.000 metros quadrados (XXXX hectares)

#### ABRANGÊNCIA REGIONAL

Visa atender à população dos bairros Beija Flor e Capitão Eduardo.

#### ASPECTOS HISTÓRICOS

O parque corresponde ao que restou da antiga fazenda do Capitão Eduardo (início do século XX).

#### TOPOGRAFIA/RECURSOS HÍDRICOS

Nascente do Córrego Cebola, afluente direto do Ribeirão Onça e consecutivamente do Rio das Velhas.

#### LEVANTAMENTO DE FLORA

A existência de vegetação significativa, e algumas espécies nativas representativas de mata ciliar ao longo do córrego. Destaque para as macaúbas que embelezam a paisagem rural em transformação urbana.

#### LEVANTAMENTO DE FAUNA

A ocorrência encontra-se em fase de levantamento faunístico.

#### PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO

A área cultural e/ou ecológica do parque está atualmente implantada e em funcionamento.

Quantidades	01/02	03/04	05/06	07/08	09/10
<b>EQUIPAMENTOS DE APOIO</b>					
Administração,	01				
Estacionamento,	00				
Guaritas,	01				
Lanchonete,	00				
Sanitários	05				
Vestiários	00				
<b>EQUIPAMENTOS CULTURAIS</b>					
Área de preservação	01				
Teatro de Arena	00				
<b>EQUIPAMENTOS ESPORTIVOS</b>					
Campo de futebol,	00				
Equipamentos de ginástica,	00				

Pista de cooper,	00				
Quadras de peteca,	00				
Quadras poliesportivas,	00				
Quadras de vôlei,	00				
<b>EQUIPAMENTOS INFANTIS</b>					
Play-ground	00				
<b>EQUIPAMENTOS DE LAZER</b>					
Lago	00				
Mesas e churrasqueiras	00				
Mesas de jogos	00				

**LEVANTAMENTO DE DADOS DA SITUAÇÃO, INFRAESTRUTURA E EQUIPAMENTOS**

<b>SITUAÇÃO</b>	<b>E</b>	<b>B</b>	<b>M</b>	<b>R</b>	<b>I</b>
-----------------	----------	----------	----------	----------	----------

<b>ÁREA EXTERNA</b>					
Atividades na área externa	XX				
Equipamentos de apoio	XX				
Estacionamento					XX
Lixeiras	XX				
Segurança	XX				
Sinalização de acesso			XX		
Transporte de acesso				XX	
Vias de acesso ao parque			XX		
<b>ÁREA INTERNA</b>					
Acesso para PNEs			XX		
Áreas de convivência e contemplação	XX				
Estacionamento interno					XX
Portaria		XX			
Taxa de visitação			XX		

Trilhas	XX				
Vias de acesso internas para os visitantes	XX				
<b>INSTALAÇÕES E EQUIPAMENTOS</b>					
Almoxarifado	XX				
Aparelhos para ginástica					XX
Banheiros		XX			
Centro de visitantes	XX				
Guarita ou posto de guarda	XX				
Lanchonete					XX
Lixeiras		XX			
Loja de artesanato e souvenir					XX
Material educativo			XX		
Play ground ou parquinho					XX
Quadras poliesportivas					XX

Sede administrativa	XX				
Sinalização interna: Placas interpretativas; Placas educativas; Placas de orientação		XX			
Telefone de uso interno do parque	XX				
Telefone público					XX
Vestiário		XX			
<b>PESSOAL / FUNCIONÁRIOS</b>					
Faxineiros	XX				
Fiscal	XX				
Gestor/gerente do parque	XX				
Guias ou monitores de visita	XX				
Jardineiros	XX				
Recreadores					XX
Segurança	XX				
Vigilância	XX				
Zelador	XX				



<b>RECURSOS PAISAGÍSTICOS: NATURAIS E ARTIFICIAIS</b>					
Cursos de água corrente			XX		
Espécies exóticas da fauna e da flora		XX			
Espécies nativas da fauna e da flora	XX				
Lagos					XX
Nascentes		XX			
<b>ATIVIDADES REALIZADAS</b>					
Atividades culturais		XX			
Atividades de educação e interpretação ambiental		XX			
Atividades em parceria com ONGs e outras entidades		XX			
Atividades recreativas					XX
Cursos e oficinas		XX			
Visitas guiadas ou monitoradas		XX			

**SITUAÇÃO:** E → excelente; B → Bom; M → Médio (Regular); R → Ruim; I → Inexistente;

Fonte: adaptado de Silva (2009)

Objetivando preservação das áreas naturais remanescentes, e inviabilizando de fato o projeto de aterro sanitário na área cultural e/ou ecológica em questão, a Lei estadual nº 13.958, de 26/7/2001, criou a Área de Proteção Ambiental - APA - Fazenda Capitão Eduardo<sup>40</sup> (Figura 05) e deu outras providências.

O Povo do Estado de Minas Gerais, por seus representantes, decretou e eu, em seu nome, sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica declarada Área de Proteção Ambiental – APA – Fazenda Capitão Eduardo a área de 521,9252ha (quinhentos e vinte e um hectares, noventa e dois ares e cinquenta e dois centiares) e perímetro de 12.430,24m (doze mil quatrocentos e trinta metros e vinte e quatro centímetros), situada no Município de Belo Horizonte e descrita no Anexo desta Lei.

(Artigo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 20.372, de 9/8/2012.)

Art. 2º - A APA<sup>41</sup> Fazenda Capitão Eduardo destina-se à recuperação, à preservação e à conservação ambiental do terreno mencionado no artigo 1º e:

---

40 Código UNEP-WCMC

Código CNUC: 0000.31.0893

Nome da UC: APA Fazenda Capitão Eduardo

Administração Estadual

Órgão Gestor: IEF/MG - Instituto Estadual de Florestas

Categoria de Manejo: Área de Proteção Ambiental

Categoria UICN: V - Paisagem Terrestre e Marinha Protegidas

Bioma Predominante: Cerrado

Objetivo da UC

Informações complementares (Compilado por IBAMA/CGZAM/COZAM com bases do IBAMA, ICMBio, MMA, OEMA)

Área (ha): 260.00

Ano de Criação: 2001

41 Art. 15. A Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais. (Regulamento)

I - à proteção do ecossistema natural da área;

II - à recomposição da mata ciliar e das demais áreas de preservação previstas em lei;

III - à melhoria das condições ambientais para a recuperação e a proteção da fauna e da flora locais;

IV - à proteção de mananciais e do patrimônio paisagístico.

Art. 3º – (Revogado pelo art. 3º da Lei nº 20.372, de 9/8/2012.)

Dispositivo revogado:

“Art. 3º - É proibido na APA Fazenda Capitão Eduardo:

I - promover ação de desmatamento e degradação ambiental que descaracterize os ecossistemas da área;

II - realizar obra que implique ameaça ao equilíbrio ecológico ou atente contra os objetivos relacionados no artigo 2º desta Lei.”

Art. 4º Para a implantação, administração e gestão da APA Fazenda Capitão Eduardo, será constituído conselho consultivo composto por representantes dos poderes públicos estadual e municipal, de entidades da sociedade civil organizada e da população residente na área abrangida APA de que trata esta Lei.

---

§ 1º A Área de Proteção Ambiental é constituída por terras públicas ou privadas.

§ 2º Respeitados os limites constitucionais, podem ser estabelecidas normas e restrições para a utilização de uma propriedade privada localizada em uma Área de Proteção Ambiental.

§ 3º As condições para a realização de pesquisa científica e visitação pública nas áreas sob domínio público serão estabelecidas pelo órgão gestor da unidade.

§ 4º Nas áreas sob propriedade privada, cabe ao proprietário estabelecer as condições para pesquisa e visitação pelo público, observadas as exigências e restrições legais.

§ 5º A Área de Proteção Ambiental disporá de um Conselho presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente, conforme se dispuser no regulamento desta Lei.

Parágrafo único. O conselho a que se refere o caput deste artigo acompanhará a elaboração do plano de manejo e o zoneamento da APA Fazenda Capitão Eduardo, observado o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte.

(Artigo com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 20.372, de 9/8/2012.)

Art. 5º – (Revogado pelo art. 3º da Lei nº 20.372, de 9/8/2012.)

Dispositivo revogado:

“Art. 5º - A pessoa física ou jurídica que desrespeitar o disposto nesta Lei estará sujeita a responsabilização civil e criminal.”

Art. 6º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º - Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio da Liberdade, em Belo Horizonte, aos 26 de julho de 2001.

ITAMAR FRANCO

Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves

Paulino Cícero de Vasconcellos

José Pedro Rodrigues de Oliveira

ANEXO42

(a que se refere o art. 1º da Lei nº 13.958, de 26 de julho de 2001)

A Área de Proteção Ambiental – APA – Fazenda Capitão Eduardo tem os seguintes limites, medidas e confrontações: inicia-se na barra do Ribeirão da Onça com o Rio das Velhas, chamado de Ponto 1, Marco de Referência IGA 249, de coordenadas UTM E = 617689,0380 e N = 7808792,0920; desse Ponto 1, sobe pela margem esquerda do Rio das Velhas, aproximadamente 4.627,00m (quatro mil seiscentos e vinte e sete metros), até encontrar o denominado Ponto 2, Marco de Referência IGA 250, de coordenadas UTM E = 618892,0480 e N = 7805999,8890; desse Ponto 2, segue em linha reta, com azimute de 270º e distância de 705m (setecentos e cinco metros), passa com

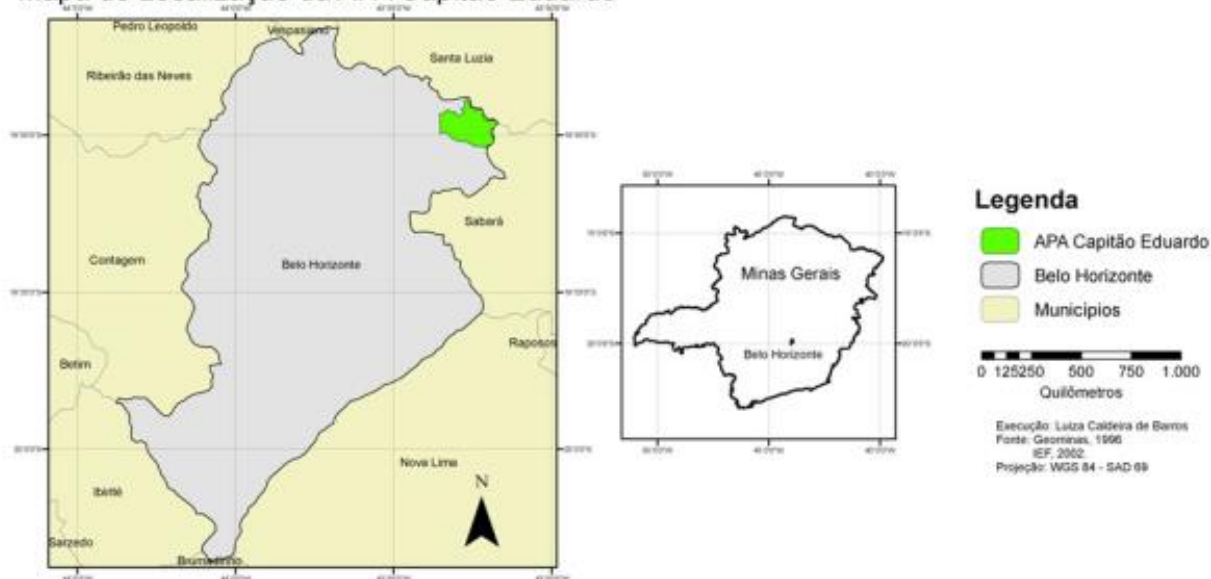
---

42 Anexo acrescentado pelo Anexo da Lei nº 20.372, de 09/08/2012

aproximadamente 41,30m (quarenta e um metros e trinta centímetros), pelo Marco de Referência IGA 250 de coordenadas UTM E = 618892,0480 e N = 7805999,8890 e mais, aproximadamente, 658,00m (seiscentos e cinquenta e oito metros), pelo Marco de Referência IGA 247, de coordenadas UTM E = 618234,0840 e N = 7805999,9550, até encontrar na Rua dos Moreiras o denominado Ponto 3; desse Ponto 3, segue pela Rua Carlos Drumond de Andrade, aproximadamente 50m (cinquenta metros), depois pela Rua Beira Linha, antigo leito da estrada de ferro, aproximadamente 2.326m (dois mil trezentos e vinte e seis metros) e depois pela Rua Padre Argemiro Moreira, aproximadamente mais 200m (duzentos metros), até encontrar o Marco IGA 248, de coordenadas UTM E = 616000,1840 e N = 7806636,8440, localizado no passeio da Rua Padre Argemiro Moreira, denominado Ponto 4; desse Ponto 4, segue em linha reta com azimute de 0° e distância aproximada de 1.229m (mil duzentos e vinte e nove metros), passa aproximadamente 1.200m (mil e duzentos metros) pelo Marco de Referência IGA 251, de coordenadas UTM E = 615999,9570 e N = 7807838,832, até encontrar a margem direita do canal da Estação de Tratamento de Esgoto – ETE – Ribeirão da Onça, no Ribeirão da Onça, denominado Ponto 5; desse Ponto 5, desce pela margem direita do Ribeirão da Onça, aproximadamente 3.292m (três mil duzentos e noventa e dois metros), até encontrar a barra desse Ribeirão da Onça com o Rio das Velhas no Ponto 1, início e fim desta descrição. As coordenadas descritas neste Anexo encontram-se representadas no sistema de projeção Universal Transversa de Mercator – UTM –, referenciadas pelo Meridiano Central nº 45 Wgr; tendo como o “datum” o SAD-69. Os azimutes e distâncias, área e perímetro foram calculados no plano de projeção UTM.

Figura 05 - Mapa da Área Estadual de Proteção Ambiental Capitão Eduardo

### Mapa de Localização da APA Capitão Eduardo



Fonte: <https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/phpy6MMar.pdf/consult/phpy6MMar.pdf>

## OPERAÇÃO CONSORCIADA E URBANIZAÇÃO DESENFREADA

Na época da criação da APA, o Decreto municipal nº 10.745/2001 declara para fins de servidão pública, imóvel situado na Fazenda Capitão Eduardo, e o Decreto municipal nº 11.135/2002 aprovou a planta de loteamento de terreno no Bairro Capitão Eduardo, na região popularmente conhecida como Conjunto Capitão Eduardo, integrante da Zona de Especial Interesse Social - III, (ZEIS-343), estabelecendo Normas Específicas de Uso e Ocupação do solo (Figura 06), delimitando a poligonal da ZEIS em questão e dando outras providências correlacionadas. A Lei municipal nº 8.414/2002 oficializou o nome de Bairro

43 Decreto municipal nº 11097/2002 (**Ementa:** Aprova a planta de loteamento de terreno no Bairro Antônio Ribeiro de Abreu, na região popularmente conhecida como Conjunto Paulo VI, integrante da Zona de Especial Interesse Social-3 (ZEIS-3), estabelece Normas Específicas de Uso e Ocupação do Solo, delimita a poligonal da ZEIS em questão e dá outras providências) São ZEISs as regiões nas quais há interesse público em ordenar a ocupação, por meio de urbanização e regularização fundiária, ou em implantar ou complementar programas habitacionais de interesse social, e que se sujeitam a critérios especiais de parcelamento, ocupação e uso do solo, subdividindo-se nas seguintes categorias :  
 I - ZEISs-1, regiões ocupadas desordenadamente por população de baixa renda, nas quais existe interesse público em promover programas habitacionais de urbanização e regularização fundiária, urbanística e jurídica, visando à promoção da melhoria da qualidade de vida de seus habitantes e a sua integração à malha urbana;  
 II - ZEISs-2, regiões não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas, nas quais há interesse público em promover programas habitacionais de produção de moradias , ou terrenos urbanizados de interesse social;  
 III - ZEISs-3, regiões edificadas em que o Executivo tenha implantado conjuntos habitacionais de interesse social.



Capitão Eduardo e a Lei municipal nº 8.425/2002 consolidou uma unidade de saúde municipal. Para a Prefeitura Municipal (2022, on line):

O processo de urbanização tem provocado impactos e danos ambientais significativos, além de várias formas de mudanças culturais. Geralmente, as principais cidades brasileiras apresentam áreas centrais bem estruturadas, em relação às ocupações periféricas sem planejamento e com irregularidades perante à legislação de ocupação e uso da terra. Tanto a prestação de serviços públicos quanto a distribuição de equipamentos de consumo coletivo são extremamente desiguais, e as áreas ocupadas pela população de risco social são carentes de saneamento básico, de equipamentos de saúde e educação, de áreas de lazer e espaços verdes. A APA Fazenda Capitão Eduardo está localizada na periferia da capital mineira, nos limites dos municípios de Sabará e Santa Luzia, na região nordeste. Sua efetivação representa um instrumento de proteção, ordenamento e democratização do espaço em uma das poucas regiões do Município de Belo Horizonte que apresentam áreas em urbanização e não urbanizadas com características rurais.

Figura 06 - Parcelamento de solo em área de vegetação descaracterizada entre Beija Flor e Capitão Eduardo



Fonte: <https://praxisbh.com.br/projetos/plano-diretor-da-fazenda-capitao-eduardo/>

A Lei municipal nº 9.065/2005 instituiu a Operação Urbana na área cultural e/ou ecológica denominada Gleba I da antiga Fazenda Capitão Eduardo e o Decreto municipal nº 14.357/2011, cuja ementa, declarou de interesse social, para fins de desapropriação, imóveis situados em vários Bairros da Capital, dentre eles, o Capitão Eduardo e o Paulo VI. O Decreto municipal nº 14.755/201144 declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóveis situados no Bairro Capitão Eduardo e o Decreto municipal nº 15513/2014, declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóvel situado no Bairro Capitão Eduardo. Por fim, Decreto municipal nº 15.812/2014 declarou de interesse social, os projetos de loteamento destinados à construção de habitações de interesse social (Figura 07) enquadradas no Programa Federal Minha Casa, Minha Vida”, denominados BH Morar/Capitão Eduardo e Parque Cerrado. Segundo o site Ocupação Urbana (OUC) Interdisciplinar (2022, on line):

A **Operação Urbana** é o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Executivo Municipal, com a participação de agentes públicos ou privados, com o objetivo de viabilizar projetos urbanos de interesse público. classificando-se em Operações Urbanas Simplificadas e Operações Urbanas Consorciadas.

A **Operação Urbana Simplificada**, sempre motivada por interesse público, destina-se a viabilizar intervenções tais como: tratamento urbanístico de áreas públicas; abertura de vias ou melhorias no sistema viário; implantação de programa habitacional de interesse social; implantação de equipamentos públicos; recuperação do patrimônio cultural; proteção ambiental; reurbanização; amenização dos efeitos negativos das ilhas de calor sobre a qualidade de vida; regularização de edificações e de usos; requalificação de áreas públicas.

**Operação Urbana Consorciada (OUC)**, foco de investigação do grupo, é um instrumento de planejamento urbano previsto no Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) que tem por finalidade promover transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental em áreas urbanas definidas pelo Plano Diretor municipal. Para serem implementadas, as Operações Urbanas devem ser aprovadas por uma lei municipal específica que, além do Plano Urbanístico da Operação Urbana, deve conter no mínimo a definição da área a ser atingida, programa básico

---

44 Travessia Urbano-rural “Leitura de Paisagens da APA Capitão Eduardo”, no dia 12 de Setembro de 2011 (2ª feira), realizado no período de 08h00 às 11h00

de ocupação da área, programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação, finalidades da operação, estudo prévio de impacto de vizinhança, contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados e forma de controle da operação obrigatoriamente compartilhado com representação da sociedade civil.

**Definição de Operação Urbana na Lei Federal nº 10.257/10 (Estatuto da Cidade). Art. 32.** – Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações *consorciadas*. *1º – Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.*

**Definição de Operação Urbana Consorciada na Lei Municipal de Belo Horizonte nº 7.165/96 (Plano diretor de Belo Horizonte) Art. 69** – Operação Urbana Consorciada é o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder *Executivo Municipal, com a participação dos* proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores *privados, com o objetivo de alcançar transformações* urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização *ambiental, podendo ocorrer em qualquer área do Município.*

Figura 07 - Conjunto MORAR Capitão Eduardo



Fonte:

<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2013/12/clj-apreciou-emendas-ao-projeto-que-institui-opera%C3%A7%C3%A3o-urbana-no-capit%C3%A3o>

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No texto é nitidamente possível ver a necessidade emergencial de criação de uma UC, de uso sustentável para minimizar os impactos da urbanização desenfreada. A Comissão de Meio Ambiente da Câmara dos Deputados acatou um projeto que torna

imprescindível a efetivação de consulta pública e estudos técnicos prévios para a diminuição ou extinção de UCs. Presentemente, a reivindicação só existe para a concepção de UCs nessas áreas culturais e/ou ecológicas. Agora, a sugestão segue para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ). O deputado Rodrigo Agostinho (PSB/SP), autor do texto, enunciou parecer favorável. O Projeto de Lei 8671/2017 do deputado Carlos Henrique Gaguim (PODE/TO) tramita na Casa desde setembro de 2017.

O que se conclui é que a expansão urbana e toda a infraestrutura que ela demanda para existir romperam com a sustentabilidade ao se extinguir a APA. Com a criação dessas áreas culturais e/ou ecológicas, a justificativa é que a extinção ou diminuição intervenha inteiramente nos interesses e direitos da população local e das comunidades em geral. Imediatamente, a população necessita ser escutada. Hoje em dia, para diminuir ou extinguir uma UC, basta o governo ou o próprio Congresso submeter um PL, que tramitará tanto na Câmara quanto no Senado. O relator Rodrigo Agostinho percebe que a consulta prévia à população alcançada pela modificação na UC vai aperfeiçoar o método de decisão, tornando-os mais democráticos e acessíveis.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. **DECRETO 5893, DE 27/09/1960: DECLARA DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA EFEITO DE DESAPROPRIAÇÃO, TERRENOS E BENFEITORIAS NELES EXISTENTES, DESTINADOS À AMPLIAÇÃO DA ÁREA DA NOVA CIDADE INDUSTRIAL DE SANTA LUZIA.** Disponível em <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=5893&comp=&ano=1960>> Acesso em 20. Mar. 2022

BARBOSA, Malba Tahan. **Educação Ambiental Popular: a experiência do Centro de Vivência Agroecológica - CEVAE/Taquaril** (Dissertação de Mestrado) Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/MPBB-8EELPK>> Acesso em 25. Mar. 2022

BEZERRA, Miriam Regina de Sousa. **O movimento de luta por moradia no bairro Capitão Eduardo: processos educativos resgatados pelas lembranças dos seus primeiros moradores.** (Mestrado em Educação e Movimentos sociais). Universidade Federal de Minas Gerais Disponível em <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/HJPB-6VZJYY>> Acesso em 27. Mar. 2022



CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI Nº, DE 2017 (Do Sr. CARLOS HENRIQUE GAGUIM) Exige a realização de consulta pública para a redução ou extinção de uma unidade de conservação.** Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1600680&filename=PL+8671/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1600680&filename=PL+8671/2017)> Acesso em 24. Mar. 2022

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Audiência Externa Bairro Capitão Eduardo.** Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/t%C3%B3picos/bairro-capit%C3%A3o-eduardo>> Acesso em 22. Mar. 2022

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **CEVAE CAPITÃO EDUARDO: Comissão inicia visitas técnicas aos centros de vivência agroecológica de BH.** Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/assunto/cevae-capit%C3%A3o-eduardo>> Acesso em 27. Mar. 2022

SITE O ECO. **População deverá ser ouvida sobre redução ou extinção de unidade de conservação**

**Comissão de Meio Ambiente da Câmara aprovou obrigatoriedade de consulta pública e Texto segue para a Comissão de Constituição e Cidadania.** Disponível em <<https://oeco.org.br/salada-verde/populacao-devera-ser-ouvida-sobre-reducao-ou-extincao-de-unidade-de-conservacao/#:~:text=Atualmente%2C%20para%20reduzir%20ou%20extinguir,na%20C%C3%A2mara%20quanto%20no%20Senado.>> Acesso em 25. Mar. 2022

CULTIVANDO SABERES. **CEVAE – Centro de Vivência Agroecológico Capitão Eduardo.** Disponível em <<https://cultivandosaberes.wordpress.com/centro-de-vivencia-agroecologico-cevae-capitao-eduardo/>> Acesso em 26. Mar. 2022

DIÁRIO DAS LEIS. **Decreto nº 25865 de 24/11/1948: Cria o Parque Nacional de Paulo Afonso. / PE** Poder Executivo Federal (D.O.U. 26/11/1948) Disponível em <<https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/110596-cria-o-parque-nacional-de-paulo-afonso.html>> Acesso em 26. Mar. 2022

DOMINGUES, Joelza Ester. Fechado o Parque Nacional de Sete Quedas. In: Blog Ensinar História. Disponível em <<https://ensinarhistoria.com.br/linha-do-tempo/fechado-parque-nacional-sete-quedas-parana/>> - - > Acesso em 27. Mar. 2022



EUCLYDES Ana Carolina Pinheiro. **ÁREAS PROTEGIDAS E ESPAÇO ABSTRATO: CONTRADIÇÕES DAPOLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA E DESVIO NA APA FAZENDA CAPITÃO EDUARDO (BELO HORIZONTE, MINAS GERAIS).** Disponível em <<http://anais.anpur.org.br/index.php/anaisenanpur/article/download/1680/1659/>> Acesso em 28. Mar. 2022

FAVELA É ISSO AI. **Conjunto Capitão Eduardo.** Disponível em <<https://www.favelaeissoai.com.br/comunidades/conjunto-capitao-eduardo/>> Acesso em 20. Mar. 2022

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **APA Fazenda Capitão Eduardo.** Disponível em <<https://uc.socioambiental.org/pt-br/arp/3503>> Acesso em 23. Mar. 2022

JORNAL HOJE EM DIA. **Área de proteção ambiental Fazenda Capitão Eduardo pode ser extinta em BH.** Disponível em <<https://www.hojeemdia.com.br/minas/area-de-protec-o-ambiental-fazenda-capit-o-eduardo-pode-ser-extinta-em-bh-1.321018>> Acesso em 25. Mar. 2022

JORNAL O TEMPO. **Projeto de lei quer transformar reserva de BH em conjunto habitacional.** Disponível em <<https://www.otempo.com.br/cidades/projeto-de-lei-quer-transformar-reserva-de-bh-em-conjunto-habitacional-1.1099629>> Acesso em 22. Mar. 2022

OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA BH. **Conceitos de Operações Urbanas Conceituadas.** Disponível em <. [http://oucqh.indisciplinar.com/?page\\_id=15](http://oucqh.indisciplinar.com/?page_id=15)> Acesso em 23. Mar. 2022

PRAXIS BH. **Plano Diretor da Fazenda Capitão Eduardo.** Disponível em <<https://praxisbh.com.br/projetos/plano-diretor-da-fazenda-capitao-eduardo/>> Acesso em 24. Mar. 2022

PREFEITURA DE BELO HORIZONTE. **CEVAE Capitão Eduardo.** Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/fundacao-de-parques-e-zoobotanica/informacoes/cevae/capitao-eduardo>> Acesso em 21. Mar. 2022

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA. **Ferrovia administrada pela Vale terá trecho de cerca de 1 km duplicado em Santa Luzia.** Disponível em <<https://www.santaluzia.mg.gov.br/v2/index.php/noticiasv3/ferrovia-administrada-pela-vale-tera-trecho-de-cerca-de-1-km-duplicado-em-santa-luzia/>> Acesso em 29. Mar. 2022

SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **EIA/EIV/RIMA do Programa BH: Morar Capitão Eduardo.** Disponível em <<http://www.meioambiente.mg.gov.br/noticias/2280-bh-morarcapitao-eduardo>> Acesso em 28. Mar. 2022

SITE ESTAÇÕES FERROVIÁRIAS. **Estação Ferroviária de Capitão Eduardo.** Disponível em <[http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb\\_mg\\_linhacentro/capeduardo.htm](http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb_mg_linhacentro/capeduardo.htm)> Acesso em 26. Mar. 2022

SITE JUSBRASIL. **Projeto modifica APA Fazenda Capitão Eduardo, em BH.** Disponível em <<https://al-mg.jusbrasil.com.br/noticias/3173456/projeto-modifica-apa-fazenda-capitao-eduardo-em-bh>> Acesso em 24. Mar. 2022

SITE LEIS ESTADUAIS. **LEI Nº 20.372, de 09/08/2012: ALTERA A LEI Nº 13.958, DE 26 DE JULHO DE 2001, QUE CRIA A ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - APA - FAZENDA CAPITÃO EDUARDO.** Disponível em <<https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-20372-2012-minas-gerais-altera-a-lei-no-13-958-de-26-de-julho-de-2001-que-cria-a-area-de-protecao-ambiental-apa-fazenda-capitao-eduardo>> Acesso em 23. Mar. 2022

SITE NOSSOS PARQUES. **Extinção de Área de Proteção Ambiental tem parecer favorável em comissão da ALMG.** Disponível em <<https://nossosparques.org.br/pt-br/noticia/155165>> Acesso em 21. Mar. 2022

TELLES, Liliam. **AGRICULTURA URBANA AGROECOLÓGICA: TECENDO A HISTÓRIA DA AÇÃO DA REDE EM BELO HORIZONTE-MG.** Disponível em <<https://silo.tips/download/agricultura-urbana-agroecologica-tecendo-a-historia-da-acao-da-rede-em-belo-horiz>> Acesso em 21. Mar. 2022

## **DIREITO DIGITAL: A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS SOB PERSPECTIVA DE SUA PENHORA PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO**

**ALESSANDRA GABRIELA GOMES DE CASTRO:**  
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Una  
Contagem. Endereço eletrônico <sup>45</sup>

**CARINE RAMOS PEREIRA LAGE DE OLIVEIRA**<sup>46</sup>

(coautora)

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo analisar o Instituto do Patrimônio Digital e destacar a necessidade de regulamentação legal desse tema no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Internet e a sociedade estão cada vez mais entrelaçadas. O objetivo é entender as possíveis consequências e implicações e investigar a possibilidade de penhora das moedas virtuais. Para realizar este estudo, foi realizado uma pesquisa bibliográfica nas principais obras relacionadas ao processo de execução. Em relação ao conceito de criptomoeda, são necessárias pesquisas com foco em vários livros e artigos reconhecidos na área para compreendê-lo. Em seguida, foi realizada a análise da possibilidade de penhora aqueles que utilizam e possui carteira com ativos digitais.

**Palavras- Chave:** Criptomoedas, Exchanges, Moeda Digital, Penhora, Processo de Execução.

**Abstract:** This work aims to analyze the Institute of Digital Heritage and highlight the need for legal regulation of this topic in the Brazilian legal system, since the Internet and society are increasingly intertwined. The objective is to understand the possible consequences and implications and investigate the possibility of pawning virtual currencies. To carry out this study, a bibliographic research was carried out in the main works related to the execution process. Regarding the concept of cryptocurrency, research focusing on several recognized books and articles in the area is needed to understand it. Then, the analysis of the possibility of attachment of those who use and have a portfolio with digital assets was carried out.

**Keywords:** Cryptocurrencies, Exchanges, Digital Currency, Pledge, Execution Process.

---

<sup>45</sup> e-mail: aledavid2@gmail.com

<sup>46</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Una Contagem. Endereço eletrônico: carinelage18@outlook.com

## 1 INTRODUÇÃO

As novas tecnologias, principalmente as criptomoedas e outras moedas digitais, estão se tornando parte da consciência pública e têm tudo para crescer, principalmente nos mercados emergentes, o que trouxe grande curiosidade sobre o direito, principalmente o Direito Privado. (TARTUCE, 2018) Fica claro que a regulamentação legal em matéria de Bens Digitais necessita de uma atualização, pois o direito processual com suas regras e procedimentos também passou por uma atualização para atender a uma nova realidade do código da era digital, em consonância com o Código de Processo Civil, atualizado em 2015, propiciando maior segurança jurídica a quem navega na rede.

Em busca de uma resposta mais precisa às dúvidas da sociedade, a jurisprudência ganhou um novo ramo denominado Direito Digital, que visa estudar o direito nos avanços tecnológicos, pois não poderia ser de outra forma, o legado do direito não escapa dessa influência, o que gerou intensos debates sobre a transmissão do chamado patrimônio digital.

À medida que a tecnologia avança, as transações digitais estão se tornando mais comuns devido à facilidade de uso e praticidade. O dinheiro digital tem sido amplamente utilizado desde o surgimento contemporâneo das criptomoedas, e a primeira moeda digital a ser concebida foi o Bitcoin, criado por Satoshi Nakamoto em 2008. (EDERLI, PALMA, BERTONCELLO, 2021) Foi a porta de entrada para este novo modelo de dinheiro digital, por meio de sua forte segurança e proteção fornecida pela infraestrutura de uma nova tecnologia de segurança denominada *Blockchain*. (FOXBIT, 2019, ).

A criptomoeda é um dinheiro que, diferentemente dos outros, é totalmente digital, além de ser independente e descentralizada, ou seja, não tem influência do governo e de bancos físicos ou digitais. Funciona como um sistema monetário baseado em um dinheiro sólido, internacional e apolítico, seja na forma de Bitcoin ou de um sistema de ouro privado, seria um sistema genuinamente capitalista, um sistema que facilitaria as transações livres e voluntárias entre indivíduos e empresas dentro e além das fronteiras, um sistema estável e fora do controle de políticos. (GIBRAN, 2017, ).

As pessoas acumulam bens durante toda a vida, nos últimos tempos é evidente o aumento da aquisição de bens no ambiente virtual. Cada vez mais, as mudanças sociais ocorrem em prazos mais curtos e a adaptação deve ser rápida o suficiente para acompanhá-las. Os modelos de negócios e as relações interpessoais e de trabalho estão mudando, mas para o Direito é impossível acompanhar tantas mudanças. Portanto, na medida do possível, é necessário realizar um exercício hermenêutico, usando uma abordagem integrada de analogia e interpretação sistemática, principalmente no âmbito do Direito Digital.

Pois com o crescente uso da Internet e as grandes oportunidades que ela oferece no ambiente virtual, se torna necessário analisar a situação de uma possível carteira digital com criptoativos e seu impacto no mundo do Direito, o presente estudo tem como arcabouço tratar de forma clara e objetiva a relação jurídica dessas novas moedas com a possibilidade de penhora.

## **2 A EXCHANGE**

Exchange é uma palavra em inglês que significa intercâmbio, troca, permuta, câmbio, ou seja, uma *exchange* é uma corretora de criptoativos, mas diferentemente das casas de câmbio tradicionais ela é uma plataforma eletrônica que só existe no ambiente digital, e visa facilitar a compra, a venda e a troca de moedas digitais e tokens. (CHAVES, 2021,)

Essas empresas trabalham ligando compradores e vendedores, objetivando garantir uma transação prática e segura. Para que se possa começar a comprar ou vender, é necessário preencher um cadastro e, em alguns casos, enviar alguns documentos solicitados, visando assim um ambiente seguro para que sejam realizadas tais transações. (CHAVES, 2021)

É importante frisar a importância dessas *exchanges*, haja visto que não existe nenhum impedimento entre a troca direta de criptomoedas, ou seja, a venda de um criptoativo de um indivíduo para outro, já que toda transação pode ser feita pela internet. Contudo, sem a mediação de uma *exchange*, é impossível saber a procedência dos recursos. Sendo assim, quando falamos do comércio de uma criptomoeda de uma pessoa para outra esbarramos na questão da segurança e da confiança, principalmente quando o envio do valor em moeda fiduciária ou outro criptoativo é feito antecipadamente. (CHAVES, 2021)

Essa venda direta entre usuários é chamada de P2P, e, quando ela ocorre, é impossível saber a origem dos recursos que transitaram na conta do comprador, principalmente no caso de moedas fiduciárias. Isso pode ser considerado como uma transação suspeita para alguns órgãos governamentais, como a Receita Federal. Sendo assim, as *exchanges* existem para reduzir essa exposição a riscos, pois elas trabalham de maneira semelhante às corretoras tradicionais, oferecendo uma estrutura idônea e um ambiente seguro, respeitando toda a legislação vigente para a compra e venda de criptoativos. (CHAVES, 2021)

Segundo Chaves (2021) para atuar, as *exchanges* não precisam seguir nenhuma regulamentação específica, contudo a Receita Federal exige uma declaração mensal dos investimentos de cada cliente.

## 2.1 Regulamentação e Natureza Jurídica das Criptomoedas

A Criptomoeda ou moeda digital é criptografado, para garantir a proteção e a segurança de quem o utiliza. Este valor monetário, ao contrário da moeda tradicional, existe apenas no universo virtual.

Conforme informa Maia (2019), o debate sobre a regulamentação ou não das criptomoedas já existe e parte da premissa de que ela pode tornar a economia mais eficiente, afastando assimetrias informacionais e eliminando falhas de mercado. Por conseguinte, a regulação das criptomoedas deve ocorrer e contribuirá decisivamente para o avanço da tecnologia e prestígio das práticas privadas. Sendo assim, uma regulação eficiente para permitir o avanço tecnológico certamente contribuirá para a consolidação do sistema alternativo de moedas virtuais. O Estado, no entanto, deve conjugar essa realidade com o dever de proteção à economia popular, focando em identificar os riscos e criar os instrumentos para reduzi-los. Os atos ilícitos, em qualquer esfera (administrativa, penal ou civil), devem ser repudiados e combatidos. Consoante o pensamento de Maia (2019),

O que não se pode conceber é que o Estado atribua o status de crime a uma atividade econômica pelo simples fato de não saber lidar com ela- e, muito menos, a um ato isolado de compra de uma criptomoeda -, não havendo sequer como justificativa uma resposta penal enquanto não se vislumbra eventuais danos em potencial (NAJJARIAN, 2019, p. 786).

Ao examinarmos a natureza jurídica das moedas virtuais buscando assim a determinação das formas de proteção de seus usuários, observando a emergência de tais moedas como forma de redução de custos na intermediação financeira e sua crescente mercantilização como ativos de investimento, chegamos a conclusão de que essas moedas virtuais ainda possuem uma natureza jurídica indeterminada. Ou seja, juridicamente, não podem ser consideradas moedas, mas suas aplicações criam relações contratuais entre os usuários e os intermediários.

## 2.2 Responsabilidade Civil das *Exchanges*

A internet trouxe diversas inovações ao sistema econômico mundial, é certo, também, que diversas novas formas de investimento foram criadas ao longo dos anos e que passamos hoje por um crescimento nunca visto antes. O investimento, que antes era



restrito a pessoas de alto poder aquisitivo e realizado em grandes instituições bancárias, agora se distribui em diversos tipos de corretoras e instituições que conseguem abranger um maior número de clientes, devido as baixas taxas e a grande variedade de capital inicial necessário para criação de uma carteira de investimentos.

As criptomoedas e as suas casas de câmbio (*exchanges*), abriram as portas para investimentos altamente rentáveis e que necessitam de um aporte inicial baixo. Sendo assim, no âmbito jurídico, visto a não regulação, supervisão ou acompanhamento do Banco Central ou qualquer órgão regulador, gera uma insegurança, onde observa-se a necessidade de um estudo jurídico diante dos inúmeros conflitos que surgem e sobre as responsabilidades civis dessas instituições em relação aos seus consumidores, conforme demonstrada a relação eminentemente de consumo estabelecida.

Com a inovação do Marco Civil da Internet, que visa regular as inovações provenientes da rede mundial de computadores, e proteger as informações presentes, além de dispor sobre a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet. Sobre as proteções oferecidas ao comerciante eletrônico Araújo destaca:

Atuando como agente econômico, precisa ter todas as condições de proteção legal para sua atuação, mais ainda do que o comerciante tradicional, pois ele necessita da preservação de todos os seus dados e informações que transitam em ambiente cibernético, precisa de estabilidade e segurança das funcionalidades proporcionadas pelos meios eletrônicos para ter conexão com a Internet 24 horas, precisa ter acesso à difusão de novos padrões de tecnologias e modelos de uso e acesso. (ARAÚJO, 2017, p. 113).

Neste sentido, a Lei 12.965/2014 dá guarida ao comerciante eletrônico enquanto usuário da rede mundial de computadores, preservando sua liberdade econômica, inclusive a liberdade de inovar, criar e desenvolver livremente quaisquer modelos de negócios no âmbito da rede Internet, ressalvadas as vedações legais (artigo 3o, inciso VIII), o que denota o reconhecimento de que ela é um ambiente de mercado e de oportunidade de lucros. (ARAÚJO, 2017, p. 113)

Posto isso, a partir das normas postas no ordenamento jurídico brasileiro, e sabendo que os criptoativos representam uma relação de consumo quando intermediadas por *exchanges*, cabe a análise das responsabilidades e as medidas de proteção dos usuários

que utilizam desse serviço e o modo em que as normas do Marco Civil da Internet influenciam e protegem o comércio eletrônico. (ARAÚJO, 2017).

Sobre a proteção do Código Civil tem-se que diante da ausência de previsão expressa e específica que trate da natureza da atividade das agências que atuam como casas de câmbio entre moeda nacional e as criptomoedas e as proteções específicas que decorreriam dessas caracterizações torna aplicável a proteção do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor por exclusão.

Embora o Direito Digital e suas normas distintas exploradas no Marco Civil da Internet, é relevante demonstrar que o Direito Digital não é ramo específico do Direito, mas extensão de conceitos e aplicações de ramos tradicionais da ciência jurídica, em que se aplica os institutos desses ramos as relações criadas e que não distintas as normas definidas em específico. Dessa forma, as empresas que operam na intermediação das operações de compra e venda ou troca de criptomoedas, devem obedecer às regras no que concerne à sua constituição como pessoa jurídica e as consequências resultantes dessa atribuição, não podendo se valer da falta de regulamentação específica para se desobrigar de deveres ligados à atividade econômica. Conclui-se então que as empresas focadas no mundo digital devem praticar os mesmos atos que as empresas tradicionais para sua constituição. (CASTRO, 2019 ).

Devendo ser aplicados os dispositivos pertencentes aos ordenamentos do Código Civil, em especial às consequências da responsabilidade civil, danos morais e materiais e as disposições gerais sobre os contratos e as obrigações deles decorrentes, sendo cabíveis nas relações estabelecidas entre os usuários e as *exchanges*, de modo que, no cenário jurídico brasileiro atual, existe regulação no que tange às criptomoedas no que couber ao Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.(CASTRO, 2019).

### **2.3 Cold Wallet e as Exchanges**

A propriedade de criptoativos decorre de registros em uma rede que contém cópias dos pseudônimos dos usuários, que funcionam como endereços para envio e recebimento, e do histórico de transações. Fala-se, assim, de um registro distribuído (*distributed ledger*), também referido como rede *blockchain*. Para que o usuário possa "acessar" seu saldo e autorizar transações, ele deve definir um par de números, uma chave pública e uma chave privada, que estão associados a uma "carteira" (wallet), contudo não existem mecanismos de recuperação da chave privada e a propriedade é uma questão de fato, e não de direito, sendo assim, só quem tem a chave privada consegue dispor do saldo em criptoativos. (MUXFELDT, ZUGMAN, BASTOS, COSTA, 2021).

Ressalta-se que um dos maiores desafios para as autoridades tributárias e de prevenção à lavagem de dinheiro é a dificuldade de identificação dos titulares dos

criptoativos, haja visto que o acesso à rede *blockchain* se dá por meio de pseudônimos, com o uso de chaves criptográficas. Contudo, algumas *exchanges*, viabilizam a sua negociação com maior segurança, exigindo dados dos seus clientes para a criação de contas e, nesses casos, é possível requerer desses intermediários as informações necessárias para fiscalização — o que a Receita Federal previu na IN nº 1.888/2019 para viabilizar a cobrança de IR — e constrição de patrimônio, como tem sido praticado pelo Poder Judiciário ao enviar ofícios para *as exchanges* em processos de execução. (MUXFELDT, ZUGMAN, BASTOS, COSTA, 2021).

Por outro lado, temos a *cold wallet* conhecida como carteira fria, ou como *paper wallet*, é uma carteira utilizada para armazenar criptomoedas offline. Ou seja, é uma forma para guardar os ativos em uma carteira que não está conectada à internet. Neste local, é possível guardar desde as chaves públicas até as privadas, que permitem o acesso às criptomoedas *Bitcoins* e *altcoins*, além de validar as transações e guardar as criptomoedas, a sua principal função. (ISMAR, 2021)

De maneira geral, as carteiras de criptomoedas possuem chaves privadas e restritas ao usuário, porém, o endereço público. Por outro lado, uma *cold wallet* tem a função de armazenar criptomoedas, o que oferece maior segurança aos investidores, quando o investidor cria uma carteira como essa, ele pode transferir as criptomoedas para o endereço *offline*, que mantém os ativos seguros e sem contato com a internet. (ISMAR, 2021)

As carteiras frias, ou *cold wallet*, têm tipos diferentes e opções físicas, que são: *paper wallet*: uma carteira de papel, que permite impressão física de chaves; *hardware wallet*: consiste em um dispositivo eletrônico que arquiva chaves públicas e privadas offline; *USB wallet*: dispositivo que permite salvar chaves privadas, considerado o mais simples, porém é preciso armazenar o USB em local seguro; *desktop wallet*: carteiras instaladas no computador pessoal do investidor e não se conectam a internet. (ISMAR, 2021).

Com a grande incidência de ataques cibernéticos, que causam prejuízos, a *cold wallet* é uma alternativa para proteção. Ou seja, você pode guardar as criptomoedas em segurança em dispositivos e *softwares* sem conexão com a rede até o momento que desejar movimentá-las. Assim, a carteira permite maior controle das criptomoedas para o armazenamento seguro e livre de *hackers*. Entretanto, ainda é preciso utilizar a internet sempre que for necessário fazer movimentações e comercializar as moedas. (ISMAR, 2021).

Portanto, se a corretora não mais estiver custodiando as criptomoedas ou não detiver as chaves privadas, embora possa fornecer informações do usuário, quando solicitados pelo judiciário em um processo de penhora, essa carteira não poderá efetivar a

penhora ou o arresto esperado e nada mais poderá ser feito, pois a criptomoeda não permite o atendimento de ordem judicial à revelia da vontade do seu titular. (AZI, 2021).

### **3 SISBAJUD E A EXPROPRIAÇÃO**

#### **3.1 O Novo Sistema Sisbajud e Suas Inovações**

O Sisbajud é um sistema que a justiça brasileira utiliza para realizar bloqueios e desbloqueios de contas bancárias, transferir valores de contas correntes e afastar o sigilo bancário. O Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (Sisbajud) faz a integração entre o Poder Judiciário e as instituições financeiras, por meio do Banco Central (BC). (VICENT, 2021).

Esse sistema foi desenvolvido sem olvidar do princípio da menor onerosidade, com a existência de campo para indicação do limite do valor que se pretende bloquear. Vale lembrar que, nos termos do art. 854, §3º, do CPC/2015, é ônus do executado demonstrar que as quantias tornadas indisponíveis eram impenhoráveis, ou que houve excesso de constrição dos ativos financeiros, o que é suscitado e decidido a posteriori, isto é, após a realização do bloqueio. (BECKER, 2021).

Lançado em 25 de agosto de 2020 durante a segunda reunião preparatória da 14ª Conferência Nacional do Judiciário. BRASIL, 2020. O nome é uma sigla para o Sistema de Busca de Ativos Judiciais, que surgiu por meio de um acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça, o Banco Central do Brasil e a Procuradoria Geral do Ministério da Fazenda Nacional. Substitui o anterior Bacenjud e tem como objetivo garantir a validade das decisões judiciais e a flexibilidade na liquidação de dívidas. Por meio do novo sistema, os investimentos em imóveis, móveis, ações e títulos de renda fixa podem ser bloqueados. Além disso, o Sisbajud permite maior acesso à pesquisa de dados. (SHINGAKI, OIOLI, 2021).

O Sisbajud substituiu o BacenJud, e as mudanças que ele traz são significativas sua função é encurtar os prazos de execução e melhorar a eficácia dos anexos judiciais, simplificando a transmissão de pedidos de informação e ordens judiciais ao sistema financeiro nacional. Isso porque antes disso, esses procedimentos só eram realizados naturalmente por meio de cartas enviadas às instituições financeiras, o que acabou resultando em um tempo de espera muito maior para a execução de qualquer procedimento. Além da maior probabilidade de localização de bens em nome do devedor, a grande novidade do Sisbajud é a repetição automática de ordens de congelamento, congelamentos de agendamento e transferências de bens até o total congelamento do valor da dívida. Assim, o sistema Sisbajud, sem dúvida, proporciona maior eficácia, garantindo um leque de possibilidades de satisfação do crédito em favor dos credores. (NEVES, 2020).

O Sisbajud é fruto de um acordo de colaboração tecnológica anunciado entre o CNJ e a Procuradoria da fazenda Nacional (PGFN) com o objetivo de melhorar a forma como o Judiciário comunica ordens às instituições financeiras. O BC faz parte do Grupo Gestor do Sisbajud e é responsável pela manutenção da infraestrutura de comunicação com as instituições financeiras e pela articulação com o Cadastro Nacional de clientes do Sistema Financeiro (CCS). (SHINGAKI, OIOLI, 2021).

Já com relação às criptomoedas não é possível a penhora através desse sistema, por isso, cabe ao interessado arrolar cada uma das *Exchanges* e requerer o envio de Ofício para cada uma delas. Por isso torna-se imprescindível, que o interessado possua indícios de que a parte demandada seja titular de bens dessa natureza, conforme bem ressaltado na jurisprudência colacionada. (SILVA, 2020).

### **3.2 O Exequente e a Expropriação**

A expropriação é o instituto jurídico que visa, para fins de satisfação do crédito do exequente, desapossar o executado de seus bens. O Código de Processo Civil reconhece duas maneiras para a realização da satisfação de crédito, a primeira é o cumprimento de sentença, o qual se insere na mesma relação processual do processo principal e a segunda o processo de execução, que é uma relação autônoma, que origina novos autos.

Podem ser executados tanto os títulos judiciais quanto os extrajudiciais, desde que nenhuma nulidade os atinja, pois a execução será nula sempre que se basear em um crédito que não seja líquido, certo e exigível, conforme o artigo 783 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Humberto Theodoro (2019, p.465) conceitua o instituto da penhora como:

O primeiro ato por meio do qual o Estado põe em prática o processo de expropriação executiva. Tem ela a função de individualizar o bem, ou os bens, sobre os quais o ofício executivo deverá atuar para dar satisfação ao credor e submetê-los materialmente à transferência coativa. É, em síntese, o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa.

A expropriação judicial se caracteriza pela finalidade de se transferirem bens ou valores do patrimônio do executado para o patrimônio do exequente nos limites do crédito exequendo a referida etapa para obter a satisfação do crédito exequendo pode apresentar diversas variantes, a depender da ocorrência de certas condições previstas na lei processual.

O art. 825 do Código de Processo Civil elenca as três espécies de expropriação de bens, quais sejam, a adjudicação, a alienação e a apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens, *in verbis*. Há doutrinadores que, inclusive, apontam quatro espécies ou formas expropriatórias, subdividindo a alienação em duas subespécies ou modalidades: por iniciativa particular e por leilão público.

O novo sistema Sisbajud em funcionamento possibilita aos magistrados a emissão de ordens às instituições financeiras, que incluem cópia dos contratos de abertura de conta corrente e de conta de investimento, fatura do cartão de crédito, contratos de câmbio, cópias de cheques, além de extratos do PIS e do FGTS. Esses mecanismos constituem ferramentas importantes para localização e compreensão adequada da capacidade financeira dos executados. Também podem ser objeto de bloqueio valores em conta corrente, assim como ativos mobiliários, como títulos de renda fixa e ações.

Dentre as inúmeras ferramentas disponibilizadas no âmbito do Poder Judiciário, a penhora de ativos financeiros representa uma importante aliada dos credores, já que o dinheiro (em espécie ou aplicação) corresponde ao meio com maior liquidez no rol de bens passíveis de penhora, hoje representado por 13 modalidades enumeradas no artigo 835, do Código de Processo Civil.

A forma como se deu a evolução dos mecanismos de penhora de ativos financeiros espelha claramente os impactos da tecnologia, especialmente da internet. Isso impacta positivamente na eficiência e duração razoável do processo, considerando a redução de riscos do exequente quanto ao enfrentamento dos prazos decorrentes desses procedimentos.

### **3.3 Possibilidade de Penhora de Criptomoedas**

Todos os recursos de domínio sobre criptomoedas têm um recurso sutil. Por ainda não estarem sujeitos a qualquer regulamentação ou controle governamental, seu valor é determinado com base na oferta e demanda, resultando em alta volatilidade e dificuldade no valor patrimonial.

No entanto, é incontroverso que são bens imateriais dotados de valor econômico em teoria, eles são vulneráveis à restrição de propriedade pelos tribunais. Conforme mencionado acima, o artigo 789 do Código de Processo Civil de 2015 enfatiza que o devedor é responsável por suas dívidas com todos os seus ativos presentes ou futuros obrigações, exceto quando limitado por lei. Sendo assim, pelo fato de as criptomoedas possuírem conteúdo econômico, elas fazem parte do patrimônio do devedor, podendo ser executadas.



Nos últimos anos, o preço do Bitcoin (BTC) atingiu impressionantes US\$ 66.000. (SUBERG, 2021). Embora o futuro das principais criptomoedas e o futuro das criptomoedas em geral ainda suscitem ceticismo de governos, instituições financeiras e participantes do mercado, alguns investidores foram atraídos por sua escalada vertical. Para se ter uma ideia, o Mercado Bitcoins, uma das bolsas nacionais do setor, revelou que possui uma base impressionante de três milhões de clientes, mais do que o número de correntistas de muitos bancos que se fundiram. (SANTOS, 2021).

Para a penhora de criptomoedas localizadas em armazenamento virtual nas corretoras é indispensável que se tenha indícios da titularidade das criptomoedas por parte do executado, o que não se torna tão difícil atualmente pois “muitas informações deste tipo (acerca dos hábitos e atividades das pessoas) estão disponíveis nas redes sociais de forma pública e inseridas pelos próprios devedores no ensejo de demonstrar poder, riqueza ou por ato de vaidade” (ALVES; SILVA, 2018, p. 83).

Não demorou muito para que as contribuições de patrimônio do BTC despertassem o interesse dos juristas, devido ao sistema de armazenamento criptografado das criptomoedas a identificação de existência, localização e propriedade das criptomoedas, pode ser tarefa complexa, mas, em alguns casos, possível. Entretanto, A 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa do relator do caso, o Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho, em dezembro de 2017, proferiu a primeira decisão do Brasil sobre o pedido de penhora da moeda virtual Bitcoin, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2202157-35.2017.8.26.0000 - Voto nº 19863, conforme ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de título extrajudicial. Penhora de moeda virtual (bitcoin). Indeferimento. Pedido genérico. Ausência de indícios de que os executados sejam titulares de bens dessa natureza. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP 22021573520178260000, SP 2202157-35.2017.8.26.0000, Relator: Milton Carvalho, Data do Julgamento: 21/11/2017, 36ª Câmara de Direito Privado, Data da Publicação: 21/11/2017) (TJ-SP, 2017, s.p). Com fundamento na celeridade processual, deve haver a existência de indícios de que a parte executada possua moedas digitais, ponto que se contrapõe a tarefa complexa de identificação de existência das criptomoedas quando armazenadas.

O TJ-SP debruçou-se sobre pedido de penhora de uma criptomoeda, negando-lhe provimento sob a alegação de não haver “sequer indícios de que os agravados tenham investimentos em bitcoins ou, de qualquer outra forma, sejam titulares de bens dessa

natureza". Apesar disso, deixou-se claro que, "por se tratar de bem imaterial com conteúdo patrimonial, em tese, não há óbice para que a moeda virtual possa ser penhorada para garantir a execução".

Embora não sejam essenciais para a realização de transações envolvendo criptomoedas, as corretoras são amplamente utilizadas devido à utilidade de suas plataformas, facilitando as operações envolvendo criptomoedas e moedas nacionais. Troca para vender *Bitcoin*.

Em primeiro lugar, solicitar que seja entregue à sua custódia, as negociações com terceiros são possíveis desta forma. Simultaneamente, O BTC adquirido por meio desse intermediário também é mantido na própria corretora de forma contínua.

De fato, não há nada que garanta que as criptomoedas durem por algum tempo sob a supervisão de uma *exchange*. Uma vez que o vendedor contribuinte do BTC ou comprador de recibo chegue ao sistema de transação, ele pode ser transferido para meios difíceis de encontrar (por exemplo, carteiras de papel e outros mecanismos de armazenamento já mencionados). Esta breve janela pode dar ao juiz estadual a chance de executar quaisquer comandos adicionais de bitcoin bloqueando a circulação da criptomoeda em favor dos credores do negociante. (LEITE, 2017)

Seria possível a penhora de criptomoedas quando disponíveis para saque nas *exchanges*, ou quando armazenadas em carteira online, já que, nesses casos o juiz pode enviar uma ordem para que as empresas se abstenham de disponibilizar os criptoativos ao devedor. (LOPES FILHO, 2021)

### **3.4 Reconstrução da Jurisdição sob o Olhar das Moedas Digitais**

Novas tecnologias precisam ser traduzidas em modelos de confiança pré-definidos controlados pelo Estado para que sejam absorvidos pelos sistemas sociais: seus custos de transação são reduzidos e eles podem usufruir da proteção estatal/obediência da força coercitiva quando outros membros violam seu espaço de ação ou falham obrigações previamente acordadas.

O direito tem a função de estabilizar as expectativas da sociedade para lidar com novos objetos, e determina pelo binômio quais ações serão ou não aceitas naquela sociedade: legal/ilegal. No entanto, isso não significa que todas as expectativas serão atendidas. Em caso de conflito, a estabilidade desejada funciona definindo os procedimentos a serem aplicados e o fato de que o sistema dará respostas sobre sua legitimidade.

A elaboração de respostas jurídicas por meio da compreensão de novos fenômenos visa primeiramente relacioná-los com definições e categorias jurídicas existentes. Esse fato pode ser explicado pela construção do dogma da integridade do ordenamento jurídico. Mesmo diante dos vazios legislativos, outro ramo do Estado, o Judiciário, terá legitimidade e capacidade de preencher seu espaço normativo por meio do costume, da analogia e dos princípios gerais do direito.

Os novos recursos tecnológicos estão impulsionando diversos setores da sociedade, o que também inclui as atividades relacionadas ao Direito, como as funções desempenhadas pelos advogados. A tecnologia no poder judiciário, portanto, nunca esteve tão presente nos fóruns e tribunais como agora. Como todas as inovações tecnológicas, principalmente aquelas que geram interesse, as criptomoedas têm suscitado debate e demandado interpretação e inovação dos advogados e do judiciário na aplicação da legislação vigente.

Em um processo de divórcio litigioso, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) oficiou ao Bitcoin.org para que revelasse quantos *Bitcoins* um brasileiro possuía. Acontece que o [Bitcoin.org](https://www.bitcoin.org) não é uma corretora de criptomoedas, mas um site com informações sobre a tecnologia. Por lá, até algumas carteiras são indicadas para usuários da criptomoeda, mas o site não armazena nenhum *Bitcoin*. (BERTOLUCCI, 2020).

Nesse sentido, dificilmente a justiça terá um retorno sobre sua solicitação, além disso, ninguém sabe ao certo a identidade de quem está por trás da plataforma pois atualmente, o site é um projeto de código aberto ou *open source* independente, com a participação de pessoas do mundo inteiro. A autoridade final de publicação pertence aos coproprietários do domínio. Porém, todas atividades de rotina são organizadas através do processo de "*pull-requests*" e gerenciadas pelos comantenedores do site. Portanto esse caso evidencia como o judiciário ainda desconhece o mercado de criptomoedas como um todo. (BERTOLUCCI, 2020).

É fato que Judiciário brasileiro ainda não compreende as nuances do mercado de criptomoedas, pois magistrados ainda solicitam que corretoras de moedas digitais compartilhem informações. Contudo, o judiciário também tem sido tomado de casos envolvendo golpes contra brasileiros. Dessa forma, o próprio TJSP começou a promover [cursos para Juízes de São Paulo sobre a tecnologia do Bitcoin](#). Dessa forma, os profissionais do setor seguem se capacitando sobre os assuntos e buscando compreender como regular essas inovações, através de estudos. (BERTOLUCCI, 2020).

## CONCLUSÃO

Acredita-se que é necessário atualizar a lei para que ela corresponda à realidade real que as pessoas vivem hoje. É fundamental estudar as novas tecnologias: entender as criptomoedas como a única ferramenta eficaz contra a desinformação e deturpação sobre o assunto, que é um fato no mundo moderno.

O fato de tais moedas serem transacionadas em um ambiente criptografado e descentralizado (*Blockchain*) por si só não inviabiliza sua identificação e penhora, pois muitos dos bens sujeitos à esta medida, também não contam com uma entidade certificadora, controladora ou registradora, como os bens que guarnecem um imóvel residencial ou comercial, por exemplo.

A dificuldade é de ordem prática, em concretizar a penhora identificando a titularidade da criptomoeda quando não declarada no Imposto de Renda, bem como determinar o local virtual onde a moeda está custodiada para obter as chaves necessárias para a efetivação da penhora, e nos casos de armazenamento em hard wallets havendo a falta de cooperação pela parte devedora a determinação de busca e apreensão. vício esse que pode ser sanado pelo próprio Estado, por meio da normatização das criptomoedas e a aprovação de uma entidade reguladora das corretoras, evitando deste modo no judiciário, decisões conflitantes com fundamento em interpretações análogas.

Portanto, é urgente pensar sobre a legislação civil de penhora e a regulamentação das moedas digitais, uma vez que não é mais possível adequar velhos princípios e leis, às novas ordens de relação dos seres humanos para com seus bens digitais. Além disso, é importante reavaliar institutos como a legítima e princípios seculares que versam sobre a expropriação de carteiras digitais de criptoativos, uma vez que evidentemente, tais institutos não acompanham as modificações de ordem tecnológica e de ordem social, como a concepção, antes impossível, de que nem sempre o autor da herança pretende deixar seus bens para seus herdeiros necessários. Para que as criptomoedas saiam de um estigma de serem usadas para burlar legislações e sistemas engessados, é preciso encará-las como, sim, um desafio, mas principalmente como o futuro que irá permear diversas relações jurídicas., mas sobretudo o futuro permeará relações jurídicas diversas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. Exequibilidade da penhora de criptomoedas no processo de execução brasileiro. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, 2018. p. 70-90.

AMARO, Lorena. **Justiça manda Bitcoin.org informar saldo de BTC em carteira de brasileiro**. Disponível em: <<https://www.criptofacil.com/justica-manda-bitcoin-org-informar-saldo-btc-carreira-brasileiro/>>. Acesso em: 11 maio 2022.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; **Direito Digital**. – Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

AZI, Renata. **A problemática da penhora de criptomoedas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-27/renata-azi-problematica-penhora-criptomoedas>>. Acesso em: 13 maio 2022.

BALDUCCINI, Bruno; KADAMANI, Rosine; BEDICKS, Leonardo Baracat. Bitcoins podem ser alvo de regulamentação específica de CMN, BC ou CVM. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-07/bitcoins-podem-alvo-regulamentacao-especifica-bc-ou-cvm>>. Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **SISBAJUD: novo sistema de penhora on-line de ativos de devedores será lançado em 25 de agosto**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2020/sisbajud-novo-sistema-de-penhora-on-line-de-ativos-de-devedores-sera-lancado-em-25-de-agosto>>. Acesso em: 13 maio 2022.

CASTRO, Igor Fiche Seabra de. **Panorama legal das moedas virtuais: natureza jurídica, projetos de regulamentação e a responsabilidade civil das exchanges**. Disponível em: <[https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23543/1/2019\\_IgorFicheSeabraDeCastro\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/23543/1/2019_IgorFicheSeabraDeCastro_tcc.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2022.

CHAVES, Breno. **Exchange: o que é e como funciona?** Disponível em: <<https://blog.bitcointrade.com.br/o-que-e-exchange/>>. Acesso em: 12 maio 2022.

EDERLI, Daniel Lucas; PALMA, Daniel Henrique do Prado; BERTONCELLO, Alexandre Godinho. **O impacto das criptomoedas na economia**. Disponível em: <<https://fatecpp.edu.br/alomorfia/index.php/alomorfia/article/view/146/62>>. Acesso em: 15 maio 2022.

FOXBIT. **Como funciona a mineração de bitcoin?** Disponível em: <<https://foxbit.com.br/blog/mineracaode-bitcoin-entenda-como-funciona/>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

GIBRAN, Sandro Mansur; LIMA, Sandra Mara Maciel de; ALVES JÚNIOR, Sérgio Itamar; KOSOP, Roberto José Covaia. **O bitcoin e as criptomoedas: reflexos jurídicos em um**

**comércio globalizado.** Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/2413>. Acesso em: 27 de abril 2022.

GOMES, Fernanda Raissa Souza. **Herança digital: o direito de sucessão dos herdeiros sobre bens digitais e a modalidade do testamento digital.** Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2293/1/FERNANDA%20RAISSA%20SOUZA%20GOMES%20TCC%20pdf.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

ISMAR, Bruno. **O que é uma cold wallet para criptomoedas? Descubra!** Disponível em: <https://renovainvest.com.br/blog/o-que-e-uma-cold-wallet-para-criptomoedas-descubra/>. Acesso em: 17 maio 2022.

LEITE, Marcelo Lauar. **Penhora de bitcoins é possível, mas de difícil realização.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-07/marcelo-lauar-execucao-penhora-bitcoins-improvavel>. Acesso em: 13 maio 2022.

LOPES FILHO, Alexandre Pacheco. **A penhora de criptomoedas em processos de execução.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356443/a-penhora-de-criptomoedas-em-processos-de-execucao>. Acesso em: 13 maio 2022.

MUXFELDT, Artur; ZUGMAN, Daniel; BASTOS, Frederico; COSTA, Isac. **Doação e herança de criptoativos: um quebra-cabeça sucessório e tributário.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-04/opiniao-doacao-heranca-criptoativos-quebra-cabecas-sucessorio-tributario>. Acesso em: 25 abril 2022.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia de Noronha; DE LUCCA, Newton. Criptomoedas: novos meios de pagamento. In: PARENTONI, Leonardo (Coord.); GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). **Direito, tecnologia e inovação.** v. 1. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

NEVES, Tiago da Silva. SISBAJUD. **Novo sistema apresenta inovação na penhora de ativos financeiros.** Disponível em: <https://tsneves.jusbrasil.com.br/noticias/1100248701/sisbajud-novo-sistema-apresenta-inovacao-na-penhora-de-ativos-financeiros>. Acesso em: 27 maio 2022.

SANTOS, João Paulo dos. **Mercado Bitcoin chega a três milhões de clientes.** Disponível em: <https://einvestidor.estadao.com.br/investimentos/mercado-bitcoin-3-milhoes-clientes>. Acesso em: 13 de maio 2022

SCHIEBER, Mércia Maria Alves. **Reflexões sobre a natureza jurídica das criptomoedas no Brasil: a Bitcoin.** Disponível em:



<<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/administracao-financas/reflexoes-sobre-a-natureza-juridica-das-criptomoedas-no-brasil-a-bitcoin.htm>>. Acesso em: 11 maio 2022.

SILVA, Robson de Souza. **Criptomoedas: possibilidade de garantia de processo, mediante medida cautelar de arresto ou penhora.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11767/Criptomoedas-possibilidade-de-garantia-de-processo-mediante-medida-cautelar-de-arresto-ou-penhora>>. Acesso em: 27 maio 2022.

SUBERG, william. **Urgente: Bitcoin atinge nova máxima histórica em US\$ 66 mil.** Disponível em: <<https://cointelegraph.com.br/news/breaking-bitcoin-officially-hits-new-all-time-high-above-65k>>. Acesso em: 12 maio 2022

SHINGAKI, Vaz Buranello; OIOLI. **SISBAJUD entrou em pleno funcionamento no mês de outubro e o bacenjud foi retirado de operação.** Disponível em: <<https://www.vbso.com.br/sisbajud-entrou-em-pleno-funcionamento-no-mes-de-outubro-e-o-bacenjud-foi-retirado-de-operacao/#:~:text=O%20Sisbajud%20surgiu%20a%20partir,judiciais%20ao%20Sistema%20Financeiro%20Nacional%2C>>. Acesso em: 20 de maio 2022.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 52ª edição. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 465.

TOALDO, Adriane Medianeira; CERVI, Mauro Luiz. **As redes sociais e os novos desafios ao Sistema Processual Brasileiro.** Disponível em: <[https://www.editorafi.org/\\_files/ugd/48d206\\_9a6584844fb840c0b27bfdafcb1dfbb0.pdf](https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_9a6584844fb840c0b27bfdafcb1dfbb0.pdf)>. Acesso em: 27 de abril 2022

VINCENT. **Como funciona o Sisbajud?** Disponível em: <<https://vincet.com.br/como-funciona-sisbajud-bacenjud/#:~:text=O%20Sisbajud%20%C3%A9%20um%20sistema%20que%20apenas%20pode%20ser%20acessado,de%20reitera%C3%A7%C3%A3o%20e%20de%20cancelament>o.>. Acesso em: 27 maio 2022.

ZAIOSC, Carine Volz; TOALDO, Adriane Medianeira. **Herança digital: impactos sobre direitos dos sucessores e do falecido.** Disponível em: <[https://www.editorafi.org/\\_files/ugd/48d206\\_9a6584844fb840c0b27bfdafcb1dfbb0.pdf#page=17](https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_9a6584844fb840c0b27bfdafcb1dfbb0.pdf#page=17)>. Acesso em: 24 abr. 2022.

## **A DEFICIÊNCIA NA FISCALIZAÇÃO E CONSEQUENTEMENTE A AUSÊNCIA DE PUNIBILIDADE NOS ATOS ILÍCITOS NO GERENCIAMENTO DOS REGIMES PRÓPRIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS**

**ALESSANDRA CRISTINA SANTANA PICANÇO LIMA:**  
Graduanda em Direito pela Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI

**RESUMO-** Este artigo vem trazendo interpelações acerca dos marcos históricos e avanço das irregularidades que ocorre nas transações previdências nos municípios do Brasil, no entanto é necessário abordar a Lei 9.717 de 27 de novembro de 1998, que Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Discorrendo sobre este trabalho irrefutavelmente verifica-se que além do descumprimento da Lei, alguns gestores municipais não sofrem ou não cumpriram a pena no que tange o desvio dos valores que deveriam ser repassados aos regimes próprios de previdência para aos quais foram criados. A discricionariedade cabível aos gestores referente a criação do instituto de previdência de regime próprio, a ineficácia e deficiência da fiscalização de seus repasses, e ausência da prestação de conta com os servidores, adiam de forma sistemática porém não distante a explosão da bomba relógio, que mais cedo ou mais tarde irá estrondear

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência, Irregularidades, Município.

**RESUME-** This article has brought questions about the historical milestones and the advance of irregularities that occur sit in social security transactions in the municipalities of Brazil, however it is necessary to address Law 9,717 of November 27, 1998, which provides for general rules for the organization and functioning of the social security schemes of public servants of the Union, states, the Federal District and municipalities, the military of the States and the Federal District and provides other measures. Discussing this work irrefutably it is verified that in addition to the non-compliance with the Law, some municipal managers do not suffer or did not serve the penalty with regard to the deviation of the values that should be passed on to the pension schemes for which they were created. The discretion that is appropriate to managers regarding the creation of the pension institute of their own regime, the ineffectiveness and deficiency of the supervision of their transfers, and the absence of the provision of account with the servers, systematically deater, but not far from the explosion of the time bomb, which sooner or later will stun.

**KEY WORDS:** Welfare, irregularity, County.

### **1.INTRODUÇÃO**

Ao entrar no cenário da Previdência própria, faremos um breve relato dos principais fatos históricos da Previdência Social, afim de elucidar o leitor sobre fatores que resultaram na atual conjuntura previdenciária. Na época da Revolução Industrial, no século XIX, os movimentos de lutas dos trabalhadores por melhores condições de trabalho deram origem aos direitos sociais, trabalhistas e previdenciárias, no Brasil. A Lei Eloy Chaves, de 1923, é considerada o marco inicial da história da previdência brasileira. Ao longo da história da previdência social brasileira ocorreram várias modificações onde nota-se o aparecimento de variadas formas de arrecadar recurso para garantir uma assistência na doença e na velhice com diversas nomenclaturas, citando algumas como (CAP) Caixa de Aposentadoria e Pensão, (IAPs) Institutos de Aposentadorias e Pensões, (LOPS) Lei Orgânica da Previdência Social, (INSS) Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os regimes próprio de aposentadoria, todos visando garantir ao trabalhador uma renda mensal após anos de contribuição e/ou benefício caso ocorra acometimento de doenças e acidentes.

Diante do breve relato e sem adentrar em detalhes históricos, destaca-se a criação de regime próprio de previdência nos municípios para os servidores público, porém o mesmo carrega um imenso canteiro de irregularidades acerca da discricionariedade dos gestores municipais em relação a escolha da equipe responsável para gerir o instituto de previdência própria e conseqüentemente o seu recurso. O Regime Próprio de Previdência Social pode ser convencionado em cada ente federativo todos os servidores titulares de cargo efetivo devem ser garantido por Lei no que tange os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no artigo 40 da Constituição Federal. São intitulados de Regimes Próprios porque cada ente público da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pode ter o seu, cuja finalidade é organizar a previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, tanto daqueles em atividade, como daqueles já aposentados e também dos pensionistas, cujos benefícios estejam sendo pagos pelo ente estatal. Desta forma, de um lado, temos o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, cuja gestão é efetuada pelo INSS, que vincula obrigatoriamente todos os trabalhadores do setor privado e também os servidores públicos não vinculados a regimes próprios de previdência social e, por outro lado, temos vários regimes próprios de previdência social cujas gestões são efetuadas, distintamente, pelos próprios entes públicos instituidores. As normas básicas dos regimes próprios estão previstas no artigo 40 da Constituição Federal, na Lei 9.717/98 e nas Portarias do Ministério da Previdência Social n°s 402/2008 (diretrizes gerais) e 403 (normas de atuação). Desta maneira os municípios também possuem competência para legislar sobre seus Regimes Próprios de Previdência Social, por se tratar de assunto de interesse local, suplementando a legislação federal no que couber, com fundamento do artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

## **2.1 HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA NO MUNDO E NO BRASIL**

Com a Revolução Industrial, fomentou-se um desenvolvimento da produção, devido à efetivação de máquinas, que atuavam em escala significativa superior ao trabalho humano, Surgindo assim a substituição da produção artesanal pela indústria, o qual a máquina passou a ser o instrumento principal da produção e o homem o mero operador. No entanto ainda era indispensável que homens operassem estas máquinas. Destarte, em virtude das inúmeras ocorrências de acidentes de trabalho, ocasionada pelo manuseio operacional da máquina, da excessiva jornada de trabalho, percebeu-se não poder um ser humano pôr sua vida e incolumidade em risco, sem que se pudesse resguardar-se de quaisquer infortúnios eminentes. Nesse contexto, a classe operária deu fruto ao Direito Previdenciário.

Com a inovação de tecnologias na indústria e da falta de mão de obra qualificada para operacionalizar os maquinários que surgiram, várias ocorrências acidentária, minaram afastamentos de operários em ocorrência aos acidentes. A assistência social privada na época significava a ajuda prestada aos necessitados por pessoas e grupos particulares. A doutrina social da igreja católica, por meio de encíclicas, defende a justiça social, condições adequadas para os trabalhadores e suas famílias. A igreja teve papel primordial no surgimento de políticas públicas sociais e proteção ao trabalhador como também as classes sindicais.

## **2.2 ASSISTÊNCIA PÚBLICA**

Assistência pública prenuncia um rol de atividades do Estado de auxílio às pessoas em situação de exclusão social. Nessa época, entretanto, a atividade estatal de assistência ainda não era prestada de forma abrangente, tendo muitas vezes um enfoque preponderante de favor social, sem regulamentação precisa e detalhada. O qual visava o mínimo de assistência ao trabalhador impossibilitado de exercer suas atividades laborais devido a falta de medidas protetivas, como também na atuação exaustiva de sua atividade laboral. A formação de grupos na defesa de melhores condições sociais e de trabalho também ganhou destaque na época da Revolução Industrial, no século XVIII e XIX, em que a chamada questão social impôs terríveis condições de vida à classe trabalhadora.

## **2.3 SEGURO SOCIAL**

O chamado constitucionalismo social, do início do século XX, por seu turno, significa a previsão de direito sociais e previdenciários, assegurados na esfera constitucional, com destaque às Constituições do México, de 1917, destacando a responsabilização por prejuízo decorrentes de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, e de Weimar, de 1919, determinando um conjunto de ações e documentos de seguro social.

## 2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

No plano nacional, cabe fazer referências aos principais acontecimentos e normas jurídicas voltadas à proteção social, com destaque às Constituições brasileiras. A Lei Eloy Chaves, de 1923, decorrente do Decreto 4.682, é considerada o marco de previdência social no Brasil, ao criar as Caixas de Aposentadorias e Pensões aos ferroviários, em cada empresa de estrada de ferro no Brasil. A Constituição de 1934, de perfil democrático, além de fazer menção à assistência social, à saúde e assistências públicas, bem como a licenças, aposentadorias e reformas, foi a primeira a utilizar o termo «previdência», adotando tríplex fonte de custeio, por meio de contribuições da União, do empregador e do empregado. A Constituição de 1946 retomou as feições democráticas, dispondo sobre defesa da previdência social

A Lei 3.807, de 1960, conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social, confere unidade ao sistema previdenciário, uniformizando os benefícios e as contribuições. Os Institutos de Aposentadorias e Pensões foram reunidos no Instituto Nacional de Previdência Social, criado pelo Decreto-Lei 72, 1966. A Constituição de 1967, que institucionalizou o regime militar, mantinha as previsões sobre defesa e proteção da saúde, assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva, previdência social, seguro obrigatório pelo empregador contra acidente do trabalho e assistência à maternidade, à infância e à adolescência. Com a Lei 5.316, de 1967, a proteção contra acidentes do trabalho passou a integrar a esfera da previdência social. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a disciplinar a Seguridade Social no âmbito mais amplo da Ordem Social. A Seguridade Social, nesse enfoque, é o sistema de proteção que abrange a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde.

A Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, no artigo 17, autorizou o Poder Executivo a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social, como autarquia federal, mediante a fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social com o Instituto Nacional de Previdência Social, com as atribuições de cobranças de contribuições previdenciárias. A Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui o seu plano de custeio. A Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, por sua vez, dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social. A Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, dispõe sobre a organização da Assistência Social. O Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999, aprova o regulamento da Previdência Social.

O Instituto Nacional de Seguro Social, por sua vez, como autarquia federal, com sede em Brasília, anteriormente vinculada ao Ministério da Previdência Social, fica incumbido, essencialmente, do pagamento de benefícios e da prestação de serviços do



Regime Geral de Previdência Social. Cabia ao Ministério da Previdência Social, mais exatamente, a administração do Regime Geral da Previdência Social. O Conselho Nacional do Trabalho, o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e o Conselho deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador são órgãos colegiados de composição tripartite, com paridade entre representantes dos trabalhadores e dos empregados, na forma estabelecida em ato de Poder Executivo federal.

### **3.CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS PREVIDENCIÁRIOS**

**Assistência Privada** a inexistência do auxílio estatal, era frequente a utilização das corporações de ofício ou de instituições privadas ligadas à Igreja para prestar assistência de pessoas necessitadas como a assistências das Santa Casa de Misericórdia, com a evolução histórica da previdência e as adaptações fomentadas visando garantir assistência ao trabalhador em sua capacidade parcial ou total em virtude da ausência e deficiência de auxílio estatal devido o seu afastamento das atividades laborais.

**Assistência Pública** destaca-se a lei inglesa de 1601, conhecida como "Lei dos Pobres". Era conferida às paróquias o encargo de selecionar das ruas os indigentes, os mendigos, etc., direcionando-os às casas de trabalho. Este serviço era mantido através de contribuições tributárias. No Brasil a Constituição Federal de 1824, a qual previa os amparo públicos, que têm relação com a assistência social já ensaiava a adaptação necessária a Previdência Social.

Seguro Social Surge no Período da Revolução Industrial, em 1883, ocorrida na Alemanha, em 1883, Com o brotamento do proletariado, surgem teorias socialistas pleiteando por Direitos Sociais visando proteger os trabalhadores que laboravam em condições sub-humanas. Servindo como base para o modelo previdenciário atual nos seguinte termos: Contributividade, somente tendo direito à previdência social/seguro social quem paga por ela; Filiação prévia; Equilíbrio financeiro/atuarial.

**O Regime próprio de Previdência Social** os militares dos Estados e do Distrito Federal (artigo 42, §§1º e 2º, da Constituição da República), os militares das Forças Armadas (artigo 142, §3º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), bem como os servidores públicos estatutários (servidores titulares de cargo efetivo), cujos entes políticos os tenham instituídos (artigo 40 da Constituição Federal de 1988). No artigo 24, inciso XII, da Constituição da República prevê que compete à União, aos Estados, aos Estados e aos Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social. Compete aos Município, por sua vez, legislar sobre assuntos de interesse local, como é o caso de Regimes Próprios de Previdência Social de âmbito municipal, bem como suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (artigo 30, inciso I e II, da Constituição da República).



O rol de benefícios dos Regimes Próprios de Previdência Social fica limitado às aposentadorias e à pensão por morte (artigo 9º, § 2º, da Emenda Constitucional 103/2019). Os afastamentos por incapacidade temporária para o trabalho e o salário maternidade devem ser pagos diretamente pelo Ente Federativo e não correrão à conta do Regime Próprio de Previdência Social ao qual o servidor se vincula (art. 9º, § 3º, da Emenda Constitucional 103/2019).

#### **4. CRIMES PREVIDENCIÁRIO**

A crise do sistema de Previdência no Brasil está presente no nosso dia a dia podendo ser constatada através de fatos amplamente conhecidos e por ações movidas no judiciário, e por consequência configurando crimes previdenciário. O atraso e ausência dos repasses dos pagamentos das contribuições do Regime Geral e dos Regimes próprios de várias categorias profissionais destacando-se dos servidores públicos. O direito penal apresenta relação com o Direito da Seguridade Social ao dispor sobre os chamados crimes previdenciários, como a apropriação indébita previdenciária, o estelionato contra a Previdência Social, a falsificação de documentos previdenciários e a sonegação fiscal previdenciária, previsto nos artigos 168-A.171, §3º, e 337-A do Código Penal. Embora a pena exista para quem comete crimes contra a previdência, a aplicabilidade da punição é falha, diante de inúmeros recursos existentes visando frear a execução da pena, somando-se com a sensação de impunidade devido a morosidade existente na apreciação dos atos ilícitos cometidos por gestores públicos durante seu mandato eletivo.

Vale ressaltar que em virtude da ausência e morosidade das punições acerca dos crimes contra a previdência própria dos servidores públicos, fomenta-se uma crise financeira com o déficit dessas contribuições criando um cenário de incertezas para as próximas gerações que irão se aposentar.

Há previsão legal para os entes federativos em especial os Municípios possam criar e gerir a Previdência própria, no entanto, a diretoria escolhida pelo gestor geralmente não possui conhecimento técnico necessário, sendo o cargo um mero cabide de emprego. A criação do regime próprio de previdência dos servidores municipais no Brasil, necessita ser reformulado, a fim de garantir a efetividade de sua finalidade social, pois a escolha da equipe são indicações do gestor do município através de acordos políticos, visando dificultar o acesso das informações acerca do repasse ou não dessas contribuições.

A escolha da equipe em sua grande maioria não possui conhecimento técnico, gerando parcialidade, obscuridade e controle autoritário de todas as ações pertinentes a gerencia do instituto pelo gestor, tornando deficiente e omissas os relatórios mensais de

toda a parte financeira e administrativa da instituição, facilitando possíveis desvio de recurso ou simplesmente a ausência do recebimento dos repasses das contribuições. Uma vez desrespeitada a norma estatal cogente, incorre o indivíduo na prática de ato ilícito. É comum encontrar litígios referente ao descumprimento do repasse aos institutos de previdência própria dos servidores públicos. Muitas vezes estas nomeações são meros cabides de empregos, visando somente dificultar o acesso a informação dos repasses das contribuições sociais dos servidores públicos e com isso não ser responsabilizado pelo desvio de verba ou pela ausência de repasse na vigência de sua gestão.

O regime geral da previdência Social é administrada pelo Ministério da Previdência Social (atualmente pelo Ministério da Economia) e as suas prestações são concedidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Os regimes próprios da Previdência Social abrange os Militares dos Estados e do Distrito Federal, os militares das forças armadas, bem como os servidores públicos estatutários (servidores titulares de cargo efetivos) cujos entes políticos os tenham instituído. Como deslumbrado os regimes próprios devem obedecer regras do regime geral, podendo adequar-se às peculiaridade de cada ente, dentro das normas legais. O artigo traz a importância de medidas punitivas mais severas para os gestores municipais que descumprirem a lei, como também a sugestão de obrigatoriedade de eleger um servidor, eleito democraticamente por todos os servidores municipais para gerir os recursos advindo dos repasses através da contribuição da seguridade social

A realidade vivida pelos servidores públicos acerca da inadimplência dos repasses das contribuições previdenciária, deve ser de conhecimento público, pois este recurso é arrecadado de forma indireta através das contribuições tributárias de toda a sociedade. Devendo o gestor do instituto prestar conta com a demonstração e apresentação de documentos fiscais e recibos autenticados necessários para sua validade.

#### **4.1 DOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS**

A previdência social é garantida pela Constituição Federal que integra a seguridade, e sua contribuição é obrigatória a todos aqueles que exercem atividade remunerada, e custeia a necessidade de outros beneficiários, assim como lhe será feito quando de sua necessidade do contribuinte. Ante a isso, para evitar as fraudes no sistema previdenciário, são instituídos crimes para aqueles que tentam burlar tal sistema ou mesmo tirar vantagens do mesmo. Dentre os titulados crimes contra a previdência social temos o de apropriação indébita previdenciária, o estelionato previdenciário, a sonegação de contribuição previdenciária, a inserção de dados falsos no sistema, a falsificação de documentos, e ainda há o instituto de extinção de punibilidade. No entanto não se menciona uma punição específica a ausência de repasse ao instituto, pois quem deveria denunciar a falta de repasse, fica impedido, devido a subordinação pela indicação ao cargo de gerência. Com a Lei nº 9.983/2000 que os crimes previdenciários passaram a fazer parte do código penal.

## 4.2 DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

O crime de apropriação indébita previdenciária está previsto no artigo 168-A, do Código Penal, substituindo o art. 95, d, da Lei 8.212/91, que tratava dos crimes contra a Previdência Social, o qual dispõe:

“Art. 168- A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal ou convencional: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1o Nas mesmas penas incorre quem deixar de: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000); II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000); III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2o É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 3o É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000): I – tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000); II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 4o A faculdade prevista no § 3o deste artigo não se aplica aos casos de parcelamento de contribuições cujo valor, inclusive dos acessórios, seja superior àquele estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018)“

São crimes omissivos próprio, já que consiste na conduta de NÃO repassar aos cofres previdenciários as contribuições descontadas da folha de pagamento do funcionário. O legislador não pode “cruzar os braços” para este crime que cria déficit nos cofres da seguridade social, esta atitude pode levar a uma ruptura do regime geral da Previdência.

#### **4.3 INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO**

Devido ao avanço tecnológico tão quanto a dependência da sociedade pelos mecanismos informatizados, os delitos relacionados a informática tem recebido mais atenção pelos legisladores. Juridicamente o crime é previsto pelo artigo 313-A do Código Penal brasileiro, e tem por sua redação:

“Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”

#### **4.4 SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

É o ato de suprimir ou reduzir contribuição social de previdência ao omitir folha de pagamento da empresa ou de documento de informação previsto na legislação previdenciária, segurados empregado, empresário, trabalhador avulso, etc., ou deixar de lançar a título próprio da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados, ou ainda omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições previdenciárias. Para ocorrer o crime de sonegação entende-se necessário duas omissões sucessivas, primeiro quando não há declaração do fato gerador, havendo descumprimento da obrigação acessória; a segunda é quando não ocorre o recolhimento em decorrência da primeira omissão.

### **5 DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES PREVIDENCIÁRIOS**

Entende-se por extinção da punibilidade “a perda do direito do Estado de punir o agente autor de fato típico e ilícito, ou seja, é a perda do direito de impor sanção penal”. Quando nos referimos a crimes previdenciários, a cessão do direito do Estado de aplicar a

pena ao condenado, em virtude de ação ou fato posterior à infração penal, resulta na não instauração do processo penal, ou se caso já iniciado, este é encerrado imediatamente. A extinção da punibilidade nos crimes previdenciários ocorre apenas quanto aos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária. Tal extinção pode-se dar mediante pagamento do débito ou pelo simples fato do agente declarar e confessar o débito antes do início da ação fiscal.

Os crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária possuem regras específicas no Código Penal quanto a extinção da punibilidade. O Código Penal disciplina que no crime de apropriação indébita previdenciária a extinção da punibilidade ocorre se o agente espontaneamente declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e prestar as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, segundo o art. 168-A, § 2<sup>a</sup>. Já no crime de sonegação de contribuição previdenciária, a extinção da punibilidade ocorre se o agente declarar e confessar as contribuições, importâncias ou valores e prestar as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, segundo o art. 337-A, § 1<sup>o</sup>.

A Lei nº 10.684/03 inseriu mais uma forma de extinção da punibilidade nestes dois crimes prevendo em seu art. Art. 9<sup>o</sup>, § 2<sup>o</sup> que, se incluída em regime de parcelamento a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, será caso de extinção da punibilidade. Ao contrário do que dispõe o art. 168-A, § 2<sup>o</sup>, do CP, a Lei nº 10.684/03 possibilita a extinção da punibilidade mesmo após o recebimento da denúncia, o que a torna mais favorável do que a regra constante no art. 168-A, § 2<sup>o</sup>, do CP.

Diante do exposto, fica claro que o crime de apropriação indébita previdenciária apenas tem como causa extintiva da punibilidade o pagamento do débito. Enquanto que no crime de sonegação de contribuição previdenciária, a extinção da punibilidade poderá ocorrer caso “o agente espontaneamente declare e confesse o débito antes do início da ação fiscal”[6], ou seja, independentemente do pagamento do débito tributário; ou mediante o pagamento do débito como explicitado no art. 9<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>, da Lei nº 10.684/03.

Em 14 de abril de 2020, a Secretaria Especial de Previdência e Trabalho editou a Portaria 9.907, que estabeleceu parâmetros para o atendimento pelos dirigentes, gestores de recursos e membros dos conselho e comitês dos regimes próprios de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos requisitos mínimos previstos no artigo 8<sup>o</sup> B da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e dá outras

providências. (Processo nº 10133.101170/2019-77). Esse ato firmou que os dirigentes da unidade gestora do RPPS, o responsável pela gestão dos recursos, e os membros dos conselhos deliberativos e fiscal e do comitê de investimentos, com condição para o ingresso ou permanência nas respectivas funções, comprovarão possuir certificação, conforme previsto no inciso II do art.8º -B, da Lei 9.717, de 1998, a qual será emitida por meio de processo realizado por instituição certificadora reconhecida, sendo quatro o tipo de certificação: I certificação dos dirigentes da unidade gestora do RPPS; II certificação dos membros do conselho deliberativo; III certificação dos membros do conselho fiscal; IV certificação do responsável pela gestão dos recursos e membros do comitê de investimento do RPPS.

A comprovação da certificação observará, no máximo, os seguintes prazos: I dos dirigentes da unidade gestora do RPPS, 1 (um ) ano, a contar da data da posse; II dos membros titulares dos conselhos deliberativo e fiscal, 1 (um)ano, a contar da data da posse; III dos responsáveis pela gestão dos recursos do RPPS e membros titulares do comitê de investimentos, previamente ao exercício de suas funções.

Os municípios não poderão criar Regimes Próprios de Previdência Social a partir da data da publicação da Emenda 103/2019, considerando que a União, todos os estados federados e o Distrito Federal já possuem RPPS constituídos. O dispositivo já fixa o temas mínimos que deverão constar da futura Lei Complementar Nacional de RPPS, chamando a atenção que agora há previsão constitucional para fiscalização e controle externo pela União sobre o RPPSs de Estado, Distrito Federal e Municípios.

Embora Lei 9.717/98 já preveja esse controle externo, este vinha sendo repellido pelo STF por afrontar a autonomia dos demais entes federativos. Diante do exposto é nítido a probabilidade do aumento de infrações, acerca da administração financeira dos institutos próprios de previdência, devido a ausência ou deficiência de fiscalização por um órgão competente e imparcial, visando a aplicabilidade correta do conjunto de ações de gestão e financeira da previdência própria. Reforçando a ingerência dos entes federativos com suas respectivas previdências próprias, a ilicitude é flagrante, o abuso de poder é explícito e a ilegalidade indiscutível.

Se o gestor é o responsável para indicar a pessoa que vai esta a frente do instituto durante seu mandato, qual a garantia de imparcialidade de atuação desse agente indicado. A tipificação do ato de improbidade administrativa exprime uma conduta transgressora das normas jurídicas valorizadas positivamente pela sociedade, importando num comportamento ofensivo da ética institucionalizada no trato da coisa pública, cujo incidente normativo reflete a indignação do cidadão. Em cada gestão, os atos ilícitos somente vem a conhecimento público no final do mandato, somente se a sucessão for



diversa a anterior, dificultado a investigação, gerando a sensação de impunidade e encorajando novos atos ilícitos.

## **6. CONSEQUÊNCIA DA MOROSIDADE JUDICIAL**

A Constituição da República consagrou garantia fundamental o direito que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo. No entanto o que se tem visto é uma realidade totalmente diversa dessa garantia fundamental, diante dessa problemática torna-se necessário providências urgentes a resolução dos crimes contra as previdências própria.

## **7 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELA MOROSIDADE JUDICIAL**

A responsabilidade civil do Estado é o resultado da atuação negativa por dolo ou culpa dos seus agentes públicos no exercício da atividade funcional que não foram eficazes na proteção do direito a cidadania de acesso a justiça e atendimento com eficiência.

## **8. CONCLUSÃO**

A legislação criminal recente vem avançando ao distinguir o sonegador do mero inadimplente e punir com relevante instrumental aqueles que combatem os ilícitos previdenciários, desestimulando – em larga medida – os sonegadores e os partícipes envolvidos na manutenção de contabilidade fictícia para fins de prática de atividade criminosa. Constata-se, ainda, que outro considerável avanço legal se deu com as alterações trazidas pela Lei 9.983/2000, diploma legal que vislumbrou medidas punitivas para os agentes que se utilizam dos meios informáticos para a prática de delitos contra a Previdência Social.

para se estancar a sangria dos cofres da Seguridade Social e o déficit previdenciário precisa-se muito mais do que leis. Faz-se urgente, na esfera administrativa, a reestruturação de uma fiscalização mais atuante e, no âmbito judicial, a adoção de posturas que permitam a célere tramitação das causas penais previdenciárias, de modo a impedir a impunidade e a restabelecer o equilíbrio financeiro da Previdência Social.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMADO, FREDERICO. **Curso de direito e processo previdenciário** /Frederico Amado - 14. ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. jusPodvim, 2021

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Forense, 2018.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa, **Curso de Direito da Seguridade Social: Previdência Social, Saúde, Assistência Social**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

AFONSO, L. E. **Um estudo dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil**. São Paulo: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, 2003.

AFONSO, L. E.; FERNANDES, R. **Uma estimativa dos aspectos distributivos da Previdência Social no Brasil**. *Revista Brasileira de Economia*, v. 59, n. 3, p. 40, 2005.

AMARAL, F. A. V.; GIAMBIAGI, F.; CAETANO, M. A. R. **O fundo previdenciário dos servidores da União: Resultados atuariais**. *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 43, n. 1, p. 119-160, 2013.

BEZERRA FILHO, ALUÍZIO. **Processo de improbidade administrativa: anotado e comentado**. 3º ed.rev., atual. E ampl.- Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CERA, Denise. **O que é a extinção da punibilidade?**. [S. l.], 21 jan. 2019. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/639148/o-que-e-a-extincao-da-punibilidade-denise-cristina-mantovani-cera>> Acesso em: 13 out. 2020, 17:20:53.

PICANÇO LIMA, ALESSANDRA C. SANTANA, A ausência de punibilidade aos gestores municipais que desviam e/ou não repassam as verbas destinadas ao regime próprio de previdência social dos servidores municipais. *Boletim Conteúdo Jurídico*, Boletim nº984<sup>1</sup>, <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55463/a-ausncia-de-punibilidade-a-os-gestores-municipais-que-desviaram-e-ou-no-repassaram-as-verbas-destinadas-ao-regime-proprio-da-previdencia-social-dos-servidores-municipais>, registrado no IBCI T sob o ISSN 1984-0454 E estrato B4 junto à Qualis, pg 1 a 17, 10 de novembro de 2020.

## **LEGADOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL – A IMPORTÂNCIA DA MEMÓRIA NA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**CARLA VIVIANE OLIVEIRA DO NASCIMENTO:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduanda em Direito Constitucional pela FARESE. Delegada de Polícia do Estado de Sergipe.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por escopo analisar os legados da Justiça de Transição no Brasil e, mais especificamente, sua importância para a democracia. Para tanto foi realizada uma revisão bibliográfica de diversos autores nacionais e internacionais, bem como uma busca nos sítios eletrônicos que permitisse ter uma dimensão das medidas adotadas pelo Brasil. Será dado um enfoque à memória como necessária ao resgate de valores democráticos, ressaltando-se o papel do Estado na construção da memória social, imprescindível para a construção de um Estado Democrático de Direito. Por fim, demonstrar-se-á que as políticas de esquecimento e a ausência de uma transição política efetiva acabam por permitir a permanência de práticas autoritárias e corruptas no seio do Estado.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Brasil. Memória. Democracia.

**ABSTRACT:** The present study has as its objective to analyze transitional justice and its process of construction in Brazil and relevance for democracy. To accomplish that it was made a bibliographic review of national and international authors, as well as a search in databases on the internet so that it was possible to have a dimension of the measures taken in Brazil. It will be given emphasis to memory as a mean necessary to rescue democratic values, highlighting the importance of the state in the construction of social memory, indispensable to the construction of the rule of law. At last, it will be demonstrated that the forgetting policies and the absence of effective political transition allowed the permanence of authoritarian and corrupt practices in the state.

Keywords: Transitional Justice. Dictatorship. Memory. Democracy.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo o estudo e análise dos legados da Justiça de Transição, especialmente, como ela vem sendo construída no Brasil e quais as implicações que dela decorrem para a democracia. Para tanto foi escolhida como metodologia a revisão bibliográfica, que se deu pelas leituras de autores nacionais e internacionais, análise de

documentos históricos, da história nacional e de países que também lidam com um legado recente de violações de direitos humanos em massa.

A escolha do tema foi resultado de inquietações relativamente à questão da transição para a democracia, das poucas discussões sobre o regime militar e da dificuldade que as pessoas comuns têm em entender as heranças da ditadura. Desse modo, a importância do tema reside na contraposição entre uma transição política realizada pelo Brasil há quase trinta anos e a permanência de características essenciais do regime autoritário na sociedade brasileira.

Entende-se assim que a Justiça de Transição, enquanto conjunto de processos e mecanismos que busca a superação do legado de violações sistemáticas e em massa aos direitos humanos, especialmente no que concerne à memória, é fundamental para a concretização de uma democracia.

Abordar-se-á os legados da Justiça de Transição no Brasil, especificadamente dos relatórios do Brasil: Nunca Mais e da Comissão Nacional da Verdade, além de outras mídias. A partir do estudo da Justiça de Transição e dos resultados obtidos com a análise dos mecanismos já adotados, percebe-se a importância de se trabalhar permanentemente a memória para o fortalecimento dos valores democráticos. Dessa forma, ainda se demonstra a importância do Estado na construção da memória social.

Segue-se ainda com a análise do que se entende por democracia material, constatando-se o déficit democrático brasileiro. Corroborando esse posicionamento e frisando a imprescindibilidade de trabalhar a memória, retrata-se a violência policial e a corrupção como práticas que reportam a regimes autoritários, no caso, a ditadura civil-militar no Brasil.

## **2 LEGADOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL E A QUESTÃO DA DEMOCRACIA**

### **2.1 Legados da Justiça de Transição no Brasil**

#### ***2.1.1 O Relatório Brasil: Nunca Mais<sup>47</sup>***

Pode-se afirmar que o Relatório Brasil: Nunca Mais é o primeiro passo, não-institucional, e a maior iniciativa da sociedade civil para a reconstrução da memória e alcance da verdade. Ainda durante o regime civil-militar brasileiro, em 1979, o Conselho Mundial de Igrejas e a Arquidiocese de São Paulo, sob a coordenação do Reverendo Jaime

---

<sup>47</sup> As informações trazidas no presente tópico encontram-se disponíveis da plataforma oficial do Brasil: Nunca Mais, a saber: <<http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/historia.html>>.

Wright e de Dom Paulo Evaristo Arns, elaboraram o projeto Brasil: Nunca Mais responsável pela análise e reprodução de 710 processos judiciais, ou seja, um total de aproximadamente 850 mil páginas em cópias de papel e 543 rolos de microfimes.

O objetivo do projeto era obter e preservar as informações contidas nos processos judiciais de crimes políticos e sobre as torturas realizadas pela repressão política, para que então fossem divulgadas e cumprissem um papel de esclarecimento junto à sociedade.

Todo o trabalho foi realizado entre 1979 e 1985 em sigilo, e deu origem a “um documento-mãe, denominado ‘Projeto A’, com a análise e a catalogação das informações constantes dos autos dos processos judiciais em 6.891 páginas divididas em 12 volumes” (BRASIL NUNCA MAIS, 2017).

De acordo com o site oficial do Brasil: Nunca Mais,

No Projeto A foi possível identificar, dentre outros dados, (i) quantos presos passaram pelos tribunais militares, (ii) quantos foram formalmente acusados, (iii) quantos foram presos, (iv) quantas pessoas declararam ter sido torturadas, (v) quantas pessoas desapareceram, (vi) quais eram as modalidades de tortura mais praticadas, e (vii) quais eram os centros de detenção. Ademais, foi possível listar os nomes dos médicos que davam plantão junto aos porões e os funcionários identificados pelos presos políticos (BRASIL: NUNCA MAIS, 2017).

Contudo, considerando a quantidade excessiva de páginas, a leitura se tornou um empecilho para o conhecimento das violações aos direitos humanos durante o regime repressivo. Dessa forma, foi idealizado por Dom Paulo o “Projeto B”, ou seja, um livro que fosse capaz de resumidamente divulgar as informações colhidas pelo ‘Projeto A’. Obtendo-se como resultado a publicação pela Editora Vozes em 1985 do livro “Brasil: Nunca Mais”, que repercutiu nacional e internacionalmente.

O resgate da memória foi o impulsionador do projeto. Dom Paulo Evaristo Arns e todos que contribuíram para a concretização do relatório já assinalavam que a memória tem um papel fundamental para o resgate dos valores democráticos e que pelo conhecimento da verdade se é capaz de impedir a repetição das atrocidades.

Preocupado com a preservação da memória, Dom Paulo decidiu doar toda documentação para que se tornasse pública. Com a promessa de disponibilizar o material para consulta e permitir a sua reprodução, a Universidade Estadual de Campinas aceitou o

encargo e o Projeto A, bem como as cópias integrais dos 710 processos judiciais catalogados foram transferidos para o Arquivo Edgard Leuenroth, vinculado ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP. Hoje, no entanto, os documentos já se encontram disponíveis na íntegra em diversos sítios eletrônicos.<sup>48</sup>

Por fim, é importante ressaltar que o Brasil: Nunca Mais representa a luta pela preservação da memória mesmo quando o Estado brasileiro não se propunha e reconstruí-la. Nesse sentido destaca Daniela Vasconcelos (2013, p. 156) que

O legado de violações de direitos humanos do regime anterior não foi ao centro do conflito político durante a transição democrática, tampouco provocou intensa mobilização social, exceto por setores progressistas da Igreja católica, que organizaram o mais importante relatório não oficial sobre a repressão estatal, o *Brasil Nunca Mais*, e pelas organizações de familiares de mortos e desaparecidos políticos. O legado da ação repressiva dos governos militares ocupou um lugar marginal na agenda política da redemocratização, ficando restrito à memória privada daqueles atingidos, direta ou indiretamente, pela violência estatal.

O projeto Brasil: Nunca Mais é, sem dúvida, o maior legado não institucional que o Brasil tem quando se fala em memória e Justiça de Transição no Brasil, pois recupera documentos e informações ainda durante o período civil-militar e impede que as políticas de silêncio se sobreponham a história nacional, preservando as narrativas que o Estado tanto quis apagar/esquecer.

### **2.1.2 O Relatório final da Comissão Nacional da Verdade**

A Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi instituída em 16 de maio de 2012 com o fim de proporcionar a reconciliação nacional e efetivar o direito à verdade e à memória histórica, devendo ao final (até 16 de dezembro de 2014) apresentar um “relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações”.<sup>49</sup>

O relatório foi entregue no dia 10 de dezembro de 2014 e encontra-se virtualmente disponível na plataforma do governo ([www.cnv.gov.br](http://www.cnv.gov.br)). No mesmo dia os membros da Comissão, a saber, José Carlos Dias, José Paulo Cavalcanti Filho, Maria Rita Kehl, Paulo

---

48 São exemplos de sítios eletrônicos que disponibilizam o relatório Brasil: Nunca Mais na íntegra: <<http://www.dhnet.org.br/memoria/nuncamais/>> e <<http://www.marxistsfr.org/portugues/tematica/livros/nunca/>>.

49 Art. 11, da lei 12.528/2011.



Sérgio Pinheiro, Pedro Dallari, Rosa Cardoso publicaram um artigo analisando o trabalho desenvolvido.<sup>50</sup>

Afirmaram que apesar de a lei nº 12.528/2011 determinar a investigação de violações a direitos humanos entre 1946 e 1988 (período entre as duas últimas constituições democráticas brasileira), foi dado um foco maior as violações cometidas no período do regime civil-militar (1964-1985), pois é o momento no qual os quadros de violações são mais intensos.

Dentre as atividades desenvolvidas elencam a busca e pesquisa de documentos, a oitiva de mais de um milhar de pessoas, a realização de diligências em locais de repressão, bem como a promoção de audiências e sessões públicas por todo território nacional, travando-se um diálogo contínuo com a sociedade. Ressaltam também as profundas contribuições da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia, quanto aos trabalhos que já vinham desenvolvendo, de entidades da sociedade, dos sobreviventes e dos familiares de mortos e desaparecidos.

O relatório é dividido em três volumes. O primeiro contempla uma retrospectiva da Comissão Nacional da Verdade, desde a sua criação até as atividades realizadas, segue-se com a apresentação das estruturas do Estado, dos métodos, práticas e dinâmica das graves violações de direitos humanos e encerra-se com as conclusões e recomendações.

O segundo reúne textos que enfocam as violações de direitos humanos sob o prisma de diversos setores sociais, como dos trabalhadores, dos camponeses, dos povos indígenas, dos universitários. Compilam também textos que tratam da ditadura e homossexualidade, além de outros que retratam os civis que colaboraram com a ditadura ou resistiram às graves violações cometidas.

O último volume, o mais extenso, descreve o que aconteceu com 434 mortos e desaparecidos, a partir de todas as informações coletadas e analisadas nos volumes anteriores.

Embora o relatório final da CNV esclareça diversos acontecimentos do regime civil-militar e tenha fundamental importância para o processo de concretização da Justiça de Transição no Brasil, não se pode pensar que ele por si só satisfaz e encerra esse processo transicional.

---

50 Artigo disponível em: <<http://cnv.gov.br/institucional-acesso-informacao/verdade-e-reconcilia%C3%A7%C3%A3o.html>>.

Destaca-se, assim, os papéis das comissões estaduais, municipais, setoriais e universitárias, algumas instituídas paralelamente a Comissão Nacional da Verdade, que complementam e potencializam os trabalhos já realizados. Mas que sozinhas também são insuficientes para a reconstrução da história, fortalecimento da memória e resgate dos princípios democráticos

No artigo publicado originalmente na Folha de São Paulo, os membros da comissão fazem um importante adendo

Mesmo que adequadamente consagrada, a verdade não promove o resgate da memória social se não é revelada e compartilhada. Essa constatação - e a de que mais de 80% dos brasileiros nasceram após o golpe de 1964 e que 40% (80 milhões) nasceram depois do final da ditadura, em 1985 - levou a CNV a dar especial atenção à efetivação do direito à memória, também uma de suas finalidades legais (DIAS et al, 2015).

Logo, conclui-se que a memória social e compartilhada, responsável por desconstituir as versões oficiais apresentadas no período ditatorial e esclarecer como se deu a história nacional, é essencial para o alcance de uma verdadeira democracia. Daí a importância de o Estado manter medidas que permanentemente trabalhem a memória, para que os abusos do passado não mais se repitam nem se justifiquem no presente.

### **2.1.3 Outras mídias**

Além dos relatórios acima detalhados, apresentam-se como legados da Justiça de Transição no Brasil filmes e sítios eletrônicos de divulgação da repressão estatal.

Vale à pena pontuar que apesar de pouco difundida e trabalhada socialmente, o Brasil possui uma vasta cinematografia<sup>51</sup> que retrata o período civil-militar. Dentre alguns títulos cabe mencionar: "Manhã Cinzenta" de Olney São Paulo (1969), filme censurado durante o regime civil-militar que retrata um golpe de Estado em um país imaginário da América Latina; "Pra Frente, Brasil" (1983), dirigido por Roberto Farias, trata da vida de um pacato trabalhador rural que é confundido com um ativista político e passa a ser torturado para confessar seus supostos crimes; "Batismo de Sangue" (2006), de Helvecio Ratton, situado no final da década de 60 em São Paulo fala da resistência, do grupo de guerrilheiros comandado por Carlos Marighella e das sessões de torturas promovidas pelo Estado; "Galeria F" (2016), dirigido por Emília Silveira, é um documentário que reconstitui a história

---

51 Lista de filmes que resgatam a memória em anexo.

de Theodomiro Romeiro dos Santos, ex-presos políticos condenados à morte que escapou da ditadura.

Em relação aos sítios eletrônicos de divulgação de dados da ditadura, desde informações de como a ditadura se apresentava institucionalmente, de documentos que comprovam a tortura e repressão praticadas pelo Estado, até busca pelos desaparecidos políticos, pode-se citar como fundamentais no processo de elaboração da memória social os seguintes sítios: Memórias Reveladas,<sup>52</sup> Documentos Revelados,<sup>53</sup> Memórias da Ditadura,<sup>54</sup> Brasil Nunca Mais Digital.<sup>55</sup>

Apesar de todo esse material ser essencial para a efetivação da Justiça Transicional eles não são capazes de por si só superar as políticas de esquecimento impostas. É preciso além de disponibilizar a informação, que ela seja ativada. O papel do Estado é exatamente o de ativação da memória para o resgate de valores democráticos.

## 2.2 O “dever de memória” do Estado

O “dever de memória” traduz-se na necessidade do Estado e da sociedade lidar com o passado de violência, reconhecendo-se a dor das vítimas e travando-se um diálogo entre as práticas do passado que repercutem no presente para que não mais se repitam. De acordo com Camargo (2016, p. 251-252)

(...) o “dever de memória”, enquanto paradigma conceitual, nos remete ao mesmo tempo a um imperativo moral e político: moral no sentido de que torna inadmissível a aceitação de crimes que geram opressão, violência e sofrimento; político porque abre espaço para pensar em políticas públicas específicas cujo objetivo deve ser de tratar um passado marcado por diversos sofrimentos e que continuam reverberando sob a forma de legados no presente. Portanto, o “dever de memória” contém uma dupla implicação. Primeiro: o direito das vítimas de rememorar seu passado, narrar suas memórias e compartilhá-las socialmente, ou seja, o direito ao reconhecimento social da existência dessa história de traumas. Segundo, que se desenvolve em decorrência da primeira implicação:

---

52 Sítio eletrônico: <<http://www.memoriasreveladas.gov.br/>>.

53 Sítio eletrônico: <<http://www.documentosrevelados.com.br/livros/brasil-nunca-mais-livro-na-integra/>>.

54 Sítio eletrônico: <<http://memoriasdaditadura.org.br/>>.

55 Sítio eletrônico: <<http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/digital.html>>.

essas memórias de sofrimento geram deveres por parte do Estado e da sociedade para com as vítimas.

Contudo, se de um lado as vítimas têm o direito à memória, de outro, têm ao esquecimento, não se podendo obrigá-las a trazer à tona toda a experiência traumática que sofreram, principalmente quando não se sentem seguras para tanto. Pollak (1989, p. 5) ressalta que as razões do silêncio são complexas e que encontrar uma escuta é fundamental para que as vítimas possam relatar os sofrimentos vividos.

Por isso, o modo como o Estado entende o papel das memórias políticas, a importância que atribui a elas, o espaço político e a forma institucional que desenvolve para que elas possam vir à arena pública, influencia o desenho e o conteúdo das iniciativas e leis que tratam as questões do passado traumático, bem como seu impacto sobre a implantação e consolidação dos valores democráticos (...) (CAMARGO, 2016, p. 253).

As narrativas individuais e coletivas precisam invadir o espaço público e constantemente se fazerem presentes, uma vez que a memória comum desempenha a função positiva de “reforçar a coesão social, não pela coerção, mas pela adesão afetiva ao grupo” (POLLAK, 1989, p. 3).

Dessa forma, a superação de políticas de silêncio e esquecimento implementadas pós-ditadura são essenciais para a concretização da democracia, a fim de evitar a naturalização da violência pela “displicência histórica”. Pois, como ensina Maria Rita Kehl (2010, p. 126)

Não há reação mais nefasta diante de um trauma social do que a política do silêncio e do esquecimento, que empurra para fora dos limites da simbolização as piores passagens da história de uma sociedade. Se o trauma, por sua própria definição de real não simbolizado, produz efeitos sintomáticos de repetição, as tentativas de esquecer os eventos traumáticos coletivos resultam em sintoma social. Quando uma sociedade não consegue elaborar os efeitos de um trauma e opta por tentar apagar a memória do evento traumático, esse simulacro de recalque coletivo tende a produzir repetições sinistras.

No Brasil, os comitês de anistia representam um papel inicial na busca pela memória social e luta contra o silêncio institucional. Conforme Greco (2003) há nesse movimento a construção de uma contramemória, que fragiliza os discursos oficiais da ditadura e imprime novo significado à anistia, trazendo para o debate público o direito de resistência contra

um Estado arbitrário e violador de direitos humanos, trata-se, dessa forma, da “construção de uma contramemória em oposição ao exercício de espoliação das lembranças que está na base da memória institucional” (GRECO, 2003, p. 22). Desde então se luta pela não “privatização”<sup>56</sup> da memória política (CAMARGO, 2016, p. 256-257).

É também nos anos 90 que se inicia a elaboração do projeto Brasil: Nunca Mais que culmina num relatório de mais de um milhão de páginas, representando papel fundamental no resgate não consciente e não institucional da memória.<sup>57</sup>

Embora haja medidas de resgate da memória desde 1975, o Estado brasileiro apenas as institucionaliza tardiamente. Nesse diapasão, salienta Camargo (2016, p. 259-260)

(...) é possível inferir que, embora o Estado democrático tenha conseguido sair do papel de violador para o de promotor dos direitos humanos, no que se refere às questões relacionadas à gestão do passado autoritário e dos crimes de lesa-humanidade, esse papel permaneceu limitado. O Estado não impulsionou uma política de memória que possibilitasse o debate público e coletivo das memórias particulares das vítimas, uma vez que o espaço para a elaboração da memória ficou limitado por provas burocráticas e individuais. O Estado atuou como um depositário das memórias individuais, mas não um ator ativo na construção e no estímulo de “outra memória possível”, agiu como reparador econômico, mas perdeu a chance de ser um agente educativo. (...) Assim, perdeu-se a oportunidade de produzir um efeito pedagógico de aprendizagem de valores democráticos.

Na primeira década dos anos 2000 o direito à verdade e à memória entra na pauta do governo, que, como relatado, adota medidas para o alcance da verdade e reconstrução da memória social, reconhece-se, assim, o “dever de memória” política como fundamental no processo transicional e no resgate de valores democráticos.

---

56 A “privatização” da memória, conforme Camargo (2016, p. 256), refere-se a tentativa estatal de “hegemonizar e homogeneizar a memória de forma a relegar outras memórias rivais ao ostracismo, ao isolamento e à privação de espaços públicos de elaboração e interpretação (...) que se desenvolve através da ausência de possibilidades de compartilhamento social das experiências, projetos políticos e traumas individuais e coletivos”.

57 Além do papel dos Comitês de Anistia, é um marco não-institucional para o resgate da memória, o projeto Brasil: Nunca Mais, como destacado no tópico 2.1.1 do presente capítulo.

Como legado institucional da Justiça de Transição no Brasil tem-se a publicação apenas em dezembro de 2014 do relatório final da Comissão Nacional da Verdade que reafirma mais uma vez, a necessidade da construção da memória social e do seu compartilhamento para consolidação da democracia.

## 2.3 Memória e Democracia

A democracia se caracteriza primordialmente pela soberania popular, as decisões políticas serão então tomadas pelo povo, seja direta ou indiretamente, e haverá uma fiscalização do poder. Esse também é um regime político que se sobressai pelo respeito aos direitos fundamentais (políticos, civis) e à legalidade. Ocorre que a transição entre o regime autoritário e o democrático, muitas vezes, não é completo e a sociedade apenas teoricamente/formalmente adotou o novo regime. Nesse diapasão salienta Moisés (2008, p. 13)

Embora eleições sejam indispensáveis para a existência da democracia, como advogam as definições convencionais, tornou-se evidente que elas não garantem *per se* a instauração de um regime democrático capaz de assegurar princípios como o primado da lei, o respeito aos direitos dos cidadãos e o controle e a fiscalização dos governos. Apesar de demonstrar que o antigo regime terminou e que, doravante, a escolha de governos está submetida ao princípio da soberania popular, a vigência de eleições não impediu, em alguns casos, que, mesmo evoluindo no sentido da ampliação dos direitos civis e políticos, democracias eleitorais não atendessem necessariamente a todos os critérios segundo os quais um sistema político autoritário se transforma em democrático.

A possibilidade de escolher os governantes periodicamente pela sociedade em geral, não pode abarcar todas as dimensões que um regime democrático exige. Essa característica por si só não é capaz de definir se uma sociedade adota ou não a democracia. É na verdade um entendimento minimalista que reduz todo um conjunto de direitos e garantias a simples mecanismos eleitorais. Nesse sentido pontua Dornelles (2006, p. 218-219) que “a institucionalidade democrática, como espaço do pluralismo político no Estado, é restrita e não garante a própria democratização social como processo mais amplo e que se enraíza na sociedade organizada”.

Para que haja uma democracia é preciso que a participação dos cidadãos esteja assegurada, que eles possam escolher os governantes e serem escolhidos (igualdade política), bem como avaliar e julgar o desempenho dos governos e representantes; que as liberdades individuais sejam respeitadas; que diferentes concepções possam ser



expressadas. Além disso, é necessário que a constituição seja aceita como legítima pela sociedade, e que esta adote mecanismo de “pesos e contrapesos” (separação dos poderes) e preveja instituições que incorporam os princípios constitucionais (MOISÉS, 2008, p. 14-15).

Moisés salienta ainda que (2008, p.16)

(...) para que o regime democrático funcione a contento, o sistema político e as suas instituições fundamentais devem ser adotados de forma incondicional, não apenas pelas elites políticas, mas pela maioria dos cidadãos como parte integrante do seu pertencimento à comunidade política. O que os cidadãos pensam e sentem sobre as instituições democráticas, assim como suas atitudes a respeito delas, são componentes indispensáveis do software sem o qual o hardware democrático funciona mal.

Quando práticas autoritárias não são expostas como tais e se sustentam em regimes ditos democráticos, fica nítida a confusão ideológica que causa entre os cidadãos e o porquê da desconfiança destes nas atuais instituições. O papel da memória é justamente o de resgate das experiências passadas, é evitar que pelo esquecimento medidas que se reportam a um regime autoritário permaneçam no seio da sociedade como se necessárias a manutenção de uma suposta ordem, como se sem elas não fosse possível a democracia.

(...) as políticas para memória, numa transição política, podem contribuir de modo decisivo para a constituição de um senso comum democrático em substituição ao arcabouço de valores autoritários introjetados na sociedade pela prolongada vivência em regimes opressivos. Neste sentido, políticas de acesso à verdade e de fomento a reflexão crítica sobre o passado tornam-se mecanismos de produção de memória social voltada para a cidadania, permitindo a desnaturalização da violência e a gradativa incorporação de percepções e práticas democráticas em todo o tecido social.

O movimento de democratização, especialmente em contextos onde a via eleitoral foi priorizada em relação a outras formas de produção da democracia, precisa de constante fomento para que possa efetivamente atingir a inteireza do aparelho estatal, penetrando, inclusive, nas instituições fortemente aparelhadas pela repressão, como o exército, a polícia e mesmo em alguns casos – como o

brasileiro – o Poder Judiciário. A implementação de políticas de memória contribui neste sentido (TORELLY, 2010, p. 264-265).

O Brasil carece de uma transição política efetiva, a mudança de regime não significou impreterivelmente a mudança de perspectivas de como governar e de como viver em sociedade. Instituições essencialmente autoritárias sobrevivem com práticas similares à da ditadura civil-militar e as torturas mesmo que “veladas” se manifestam diariamente.

É importante destacar que o processo de democratização brasileira gerou diversas expectativas, acreditava-se na ampliação da proteção aos direitos humanos e no exercício pleno da cidadania, contudo se observa que as relações entre governo e parte da sociedade (populações excluídas ou em situação de vulnerabilidade) são marcadas pela ilegalidade e arbitrariedade (DORNELLES, 2006, p. 215).

Aqui reside a ambiguidade e o paradoxo da realidade brasileira, já que o retorno às práticas democráticas, a partir de meados dos anos oitenta do século XX, fez surgir os elementos institucionais de uma sociedade formalmente democrática. No entanto, sobreviveram outros elementos opostos com o advento das práticas institucionais democráticas. Coexistem elementos positivos, que emergiram do processo de transição democrática, com os elementos negativos, que se originam na herança histórica autoritária, elitista e excludente da sociedade brasileira, aprofundados com a experiência de vinte anos de regime militar, se expressando através da sobrevivência de uma “sociedade incivil”, de uma “sociedade política elitista, não submetida ao controle dos excluídos, das não-elites”, de um “não-Estado de Direito” para a imensa massa popular, além de um não-acesso à justiça.

Não tratar da ditadura e de todas as suas consequências significa hoje ter que lidar com um legado autoritário que se manifesta em diferentes dimensões. A brutalidade policial, a violência física, a prática de torturas e maus tratos, a corrupção são apenas alguns exemplos dos resquícios ditatoriais que permanecem na sociedade e confirmam o déficit democrático que se vive no Brasil.

### ***2.3.1 O papel da memória e violência policial no Brasil “democrático”***

Embora se presencie uma ampliação na proteção dos direitos humanos, o Brasil ainda é marcado por uma política autoritária e de extermínio. A brutalidade policial e o uso

da tortura não são exceções,<sup>58</sup> mas práticas rotineiras resultantes de uma formação social em que graus intoleráveis de violência são naturalizados, diante do esquecimento e da indiferença que prevalecem em relação ao passado.

A transição da ditadura para a democracia não foi capaz de aniquilar esses resquícios que se perpetuam na história nacional. Conforme Gagnebim (2010, p. 186)

Parece haver uma correspondência secreta entre os lugares vazios, os buracos da memória, esses brancos impostos do não dito do passado, e os lugares sem lei do presente, espaços de exclusão e de exceção, mas situados dentro do recinto social legítimo, como se somente a inclusão da exceção pudesse garantir a segurança da totalidade social.

Em paralelo ao exposto, é possível concluir que o direito à memória se torna essencial para o processo de superação do legado autoritário, uma vez que permite a “acumulação coletiva de experiências para o aprendizado social, com vistas a transformação desse acúmulo em fortalecimento institucional e em capital político para a manutenção e ampliação do regime democrático almejado pela própria transição (...)” (TORELLY, 2010, p. 249).

No Brasil os dados que demonstram a violência policial são alarmantes. Segundo o 10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2016, p. 30) foram mortas 3.320 pessoas decorrentes de intervenções policiais em 2015 e 17.688 entre 2009 e 2015, apresentando-se uma taxa de letalidade policial de 1,6 por 100 mil habitantes (maior do que a de Honduras – 1,2 – considerado o país mais violento do mundo). Relata-se ainda que a polícia brasileira mata aproximadamente 9 pessoas por dia (2016, p. 21).

O que se observa é um reflexo de uma polícia militar que “foi e continua sendo um aparelho bélico do Estado, empregada pelos sucessivos governantes no controle de seu

---

58 Em 9 de março de 2015 na 28ª Sessão de Direitos Humanos da ONU, as organizações de direitos humanos se pronunciaram no seguinte sentido: “A tortura ainda está sendo usada como um método de investigação policial. Apesar de sua proibição absoluta, permanece arraigada na cultura policial brasileira: em 66% dos casos contra agentes públicos, a tortura foi usada como meio de obter confissão ou informação. Isto é ultrajante”. Tradução livre de: “Torture is still being used as a method of police investigation. Despite its absolute prohibition, it remains ingrained in the Brazilian law enforcement culture: In 66% of the cases against public agents, torture was used as a means of obtaining confession or information. This is outrageous”.

inimigo interno, ou seja, seu próprio povo” (COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015, p. 1).

Com a promulgação da Constituição de 1988 pouco ou nada efetivamente se mudou em relação as polícias militares, regidas ainda por dispositivos pré-constitucionais como o decreto nº 88.777 de 30 de setembro de 1983 que aprova o regulamento para as polícias militares e corpo de bombeiro.

O art. 41 desse decreto é um nítido exemplo de como a ditadura ainda não foi superada ao dispor que “as Polícias Militares integrarão o Sistema de Informações do Exército, conforme dispuserem os Comandantes de Exército ou Comandos Militares de Área, nas respectivas áreas de jurisdição”. Informações que fogem ao controle do poder civil e da sociedade.

Em depoimentos concedidos à Comissão da Verdade Rubens Paiva (2015, p. 13) percebe-se o quão problemático é esse dispositivo. José de Menezes Cabral e Francisco Jesus da Paz afirmam, respectivamente, na 96ª Audiência da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo em 22 de novembro de 2013:

sobre a P/2, até hoje nos vigia. (...) Então, nós, além de sermos vigiados, nós fomos caluniados pelo resquício da ditadura de elementos que ainda dirigem a corporação

[...] quando Montoro extinguiu o DOPS, ficamos satisfeitos. Mas nós não percebemos, a sociedade civil não percebeu, a cidadania ativa não percebeu, que havia algo criado muito mais eficiente, muito mais amplo, que era a P/2. Por quê? Porque a P/2 ela está espalhada [...] nos 645 municípios de São Paulo, no caso de São Paulo. Ela está espalhada nos 5.400 municípios do Brasil. [...] Não é uma questão da Polícia Militar de São Paulo. Todas as polícias militares têm a sua polícia política sob o comando, sob o controle do Exército Brasileiro, do Estado-Maior (...) Não há nenhum, repito, não há nenhum controle da sociedade civil sobre essa polícia política.

Não somente a legislação permite concluir que práticas antidemocráticas continuam fazendo parte da trajetória brasileira, mas também os ensinamentos passados nas corporações militares e as práticas policiais.

Quanto aos ensinamentos, destaca-se que até 1996 a polícia do Rio de Janeiro ensinava a bater (e não se trata de defesa pessoal) e que até 2006, pelo menos, o BOPE

dava aulas de torturas enquanto procedimentos institucionais.<sup>59</sup> Sabe-se que a tortura continua a fazer parte do cotidiano de agentes públicos (como policiais civis e militares, agentes penitenciários, carcereiros, monitores de unidades de internação) que a utilizam especialmente como meio de obter a confissão ou informações, sendo considerado um método de investigação admitido pelas corporações (IBCCRIM et. al., 2015, p. 11; 38-39).

Em relação às práticas policiais cabe mencionar os autos de resistência que são um mecanismo de justificação da violência policial, ao permitir que agentes públicos utilizem quaisquer meios que julguem necessários para atuar pessoas que resistam à prisão, o que é, na verdade, uma autorização institucional de execuções sumárias realizadas contra a população periférica.<sup>60</sup>

Nesse sentido cabe mencionar o relatório da Comissão da Verdade de São Paulo (2015, p. 14-15) que pontua acertadamente que

(...) a Polícia Militar não se adaptou ao regime democrático. Trata-se de uma corporação policial militar historicamente concebida mais como força de ocupação territorial e controle político violento contra a população pobre do que voltada para a prevenção da violência e criminalidade. A Polícia tem uma organização e formação preparada para a guerra contra um inimigo interno e não para a proteção. Desse modo, não reconhece na população pobre uma cidadania titular de direitos fundamentais, apenas suspeitos que, no mínimo, devem ser vigiados e disciplinados, porque assim querem os sucessivos governantes, ontem e hoje.<sup>61</sup>

---

59 Informações obtidas do Depoimento de Luiz Eduardo Soares na 99ª Audiência da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo, 28 de novembro de 2013.

60 Nesse sentido cabe mencionar o paralelo pertinente realizado no relatório da Comissão da Verdade de São Paulo: "A cultura da morte praticada pelas Polícias Militares é continuidade do que fizeram os assassinos do DOI-Codi, com a mesma falsa versão de resistência seguida de morte para ocultar o extermínio de jovens negros e pobres das periferias de nossas cidades. A banalização da violência por parte da PM é a pior herança da ditadura militar" (2015a, p. 8-9).

61 No mesmo diapasão ressalta Torelly (2010, p. 254) que "um fator a ser exemplificativamente salientado no caso brasileiro é que, diferentemente do que ocorreu em países vizinhos, como a Argentina, que promoveram depurações nos órgãos de segurança (exército e polícia), aqui nada foi feito nesse sentido (PEREIRA: 2005, p.160). Assim, policiais socializados em um senso comum antidemocrático, onde o poder de polícia não conhecia limites, não apenas seguem na ativa como participam da formação de novos policiais. A violência policial no Brasil, hoje, faz um incalculável número de vítimas".

Ao não fazer parte da história nacional, as narrativas de resistência e do que ocorreu nos porões da ditadura deixam de produzir uma reflexão do por que ainda se recorre à violência como solução dos problemas, bem como porque se aceita que a população marginalizada seja exterminada diariamente num país que se diz democrático.

O passado está muito presente e não será superado se não houver de fato uma reparação política, com o significado de resgatar a história, as ideias, a alma dos movimentos sociais e seus ideais. Deve-se buscar a reparação do espaço político e social; é necessário consertar o que foi tratado de forma tão errada e desastrosa que quebrou a confiança e a esperança de todo um povo. Para isso não há como passar por cima da construção da verdade e da justiça (COMISSÃO DA VERDADE DE SÃO PAULO, 2015a, p. 11).

A violência policial é apenas um exemplo da continuidade de violações sistemáticas contra os direitos humanos e do legado autoritário herdado da ditadura que permanece na sociedade brasileira. De modo que se faz necessário a valorização da memória como medida concretizadora da democracia a partir da construção de narrativas alternativas apresentadas àquela da memória oficial, permitindo-se uma releitura do passado sob um viés democrático (TORELLY, 2010, p. 261).

### ***2.3.2 Corrupção como reflexo do déficit democrático brasileiro***

Ao tomarem o poder, os militares propagaram a ideia de manutenção da ordem democrática e combate à corrupção. No entanto, durante os mais de 20 anos de regime civil-militar sobressaiu-se uma administração corrupta e arbitrária, “deixando como herança maldita um país extremamente desigual, um meio urbano violento, um sistema político completamente corrompido e um estado de imprevisibilidade difusa” (CAMPANTE, 2017).

O cientista político Rubens Goyatá Campante, membro do Centro de Estudos Republicanos Brasileiros (Cerbras) da Universidade Federal de Minas Gerais explica que a ideia de que durante a ditadura não havia corrupção decorre da inconsciência histórica sobre o período e que na verdade vive-se hoje a continuidade de um legado de corrupção que não se alterou com a transição política. Assim, pontua acertadamente que a corrupção é um problema estrutural e exemplifica que

Quando o regime de 64 começou, Castelo Branco percebeu que a questão não era tão simples assim. A partir do governo Costa e Silva, cresceu a participação dos militares nomeados em agências e empresas públicas. Eles entraram na relação espúria entre o capital e política, que é, em si mesma, uma grande corrupção. Começaram,



então, a pipocar escândalos. A partir da segunda metade dos anos 1970, a mídia passou a falar desses casos. Alguns poucos exemplos: os escândalos da Ponte Rio Niterói e da Transamazônica e as falências fraudulentas, com crise generalizada, na Coroa Brastel e na Capeme, um fundo de previdência privada. O banco Halles e o Banco Econômico também faliram de forma fraudulenta e os militares injetaram dinheiro público neles. Houve o caso do suborno em um tratado de cooperação nuclear entre Brasil e Alemanha, denunciado pela revista alemã Der Spiegel, e as inúmeras mordomias, como na residência oficial do ministro do trabalho, Arnaldo Prieto, com os famosos 500 quilos de salsicha.<sup>62</sup>

Conclui ainda que corrupção e democracia estão estreitamente interligados, pois, os países que possuem democracias substanciais tendem a ser menos corruptos.

No período militar a corrupção não era tão difundida quanto agora, isso se deu por causa da censura aos meios de comunicação e restrições aos mecanismos de fiscalização, o que não quer dizer que não existia (CAMPOS, 2012, p. 469). Ocorre que apesar de ser um período extremamente sombrio, de desrespeito aos direitos fundamentais, a ditadura não é vista negativamente por todos, acreditando-se por vezes que a tão almejada ordem só será estabelecida quando os militares retornarem ao poder.

É importante ressaltar que

Os militares não tinham interesse em deixar vaziar casos de corrupção que envolviam seus aliados ou colegas de farda, justamente para não estimular a descrença nas autoridades e no poder de Estado. Impedir a publicação de notícias sobre a corrupção era parte da estratégia de segurança nacional.

Mesmo assim, alguns casos se tornaram notórios e fartamente documentados, e até foram investigados oficialmente. Superfaturamento, desvio de verbas, desvio de função, abuso de

---

<sup>62</sup> Outros exemplos de corrupção podem ser vistos a partir da leitura da tese de Campos (2012), especialmente o tópico 4.5 “Tenebrosas transações” – empreiteiros e denúncias de corrupção na ditadura”, bem como no sítio eletrônico: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/04/01/conheca-dez-historias-de-corrupcao-durante-a-ditadura-militar.htm>>.

autoridade, tráfico de influências. Tudo isso já era bem conhecido no Brasil da ditadura (MEMÓRIAS DA DITADURA).

Nesse sentido cabe mencionar trechos da reportagem realizada em 1976 por Ricardo Kotscho que denunciava as mordomias dos superfuncionários, demonstrando uma cultura de corrupção desde a ditadura:

Parecia que de um dia para o outro os superfuncionários governamentais haviam decidido cometer todos os tipos de abusos. Foi no começo do governo Geisel: as seções políticas dos jornais, que vinham de um lustro que quase as levava à extinção, de repente enchiam suas colunas com denúncias sobre as mais variadas práticas de utilização de recursos públicos em benefício próprio, envolvendo entidades e personagens de praticamente todos os escalões do governo. (...) E chega-se a uma grave constatação: inexistente uma legislação específica que permita ao Congresso Nacional e aos tribunais de contas exercerem, em sua plenitude, a tarefa de fiscalizar as atividades dos superfuncionários governamentais, fato que se torna mais grave à medida que se prolonga o regime de excepcionalidade em que vive o país. (...) Um dos casos mais comentados em Brasília é o do secretário-geral do Ministério da Saúde. Irritado com a decoração que encontrou, mandou trocar tudo. (...) A reforma acabou custando mais caro que o próprio apartamento. (...) Além das casas luxuosamente mobiliadas pelas empresas nos bairros mais elegantes, carros e aviões oficiais à disposição, proliferam as mordomias, os cartões de crédito e as contas abertas em supermer-cados. Cada um pode gastar um teto mensal, em quaisquer circunstâncias, que abrangem até contas de bar e butiques, como foi recentemente denunciado com a publicação das contas de uma em-presa estatal carioca. (...)

Os carros oficiais servem para levar os filhos dos superfuncionários ao colégio, as madames às butiques e cabeleireiros, os empre-gados e os funcionários propriamente ditos aos restaurantes (KOTSCHO, 1976).<sup>63</sup>

Ou seja, a ideia de que a corrupção só se origina com a democracia é uma falácia, e o papel da memória é justamente o de impedir a reprodução de falas que pedem a

---

<sup>63</sup> Para mais informações acessar o sítio eletrônico: <<https://mordomias.wordpress.com/a-denuncia-da-mordomia/>>.

intervenção militar, alegando que essa seria a solução para o fim da corrupção. Pois, ao se analisar detidamente a história nacional, percebe-se que a corrupção também está presente no regime autoritário e que a permanência dela é apenas um reflexo da democracia formal em que se vive.

### **3 CONCLUSÃO**

A partir do exposto é possível concluir que a transição do regime político ditatorial para o democrático no Brasil não pôs fim a práticas autoritárias, arbitrárias e ilegais. Daí, portanto, a importância de tratar da Justiça de Transição como passo fundamental para a superação do legado de violações sistemáticas e em massa aos direitos humanos cometidas pelo Estado

Nesse momento, merece destaque o papel do Estado como fomentador desse processo transicional, especialmente quando se trata de impedir que políticas de esquecimento e silêncio se perpetuem, bem como versões oficiais baseadas em mentiras e ocultação da verdade.

Apesar de todos os objetivos (verdade, memória, justiça, reparação e reformas institucionais) serem fundamentais, entende-se a memória como essencial para o resgate dos valores democráticos. De modo que se torna indispensável o trabalho permanente de medidas que viabilizem além das narrativas de traumas, a possibilidade de enxergar a lógica do funcionamento estatal, para que assim o passado exposto e rememorado constantemente seja capaz de impedir que práticas autoritárias permaneçam como justificáveis ou necessárias para a efetivação da democracia. Ou seja, além da divulgação das informações, é preciso a ativação da memória.

Observa-se ainda que a justiça enquanto culpabilização pode refrear a reconstrução da memória social. Isso se dá porque a possibilidade, ainda que remota,<sup>64</sup> de ser processado e punido impede que a verdade por parte dos violadores de direitos humanos venha à tona.<sup>65</sup> Verdade que muitas vezes pode parecer insuportável, mas que é necessária para a promoção da reconciliação nacional.

---

64 Ver tópico 2.2.1

65 Nesse sentido cabe destacar que a Comissão Nacional da Verdade da África do Sul se preocupou justamente com a elaboração do trauma e reconciliação nacional, dando especial atenção às narrativas das vítimas e dos violadores de direitos humanos para que fosse possível reconstruir a história nacional, assim, concedeu-se anistia a todos aqueles que expuseram tudo que sabiam e fizeram durante o regime repressor.

Por fim, conclui-se que o Brasil apresenta um sério déficit democrático, apresentando-se apenas formalmente como democracia, uma vez que é incapaz de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, resultado de uma transição política inefetiva, de uma política de esquecimento imposta, da permanência dos padrões e lógicas institucionais que reportam ao regime civil-militar, bem como de uma cultura violenta como resposta aos problemas sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL: nunca mais. 31. ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2000.

BRASIL: NUNCA MAIS. Disponível em: < <http://bnmdigital.mpf.mp.br/pt-br/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

CAMARGO, Alessandra Lopes. O dever de memória do Estado no processo de justiça de transição no Brasil. *Idéias – Revista Instituto de Filosofia e Ciências Humanas - UNICAMP*, v.7, n.1, p. 249-270, jan./jul. 2016.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Ausência de corrupção na ditadura é "conversa para boi dormir", diz pesquisador: entrevista [01 de abril, 2017]. Belo Horizonte: *Brasil de Fato*. Entrevista concedida a Wallace Oliveira. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/04/01/ausencia-de-corrupcao-na-ditadura-e-conversa-para-boi-dormir-diz-pesquisador/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CAMPOS, Pedro Henrique Pereira. *A ditadura dos empreiteiros: as empresas nacionais de construção pesada, suas formas associativas e o Estado ditatorial brasileiro, 1964-1985*. 2012. 539 f. Tese (Doutorado em História Social). Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. A militarização da segurança pública no Brasil. *Verdade aberta*. Relatório. Tomo I, parte I, 2015. Disponível em: <[http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/downloads/I\\_Tomo\\_Parte\\_1\\_A-militarizacao-da-seguranca-publica-no-Brasil.pdf](http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/downloads/I_Tomo_Parte_1_A-militarizacao-da-seguranca-publica-no-Brasil.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lembrar os 50 anos do golpe militar, lembrar suas vítimas, lembrar a resistência, construir a verdade e alcançar a justiça! *Verdade aberta*. Relatório. Tomo I, parte III, 2015a. Disponível em: <[http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/downloads/I\\_Tomo\\_Parte\\_3\\_Lembrar-os-50-anos-do-golpe-militar.pdf](http://comissaodaverdade.al.sp.gov.br/relatorio/tomo-i/downloads/I_Tomo_Parte_3_Lembrar-os-50-anos-do-golpe-militar.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2017.

DIAS, José Carlos et. al. Verdade, memória e reconciliação. *Comissão Nacional da Verdade*. Mai. 2015. Disponível em: <<http://cnv.gov.br/institucional-acesso-informacao/verdade-e-reconcilia%C3%A7%C3%A3o.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

DORNELLES, João Ricardo W. O desafio da violência, a questão democrática e os direitos humanos no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n. 29, p. 213-221, jul./dez. 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública 2016*. Ano 10, 2016. Disponível em: <<https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=2229>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. O preço de uma reconciliação extorquida. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 175-186.

GRECO, Heloisa Amélia. *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*. 2003. 559 f. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

IBCCRIM et. al. *Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)*. 1. ed. São Paulo, jan. 2015.

KEHL, Maria Rita. Tortura e sintoma social. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 123-132.

KOTSCHO, Ricardo. Assim vivem os nossos superfuncionários. *O Estado de São Paulo*. 1976. Disponível em: <<https://mordomias.wordpress.com/a-denuncia-da-mordomia/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

MEMÓRIAS DA DITADURA. *América latina em transe*. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/america-latina-em-transe/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

MEMÓRIAS DA DITADURA. *Regimes ditatoriais favorecem a corrupção*. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/corruptcao/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008.

POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio. *Estudos históricos*. Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, p. 3-15, 1989.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça transicional e estado constitucional de direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. 2010. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

\_\_\_\_\_. Marcos Teóricos da Justiça de Transição e os Processos Transicionais na América Latina. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1. ed. Brasília: UnB, 2015. p. 146-152.



[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)

VASCONCELOS, Daniela. Autoritarismo, direitos humanos e redemocratização: uma análise comparativa da justiça de transição no Brasil e na Argentina. *Revista Andina de Estudios Políticos*, v. 3, n. 1, 2013, pp. 134-165.



## **ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA E A LEI Nº 13.467/17: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS FRENTE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA**

**AMANDA BARROS MANESCHY:**

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogada.

**RESUMO:** O foco do presente artigo encontra-se no estudo das alterações introduzidas na Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei nº 13.467, de 11 de novembro de 2017, editada sob o epíteto de Reforma Trabalhista, no que concerne o direito à assistência jurídica integral e gratuita no âmbito judicial laboral. A assistência jurídica é garantia fundamental prevista no Título II da Constituição Federal de 1988 e está diretamente relacionada com a efetividade do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Dessarte, construiu-se a pesquisa para investigar os novos paradigmas estabelecidos pela Lei nº 13.467/17, bem como a mitigação causada por essas alterações à garantia constitucional de acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Assistência Jurídica Integral e Gratuita. Reforma Trabalhista. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Acesso à Justiça.

**ABSTRACT:** The focus of this article is on the study of the changes introduced in the Consolidation of Labor Laws, by Law nº 13.467, of November 11, 2017, edited under the epithet of Labor Reform, regarding the right to free legal assistance in the labor judicial sphere. Legal assistance is a fundamental guarantee provided in Title II of the 1988 Federal Constitution and is directly related to the implementation of the principle of jurisdiction's access. Therefore, research was carried out to investigate the new paradigms established by Law nº 13.467/17, as well as the mitigation caused by these changes to the constitutional guarantee of access to justice.

**Keywords:** Integral Legal Assistance and Gratuitous. Labor Reform. Principle of Jurisdiction. Principle of Access to Justice.

### **1 INTRODUÇÃO**

O princípio de amplo acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição está previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF/88) e dispõe que a lei não

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Portanto, é garantia fundamental de todos os indivíduos a acessibilidade ao Judiciário para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória atinente a um direito. Esse princípio, contudo, não pode ser interpretado sobre a ideia simplista de garantia aos indivíduos de apreciação, por um juiz imparcial, das suas demandas. O amplo acesso à justiça deve ser encarado como acesso à uma ordem jurídica justa, composta por princípios e regras respeitáveis e razoáveis, que possibilitem ao cidadão um conjunto de regras processuais que sejam aptas a possibilitar o ingresso da demanda em juízo (SCHIAVI, 2020, p. 98-100).

O acesso à justiça, portanto, deve ser encarado como requisito fundamental mais básico de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os seus direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 11-12).

Em cumprimento a esse mandamento, estabeleceu-se a obrigatoriedade pelo Estado de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV CF/88), assegurando, destarte, a efetivação do acesso à justiça, dado que a assistência jurídica gratuita é instrumento para a manifestação da universalidade do direito de ação àqueles que não podem arcar com as despesas de uma demanda jurídica.

Em países como o Brasil, em que a desigualdade social é cada vez mais discrepante, o papel da assistência jurídica toma contornos ainda mais acentuados, principalmente no ramo especializado do Direito do Trabalho, onde tem-se um sistema jurídico eminentemente social, que se consubstancia, em regra, na busca de normas que promovam condições mais dignas ao cidadão-trabalhador.

Malgrado este entendimento, foi promulgada em 13 (treze) de julho de 2017, a Lei nº 13.467, cognominada de Reforma Trabalhista, que trouxe em seu bojo diversas modificações normativas e vários permissivos legais que flexibilizam normas, direitos e princípios já consolidados, sob o débil argumento de necessidade de modernização da legislação laboral.

Portanto, construiu-se o presente artigo com objetivo de analisar as mudanças realizadas pela Reforma Trabalhista nos dispositivos jurídicos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que dizem respeito à assistência jurídica, pretendendo assim, demonstrar à sociedade o conteúdo dessas normas e suas consequências no acesso à justiça.

Para realizar essa tarefa, a pesquisa fora realizada sob a perspectiva exploratório-descritiva, utilizando fontes bibliográficas e documentais e com análise qualitativa.

O capítulo inicial foi destinado a tratar da evolução histórica e distinção dos conceitos entre o benefício da justiça gratuita, a assistência judiciária gratuita e a

assistência jurídica gratuita e integral, dado que são de fundamental importância para a compreensão do trabalho.

Posteriormente, examinou-se as modificações legais trazidas pela Reforma Trabalhista no campo temático da assistência jurídica, a fim de mostrar a mitigação de direitos outrora consagrados ocasionada pela Lei nº 13.467/17.

Espera-se contribuir, assim, de alguma forma para a discussão e para novas reflexões acerca do tema.

## **2 JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA E INTEGRAL**

*Ab initio*, insta consignar as diferenças entre o benefício da justiça gratuita, a assistência judiciária gratuita e a assistência jurídica gratuita e integral, que apesar de serem expressões consideradas como sinônimos, da perspectiva jurídica, não possuem o mesmo significado e não se confundem, ainda que guardem ponto em comum com o princípio de acesso à justiça.

O sistema de assistência jurídica no Brasil experimentou diversas variações deste a sua implementação. Seja em âmbito constitucional, seja em legislação ordinária, essas mudanças acompanharam os avanços da nossa civilização ocidental, tanto do ponto de vista político, como da nossa concepção de cidadania. Luciana Gross (2001, p. 156) ensina que o sistema de assistência jurídica adotado no país compreende três momentos, um primeiro que vai até a promulgação da Lei nº 1.060/1950, que regulamentou pela primeira vez a assistência judiciária no Brasil; um segundo momento que vai da década de 50 até a Constituição Federal de 1988, quando a assistência judiciária envolvia apenas os atos do processo; e um terceiro momento, marcado pelas inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988. Vejamos, portanto, esses momentos.

A assistência judiciária é gênero do qual a justiça gratuita é espécie, onde a primeira se traduz, primordialmente, no direito da parte hipossuficiente possuir uma defesa profissional prestada por advogado público e a última é compreendida pela isenção do pagamento, pelo necessitado processual, das despesas judiciais, tais como taxas judiciárias, emolumentos dos serventários, custas, honorários do perito, honorários de sucumbência, diligências de oficial de justiça, dentre outras. Nas palavras de Mauro Schiavi (2020):

A Assistência Judiciária Gratuita é o direito da parte de ter um advogado do Estado gratuitamente, bem como estar isenta de todas as despesas e taxas processuais.

A Justiça gratuita é o direito à gratuidade de taxas judiciárias, custas, emolumentos, honorários de perito, despesas com editas, etc. Não terá a parte direito a advogado do Estado, mas não pagará as despesas do processo. (SCHIAVI, 2020, p. 417)

Depreende-se, portanto, que a justiça gratuita não se confunde com assistência judiciária, posto que é mais restrita. Enquanto a justiça gratuita engloba, tão somente, os valores que o sistema judiciário estabelece para o andamento de um processo, a assistência judiciária gratuita, por ser mais ampla, abrange tanto as despesas com o processo, como também o patrocínio da causa por um profissional custeado pelo Estado.

Em legislação ordinária, a assistência judiciária foi instituída e organizada através da Lei nº 1.060/1950, que em seu art. 3º elencava as isenções abarcadas pelo benefício da assistência judiciária gratuita. Em contrapartida, no ramo especializado trabalhista, o art. 14 da Lei nº 5.584 de 26 de junho de 1970, dispõe que a assistência judiciária que prevê a Lei nº 1.060/50 será prestada pelos sindicatos da categoria de trabalhadores, independente de filiação. A Lei nº 13.467/17 disciplinou o instituto da justiça gratuita, mas não modificou as regras da assistência judiciária no processo do trabalho, que continuam disciplinadas pelo artigo 14 da Lei nº 5.584/70.

Válido ressaltar que o art. 14 da Lei nº 5.584/70 não pode ser interpretado no sentido de excluir a aplicação da Lei nº 1.060/50 nesse ramo especializado, tornando a assistência judiciária um benefício exclusivo para àqueles representados por advogado dos sindicatos. Isto é, é perfeitamente viável que o reclamante, ainda que possua advogado particular, não tenha que pagar despesas processuais, por ser beneficiário da justiça gratuita. Preleciona Valentim Carrion (2001):

A L. 5.584/70, art. 14, não pode ser interpretada, como vem sendo, no sentido de ter excluído do processo trabalhista a L. 1.060, tornando a assistência uma exclusividade dos sindicatos dos empregados: a) porque o texto não diz (como poderia parecer) que na Justiça do Trabalho a assistência "só será prestada pelo sindicato"; b) porque uma interpretação limitadora, que se deixe levar pela primeira impressão gramatical que transmite o texto, contraria o progresso histórico brasileiro; este é no sentido de seu aperfeiçoamento. Pontes de Miranda afirma mesmo que "a escolha de advogado pela parte marca a evolução da justiça gratuita no Brasil (Comentários ao CPC/39, art. 67): viola ainda os postulados igualitários; significa retrocesso no próprio direito processual comum brasileiro; falta-lhe visão da grandeza da Justiça e da missão do advogado; c) porque perquirindo-se a finalidade da lei, não há

vantagem na discriminação contra o necessitado trabalhista, em cotejo com o necessitado do processo comum; seja o advogado do sindicato, seja o advogado escolhido pelo trabalhador, os honorários serão pagos pelo adversário vencido; d) porque é inconsistente o argumento de que na Justiça do Trabalho o advogado é desnecessário, mesmo reconhecendo-se às partes o direito de postular. (CARRION, 2001, p. 576)

A gratuidade da justiça, mesmo no Direito do Trabalho, trata-se de benefício concedido a qualquer pessoa cuja situação econômica não lhe permita arcar com as despesas processuais, ainda que assistida por advogado particular.

Em que pese tais apontamentos, a assistência jurídica no Brasil ganhou novos contornos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso porque este diploma legal incorporou ao sistema jurídico não apenas os direitos dos cidadãos, mas também a efetividade desses direitos. E como bem assevera Souto Maior (1998, p. 123) “o acesso à Justiça pressupõe a efetividade do processo”. Portanto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIV, ao impor ao Estado o dever fundamental de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conferiu real efetividade a este serviço, dado que este não mais se restringe ao patrocínio gratuito de advogado, ou a isenção de pagamento das custas processuais, mas compreende a gratuidade de todas as despesas, judiciais ou não, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos, envolvendo também serviços não-judiciais, tais como o direito a orientações, informações e consultorias (CUNHA, 2001, p. 159).

Assim, a assistência jurídica integral e gratuita é mais abrangente que a assistência judiciária, que, por seu turno, é mais abrangente que o benefício da justiça gratuita. Nos ensinamentos de Fred Didier Jr. e Rafael Oliveira (2005):

A despeito de serem constantemente utilizadas como sinônimos, os conceitos de justiça gratuita, de assistência judiciária e assistência jurídica são distintos:

a) justiça gratuita, ou benefício da gratuidade, ou ainda gratuidade judiciária, consiste na dispensa da parte do adiantamento de todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo, bem assim na dispensa do pagamento dos honorários de advogado;

b) assistência judiciária é o patrocínio gratuito da causa por advogado público (ex.: defensor público) ou particular (entidades conveniadas ou não com o Poder Público, como, por exemplo, os núcleos de prática jurídica das faculdades de direito);

c) assistência jurídica compreende, além do que já foi dito, a prestação de serviços jurídicos extrajudiciais (como, por exemplo, a distribuição, por órgão do Estado, de cartilha contendo direitos básicos do consumidor) - trata-se, como se vê, de direito bem abrangente. (DIDIER JR; OLIVEIRA, 2005, p. 10-11)

A expressão assistência jurídica integral e gratuita reflete a preocupação do constituinte em garantir o acesso à justiça de forma efetiva, com igualdade de armas, viabilizando aos necessitados processuais tanto o patrocínio da causa por advogado público, como os benefícios da justiça gratuita.

Com estes ensinamentos, passa-se a análise das principais mudanças realizadas pela Lei nº 13.467/17 nesse campo temático.

### **3 REFORMA TRABALHISTA E A MITIGAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA**

À frente de um sistema jurídico eminentemente social, como o Direito do Trabalho, onde os destinatários da norma, são, em regra, os trabalhadores hipossuficientes, torna-se imprescindível o estudo das alterações realizadas pela Reforma Trabalhista no que diz respeito ao direito à assistência jurídica integral e gratuita, uma vez que implicam, no ponto de vista do trabalhador, um retrocesso social e afetam diretamente o princípio constitucional de amplo acesso à justiça.

#### **3.1 Fim da contribuição sindical compulsória**

Conforme explicado alhures, a assistência judiciária é espécie do gênero assistência jurídica, e se caracteriza, primordialmente, pelo patrocínio gratuito da causa pelo advogado do Estado à todos aqueles que não tenham condições de custear os honorários do advogado, ou seja, tem por função permitir que o direito fundamental de acesso à justiça possa ser praticado também por quem não tem condições financeiras de arcar com os custos de defesa profissional.

Em nosso país, no âmbito constitucional, a assistência judiciária aos necessitados foi prevista, inicialmente, na Constituição Federal de 1934, que, em seu artigo 113, nº 32, inseriu a prestação desse serviço como direito e garantia individual a ser garantido pelo Estado. Com a constituição de 1937 a assistência judiciária perdeu o *status* constitucional,



voltando a readquirir tal tratamento apenas com a Constituição de 1946, que reestabeleceu o direito à assistência judiciária aos necessitados, no seu artigo 141, § 35º, mas que condicionou a sua eficácia à regulamentação por lei infraconstitucional. Portanto, por se tratar de uma norma de eficácia limitada, para dar efetividade ao art. 141, § 35º da Constituição Federal de 1946, foi promulgada a Lei 1.060 de 05 de fevereiro de 1950, um verdadeiro marco na prestação de serviços de assistência judiciária, uma vez que, segundo Luciana Gross (2001, p. 157), “definiu os princípios que acompanham a instalação e funcionamento da assistência jurídica até hoje”.

Portanto, antes mesmo da Carta Magna de 1988 dispor sobre o amplo acesso à justiça no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 5º, inciso XXXV, a edição da Lei nº 1.060/1950 representou uma importante conquista social, ao garantir o acesso ao Poder Judiciário aos mais carentes na forma da lei.

Conforme já explanado, no âmbito trabalhista, a assistência judiciária gratuita que prevê a Lei 1.060/1950 é prestada pelo sindicato da categoria profissional, a teor do disposto no art. 14 da Lei nº 5.584/1970:

Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei no 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador. (BRASIL, 1970)

Por conseguinte, embora a Lei Complementar nº 80, de 1994, que organizou a Defensoria Pública da União, admita a atuação desse órgão junto à Justiça Laboral, a Lei 5.584/1970 aduz que, nesse ramo especializado, a assistência judiciária será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertence o obreiro, ainda que este não seja associado ao sindicato da categoria. Conforme ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 563): “[...] a assistência judiciária, nos domínios do processo do trabalho, continua sendo monopólio das entidades sindicais”. Portanto cabe, sobretudo, aos sindicatos a defesa dos direitos dos trabalhadores hipossuficientes.

Nesse giro, torna-se crucial o estudo das mudanças realizadas pela Reforma Trabalhista no que diz respeito a principal fonte de custeio dos entes sindicais, a contribuição sindical, haja vista a substancial importância da atuação destes entes para a concretização do acesso à justiça dos trabalhadores hipossuficientes.

Primeiramente, é válido referenciar que contribuição sindical tem por escopo o custeio de atividades essenciais dos entes sindicais, permitindo preservar sua autonomia e

representatividade perante a luta dos interesses das categorias de trabalhadores brasileiros.

Anteriormente à Lei nº 13.467/17, a contribuição sindical obrigatória era regulada pelos artigos 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho, que previam que o chamado *imposto sindical* era obrigatório e devido por empregados, profissionais liberais ou empregadores. Com o advento da lei reformista, todavia, tal contribuição passou a ser facultativa, ficando a cargo de autorização expressa dos empregados, conforme passam a dispor os artigos 578 e 579 da CLT, *litteris*.

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação. (BRASIL, 2017)

A mudança abrupta de entendimento, sem qualquer diálogo social ou adoção de medidas de transição, tem causado uma brutal fragilidade dos entes sindicais, dado que a contribuição sindical representa a principal fonte de receita para tais entidades e que o sistema sindical no país ainda está vinculado à unicidade sindical.

De certo, a Consolidação das Leis Trabalhistas promulgada em 1943 não mais refletia a eficácia traduzida quando de sua criação, portanto, o processo de modificação e adequação a realidade atual fez-se necessário. O contexto histórico da Reforma Trabalhista, porém, não nos permite creditar à lei a procura por uma independência e consolidação dos sindicatos, senão de enfraquecimento destes. O que se questiona aqui não é a retirada de sua obrigatoriedade, muito pelo contrário, mas a maneira como foi feita. Coadunamos com o entendimento de que a retirada de obrigatoriedade do imposto sindical é medida crucial para implementação da liberdade sindical plena consagrada na importantíssima Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que precede o futuro do sistema sindical brasileiro, e tem em sua essência um sindicalismo mais democrático, autêntico, classista, com uma postura mais prospectiva, onde os sindicatos voltem a conquistar a confiança dos trabalhadores. Porém, enquanto a negociação coletiva espargir

seus efeitos para além dos trabalhadores associados, é fundamental estabelecer uma contribuição compulsória para financiar esse sistema, sob pena de pulverização de seu funcionamento.

O esvaziamento econômico das entidades em questão, causado pela retirada da obrigatoriedade da contribuição sindical sem qualquer período de transição até a criação de novas fontes de custeio, é patente, o que pode ocasionar uma precarização ainda maior dos direitos laborais outrora adquiridos, afetando, inclusive, o acesso ao Poder Judiciário dos empregados hipossuficientes.

É sabido que os trabalhadores brasileiros ainda não carregam a consciência necessária da importância de uma atuação coletiva para abranger e melhorar as suas relações de trabalho; A inexistência de uma fonte perene de custeio sindical, antes consubstanciada na contribuição sindical compulsória, tem condão de deixar as entidades sindicais a mercê de influências externas vinculadas ao seu financiamento e, conseqüentemente, enfraquecidos os direitos dos trabalhadores.

### **3.2 Concessão do benefício da justiça gratuita**

Segundo consubstanciado anteriormente, o benefício da justiça gratuita é direito fundamental previsto constitucionalmente no inciso LXXIV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O antigo texto do §3º do art. 790 da CLT, com redação dada pela Lei nº 10.537/2002, facultava aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância, conceder, a requerimento da parte ou de ofício, o benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (BRASIL, 2002).

A lei reformista, por sua vez, ao alterar o §3º do art. 790 da CLT, estabelece a faculdade aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. E ainda, dispõe em seu §4º do referido artigo, que o benefício será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo (BRASIL, 2017).

Depreende-se, portanto, que na sistemática anterior, para fazer jus ao benefício da justiça gratuita bastava que o empregado recebesse salário não superior a dois salários mínimos ou fizesse, de próprio punho ou por seu advogado, declaração de seu estado de miserabilidade. Com a nova redação, dada pela Lei nº 13.467/17, nota-se que o critério objetivo e matemático para essa concessão ficou mais rigoroso, e, ainda, que o tipo legal retirou a hipótese de autodeclaração de hipossuficiência pelo empregado, entendimento longamente maturado na jurisprudência laboral, unificado na Súmula nº 463 do Tribunal Superior do Trabalho.

As redações do artigo 790, §§ 3º e 4º se mostram um verdadeiro retrocesso social para o trabalhador, uma vez que dificultam seu acesso ao Poder Judiciário. Desse modo, dado que se as alterações trazidas pelo texto reformista forem lidas em sua literalidade se mostram gravemente restritivas de direitos, o melhor caminho, revela-se, em fazer uma interpretação dos referidos parágrafos conforme o mandamento protetivo supremo da Constituição Federal e entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, em que a comprovação a que alude o §4º do artigo 790 da CLT possa ser feita mediante simples declaração.

### **3.3 Pagamento de honorários periciais e de sucumbência**

A Lei nº 13.467/2017 fixou também nova redação para o *caput* do art. 790-B da CLT e inseriu, neste mesmo dispositivo, os §§ 1º ao 4º, referentes aos honorários periciais. Eis a nova redação do art. 790-B da CLT, *ipsis verbis*:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. § 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de pericias.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (BRASIL, 2017)

O *caput* do art. 790-B da CLT mantém o entendimento de que o pagamento dos honorários periciais é de responsabilidade da parte sucumbente, porém, passava a prever

que mesmo àquele que for beneficiário da justiça gratuita teria que arcar com o pagamento dos valores referentes aos honorários periciais ante a sua sucumbência. Na sistemática anterior ao texto reformista, caso o beneficiário da justiça gratuita fosse sucumbente nessa pretensão, a União respondia sempre por tais honorários. Segundo a nova redação, somente em casos que o beneficiário da justiça gratuita não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa de honorários periciais, ainda que em outro processo, a União responderia por este encargo.

Mauricio Delgado e Gabriela Delgado (2017, p. 327) aduzem que essas alterações evidenciam o manifesto despreço que a Reforma Trabalhista teve ao direito e garantia constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88) e, por conseguinte, ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88).

Diante do indício de que, nesse ramo especializado, o destinatário da norma é, em regra, o trabalhador hipossuficiente, cuja condição econômica o proíbe de arcar com os pagamentos de custas e despesas judiciais, a previsão de pagamento de honorários periciais mesmo àqueles beneficiários da justiça gratuita, constitui óbice ao livre acesso à justiça, na medida que obstaculiza a produção de provas periciais, mitigando a prestação jurisdicional.

Não obstante, a lei em conteúdo alterava ainda o regime de concessão dos honorários advocatícios de sucumbência, alteração que foi considerada pela doutrina um dos aspectos mais impactantes da Reforma Trabalhista, dado que o conjunto normativo previsto no art. 791-A, *caput* e §§ 1º ao 5º, da CLT, possuem o condão de obstar o direito e a garantia constitucional fundamental de justiça gratuita, e, conseqüentemente, do amplo acesso à justiça, à grande maioria dos trabalhadores do Brasil, em razão do elevado risco econômico e financeiro que passam a envolver o processo judicial laboral (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 329). Eis redação do art. 791-A da CLT, nesses termos:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção. (BRASIL, 2017)

Anteriormente à Lei nº 13.467/2017, o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no âmbito laboral eram devidos somente em casos de assistência judiciária gratuita prestada pelo sindicato da categoria, nos termos do art. 14 e art. 16 da Lei nº 5.584/1970 e não decorriam da pura e simples sucumbência.

A Reforma Trabalhista, todavia, alterou o regime de concessão dos honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho. Com a nova redação do art. 791-A da CLT, os honorários sucumbenciais não poderão ser compensados e são devidos: a) na sucumbência total ou parcial do empregador; b) na sucumbência total ou parcial do trabalhador; c) na sucumbência do empregador ou do trabalhador em situações que envolvam reconvenção (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 329).

Insta consignar, ainda, que o art. 791-A da CLT, não ressalva, como o faz o Código de Processo Civil (CPC), que o beneficiário da justiça gratuita ficará isento, enquanto persistir o estado de carência, do pagamento de honorários de sucumbência. Na Justiça



Civil, os honorários de sucumbência somente serão exigíveis se a parte sucumbente não for beneficiária da justiça gratuita. O §3º do art. 98 do CPC dispõe que caso o beneficiário da gratuidade da justiça seja vencido, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva por até cinco anos da decisão que as certificou, cabendo ao credor da ação, no período de suspensão, demonstrar que o devedor não se encontra mais em situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade da justiça (SCHUVARTZ; BITTENCOURT, 2018, p. 109).

Contrapartida, o §4º do art. 791-A da CLT prevê que “Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa [...]” (BRASIL, 2017). Ora, não se pode admitir que o beneficiário da justiça gratuita dispenda parte do seu crédito ao pagamento de honorários de sucumbência, dado que este possui natureza salarial.

A previsão dada pela Lei nº 13.467/17 aos honorários de sucumbência no âmbito do Direito do Trabalho altera, exacerbadamente, o protecionismo processual, pilar de sustentação do processo judicial trabalhista, e pode, em muitos casos, inviabilizar ou ser fator inibitório do acesso à justiça da parte hipossuficiente (SCHIAVI, 2020, p. 409).

Baseado nesses entendimentos que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em recente e importante decisão, a ADIN 5.766, proposta pela Procuradoria Geral da República e concluída no dia 21/10/2021, e declarou a inconstitucionalidade dos artigos 790-B, caput e § 4º, 791-A, § 4º, ambos da CLT. Isto é, atualmente os beneficiários da justiça gratuita, não mais poderão ser condenados em honorários sucumbenciais em caso de improcedência dos pedidos, tampouco em honorários periciais quando sucumbentes nessa pretensão.

Por outro lado, ainda que o julgamento da ADIN 5.766 represente grande vitória para a classe trabalhadora, nesta mesma decisão foi declarada a constitucionalidade do art. 844, §2º da CLT, que prevê consequências para o reclamante, ainda que beneficiário da justiça gratuita, que provocar arquivamento injustificado por ausência em audiência trabalhista, assunto que será tratado no próximo item deste estudo.

### **3.5 Hipótese de condenação ao pagamento das custas processuais sobre o reclamante que não comparecer à audiência**

Anteriormente a promulgação da Lei nº 13.467/17 não havia nenhum tipo de penalidade ao reclamante que faltasse a audiência inicial, ocorrendo apenas o arquivamento do feito conforme previsto no *caput* do art. 844 da CLT. Não obstante, os

§§ 2º e 3º do art. 844 da CLT introduzem importante modificação na legislação processual trabalhista ao prever que, *in verbis*:

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda. (BRASIL, 2017)

Portanto, a partir da vigência da Reforma Trabalhista, o reclamante faltante a audiência inaugural, ainda que beneficiário da gratuidade da justiça, não só terá seu processo arquivado, como terá que arcar com custas processuais calculadas na forma do art. 789 da CLT, salvo se comprovar, no prazo de 15 (quinze) dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. E, ainda, o pagamento dessas custas é condição para a propositura de nova demanda, o que fere, de forma imensurável, o direito fundamental de acesso à justiça ao trabalhador. Nas palavras de Mauricio Delgado e Gabriela Delgado (2017):

O grave no preceito introduzido na CLT consiste na apenação do beneficiário da justiça gratuita. Essa medida desponta como manifestamente agressora da Constituição da República, por ferir o art. 5º, LXXIV, da CF/88, que assegura "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" - instituto da justiça gratuita. Conforme se sabe, não pode a Lei acanhar ou excluir direito e garantia fundamentais assegurados enfaticamente pela Constituição da República. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 345)

Depreende-se que a inclusão, pela Lei nº 13.467/17, dos §§ 2º e 3º ao art. 844 da CLT, consubstancia violação à garantia constitucional fundamental de justiça gratuita, e, conseqüentemente, do acesso à justiça, na medida em que ao beneficiário da gratuidade da justiça é determinado pagamento de custas processuais e condiciona esse pagamento para a propositura de nova ação. Nesse sentido, Schiavi (2017):

De nossa parte, embora o dispositivo tenha intenção de moralizar o Processo do Trabalho e inibir extinções prematuras do processo, exigir o recolhimento das custas como condição de ingresso de nova ação, caso o autor seja beneficiário de justiça gratuita, viola o princípio do constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF). (SCHIAVI, 2017, p. 98)

Malgrado a intenção do legislador, ao qual privilegia a economia processual, entendemos que as alterações legislativas evidenciam nítida afronta à garantia fundamental de assistência jurídica integral e gratuita, prevista no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, que tem por essência isentar as despesas processuais àqueles que não tem condições de custeá-las e, em que pese entendimento do STF no julgamento da ADIN 5.766, deveriam ser consideradas inconstitucionais.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A prestação da tutela jurisdicional é monopólio do Estado, que o exerce através do Poder Judiciário. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1998 consagra essa ideia no chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do amplo acesso à justiça, ao proclamar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1998). Trata-se de uma das garantias mais básicas do cidadão, uma vez que dispõe sobre a acessibilidade ao Judiciário para a efetivação de direitos por qualquer indivíduo.

Para dar eficácia à esse preceito constitucional, incorporou-se o dever fundamental do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88). A assistência jurídica, portanto, está amparada pelos princípios constitucionais do Estado de Direito, uma vez que se traduz na efetividade dos princípios do amplo acesso à justiça, do devido processo legal, bem como, do princípio de igualdade.

O instituto da assistência jurídica no Brasil foi resultado dos avanços e progressões da nossa civilização, tendo sua concretização no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição Federal de 1934, mantendo-se nas Constituições subsequentes, com modificações redacionais apenas, com exceção da Constituição de 1937. Confirmando, dessa forma, a sua fundamental importância em um país marcado pelas diferenças sociais. No âmbito trabalhista, o desequilíbrio social torna-se ainda mais evidente, tendo em vista o envolvimento de partes que estão pleiteando verbas de caráter alimentar, e que encontram-se, em sua grande maioria, em situação de vulnerabilidade por estarem desempregadas.

Em que pese os apontamentos, verificou-se que a Lei nº 13.467/2017, ao invés de reforçar a necessidade de garantias aos trabalhadores hipossuficientes, provocou um conjunto acentuado de desregulações e flexibilizações nesse campo temático, ao alterar um conjunto normativo considerável.

Desse modo, a Reforma Trabalhista atinge não somente o direito fundamental à assistência jurídica gratuita e integral, como também os princípios e diretrizes mais basilares do Direito, como o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88), do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF/88), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV, CF/88) e da proibição ao retrocesso social (art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

As modificações realizadas são provas cabais de que o objetivo da Lei nº 13.467/17 não é o de modernização da legislação laboral, nem o de melhorias nos indicadores econômicos e na crise de empregabilidade, muito menos o de valorização da ação dos sindicatos, mas sim o de esvaziamento dos direitos sociais dos trabalhadores.

Não surpresa que tais diplomas normativos já foram submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, sob Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.766 e 5.794, na qual se questiona a materialidade constitucional dos dispositivos alterados pela reforma e aqui estudados. Quanto a ADIn nº 5.794, o STF decidiu – acertadamente, em nossa visão – por declarar a constitucionalidade dos dispositivos da Reforma Trabalhista que extinguiram a obrigatoriedade da contribuição sindical, todavia, a decisão está longe de solucionar o infortúnio, uma vez que, perante a unicidade sindical, onde não se estimula uma atuação mais proativa dos sindicatos, o destino desses ainda é um grande nevoeiro.

Impõe-se, desta forma, a discussão e estudo sobre os novos paradigmas processuais, em prol da manutenção dos direitos dos trabalhadores ao amplo acesso à justiça, através de uma assistência jurídica integral e gratuita efetiva.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação prática dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo, 2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei nº 5.442, de 01 maio de 1943. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 1.060 de 5 de fevereiro de 1950.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 5.584 de 26 de junho de 1970.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5584.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 10.537 de 27 de agosto de 2002.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10537.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10537.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 13.467 de 13 de julho de 2017.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 09 jun. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris, 2002.

CARRION, Valentim. **Comentários a consolidação das leis do trabalho.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Princípios de direito do trabalho sob perspectiva dos direitos humanos.** São Paulo: LTr, 2018.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da reforma trabalhista: Lei 13.467/2017 o que mudou? : comentários artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Acesso à Justiça e assistência jurídica em São Paulo**. In: SADEK, Maria Tereza (org.). Acesso à justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 155-203.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do direito do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 40.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Direito do trabalho: em sintonia com a nova Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 87**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS\\_239608/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_239608/lang--pt/index.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 09 jun. 2022.



SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017.

SHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2020.

SCHUVARTZ, Neiva; BITTENCORT, Luiz Antônio da Silva. **Honorários advocatícios de sucumbência e o acesso à justiça: diálogo entre o CPC e o Processo do Trabalho**. In: KOURY, L. R. N.; ASSUNÇÃO, C. S. S. (Coord.). **Direito Processual do Trabalho: Constituição e reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018, p. 106-116.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **Contra o revisionismo histórico e a supressão do acesso à Justiça do Trabalho: o caso da ADI 5.766**. Porto Alegre/São Paulo, 21 mai. 2018. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>. Acesso em: 09 jun. 2022.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

## SHARENTING COMERCIAL: EXPOSIÇÃO DA IMAGEM INFANTIL NAS REDES SOCIAIS COMO FONTE DE RENDA FAMILIAR E OS ABUSOS COMETIDOS NO ÂMBITO DESSA EXPOSIÇÃO

**TAINÁ DE ALMEIDA LEMES:**

graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de Belo Horizonte (UNIBH) da rede Ânima de Educação.<sup>66</sup>

AGISHAN XAVIER FERREIRA PINTO<sup>67</sup>

(orientador)

**Resumo:** Este artigo científico destina-se a investigação do *Sharenting* e as violações decorrentes desta exposição. Com o crescimento do uso das redes sociais houve uma mudança comportamental de exposição de imagem e da vida privada das crianças por parte dos pais, de modo a compartilhar o dia a dia dos filhos. Essa prática se tornou um negócio para os pais como fonte de rendimentos financeiros. Assim a presente pesquisa busca analisar a prática do fenômeno *Sharenting* comercial, bem como a regulamentação do trabalho artístico infantil, também será objeto desta pesquisa a análise do conflito de direitos ligados à liberdade de expressão dos pais em relação aos filhos, atrelado ao direito à privacidade, à intimidade, e à imagem das crianças. Para tanto, buscou-se analisar casos concretos que provocaram questionamentos e a intervenção estatal, a fim de garantir a integridade dos direitos de crianças e adolescentes. Na elaboração da pesquisa utilizou-se as metodologias analítico-conceitual e crítico-comparativa, com acesso a fontes primárias (legislação e jurisprudência nacional) e fontes secundárias (bibliografia nacional sobre o tema).

**Palavras-chave:** *Sharenting* comercial. Proteção da criança. Trabalho artístico infantil.

**Abstract:** This scientific article is intended for the investigation of *Sharenting* and the violations resulting from this exposure. With the growth in the use of social networks, there was a behavioral change in the exposure of the image and the private life of the children by the parents, in order to share the children's daily lives. This practice has become a business for parents as a source of financial income. Thus, the present research seeks to analyze the practice of the commercial *Sharenting* phenomenon, as well as the regulation

---

<sup>66</sup> E-mail: [taina-nalmeida@gmail.com](mailto:taina-nalmeida@gmail.com).

<sup>67</sup> Mestre e Doutorando em Direito. Advogado com atuação em Direito Público, Direito Civil e Direito Tributário. Tem experiência na área de Educação, atuando como professor e coordenador pedagógico em instituições de ensino de idiomas.

of children's artistic work, it will also be the object of this research to analyze the conflict of rights related to the freedom of expression of parents in relation to their children, linked to the right to privacy, intimacy, and the image of children. Therefore, we sought to analyze concrete cases that provoked questions and state intervention, in order to guarantee the integrity of the rights of children and adolescents. In the elaboration of the research, analytical-conceptual and critical-comparative methodologies were used, with access to primary sources (national legislation and jurisprudence) and secondary sources (national bibliography on the subject).

**Keywords:** Commercial sharing. Child protection. Children's artwork.

## INTRODUÇÃO

As novas tecnologias e a internet estão cada vez mais presentes em nossas relações. Deste modo, o desenvolvimento tecnológico e a disseminação das redes sociais trouxeram mudanças, transformações sociais, culturais e até mesmo econômicas. Neste cenário, o compartilhamento das rotinas pessoais, do dia a dia se tornou frequente nas redes sociais, e, como consequência, a exposição excessiva de crianças na internet se tornou objeto de atenção, sendo essa exposição com fins lucrativos ou não.

Nesse contexto, as redes sociais são o meio pelo qual os influenciadores digitais e pessoas anônimas, desempenham suas atividades com potencial de obtenção de vantagem econômica, onde surge o fenômeno *Sharenting*, termo cuja tradução livre significa a junção das palavras "*share*" e "*parenting*" relacionado ao compartilhamento excessivo em mídias sociais dos pais em relação a imagem de seus filhos, essa exposição se dá por meio de vídeos e fotos, compartilhamento da rotina, e até cobranças por um certo tipo de comportamento que agrada a internet e traga curtida e seguidores, contratos de publicidade e conseqüentemente renda para as famílias.

O atual ordenamento jurídico encontra-se ainda em fase prematura relativamente à regulamentação do comportamento dos indivíduos em ambiente virtual, ainda há muitas discussões sobre como deve ser esse comportamento e sobre a regulamentação das pessoas em ambiente virtual, o que promove questionamentos relevantes, uma vez que, crianças são seres em desenvolvimento, que devem receber tratamento especial, conforme determina a doutrina de proteção integral, devendo ter seus interesses priorizados.

Em meio a esse contexto surge o debate sobre como garantir que os direitos das crianças sejam respeitados pelos pais a partir do momento em que um vídeo ou foto de uma criança se torne viral e o espaço das redes cada vez mais fomenta o compartilhamento da vida privada dessa criança nas redes, cuja contrapartida será o ganho financeiro com a

imagem da criança, assim a pergunta inicial que surge é: ao praticar o *sharenting* os pais estariam extrapolando os direitos da esfera privada dos filhos?

Para responder a essa pergunta será inicialmente feita uma revisão de literatura a respeito do *sharenting* utilizando as metodologias analítico-conceitual e crítico-comparativa, com acesso a fontes primárias (legislação e jurisprudência nacional) e fontes secundárias (bibliografia nacional sobre o tema).

Com objetivo principal buscou-se verificar como a exposição de crianças pode se tornar um negócio para os pais, e quais são os abusos que podem ser cometidos nessa exposição. Como objetivo secundário fez-se uma análise de como regular o *Sharenting* e, por consequência, os eventuais abusos de exposição sob a perspectiva do princípio do melhor interesse do menor, levando em consideração que os pais estão se beneficiando financeiramente da exposição da imagem dos seus filhos.

Diante deste cenário a resposta preliminar que surge é que há uma lacuna na legislação, acerca do tema, sendo indispensável investigar e compreender como o direito se insere diante deste fenômeno.

## **1.0 FENÔMENO SHARENTING: A EXPOSIÇÃO EXCESSIVA DE CRIANÇAS**

Com o mundo cada vez mais tecnológico e com mudanças nos hábitos digitais, que consistem na maior interação entre as pessoas através das redes sociais, com o compartilhamento de informações de forma espontânea sobre aspectos da vida privada, pertencentes à identidade e intimidade pessoal, surge o *sharenting*, fenômeno de exposição excessiva da vida privada de menores feita por seus pais.

Uma pesquisa realizada na Inglaterra pela *Office of Communications* – OFCOM, em 2017, revelou dados curiosos sobre o *Sharenting*. A pesquisa concluiu que mais de 42% dos pais compartilham imagens dos filhos e, destes, 15% não tomam nenhum cuidado ou consideram o interesse dos filhos.

Muitas vezes os pais podem acabar praticando o *sharenting*, porque querem apresentar o filho ao mundo do qual fazem parte, o que pode gerar o interesse de seus seguidores ou inscritos, mas que pode acarretar uma exposição de forma ampla do dia a dia da criança, ao se compartilhar o que essa criança come, onde estuda e informações da esfera privada do menor. Eberlim (2017), descreve outro contexto sobre o *sharenting*.

“A ideia de *sharenting*, também, abarca as situações em que os pais fazem a gestão da vida digital de seus filhos na internet, criando perfis em nome das crianças em redes sociais e postando, constantemente, informações sobre sua rotina. É o

caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer.” (Eberlim, 2017, p58).

A exposição nas redes sociais abre a possibilidade de que vários crimes contra os menores sejam perpetrados, como, por exemplo, o roubo de identidade, a criação de perfis falsos, golpes e até mesmo pedofilia.

Neste contexto, é importante refletir sobre a vida dessas crianças exposta nas redes sociais. Uma publicação nas redes pode, em segundos, tomar uma grande proporção, sobre a qual não se pode aferir a exata dimensão de um possível dano causado. As publicações em redes sociais se tornam um histórico digital que irá acompanhar a criança por toda vida. Assim, até que ponto os pais, detentores do poder familiar e de educação dos filhos, podem divulgar a imagem e vida privada deles? Quais as consequências de uma infância amplamente divulgada? É o que traz o Instituto Brasileiro de Direito de família:

“O *sharenting*, por si só, possui aspectos jurídicos na própria relação entre a criança e quem posta a sua imagem ou suas informações. Fato é que, ainda que quem publique na rede tome alguns cuidados – como fazer *posts* apenas em ambientes privados – supondo que isso seja realmente possível na internet – a imagem da criança permanecerá na rede mundial de computadores por muitos anos, podendo causar a ela prejuízos ou embaraços em algum momento de sua vida.” (IBDFAM 2019).

## **2.0 SHARENTING COMERCIAL**

Com o espaço das redes sociais cada vez mais integrado na sociedade, surgiram os produtores de conteúdo para a internet que têm sua vida acompanhada por milhares de pessoas, influenciando comportamentos ao fazer a exposição e comercialização de suas imagens. Uma das características principais dessa atividade é a necessidade de existência de uma ligação entre o influenciador e seus seguidores, de uma impressão de proximidade que surge quando o profissional acaba dividindo seus dias com o público (DUARTE, 2020).

Com a chegada da internet a forma de relacionar dos indivíduos mudou, através da troca de informações de modo global, as pessoas passaram a se socializar de forma virtual e em larga escala, as redes potencializaram o uso do tempo neste mundo digital, o que faz com que os influenciadores ditem moda, comportamento e venda de produtos. Para Karhawi (2017), eles são vistos como especialistas que transformaram seus *hobbies* em uma profissão. Nesse sentido, como os influenciadores digitais são pessoas comuns,

sem formação específica, todos os usuários de redes sociais são potenciais produtores de conteúdo.

Deste modo, a exposição de crianças com contrapartida financeira denomina-se *sharenting* comercial. Pessoas menores de idade também podem se envolver com publicidade por serem filhos de produtores de conteúdo ou porque outro motivo tornou a sua exposição na internet “viral”.

Fato é que a mera exposição da imagem das pessoas apenas por motivo de demonstração da relação de pais e filhos, mesmo sem fim comercial deve ser regulada e, se torna ainda mais importante que a regulamentação desta atividade à medida em que se torna possível a exploração financeira da imagem do menor.

Há um grande número de *Youtubers* mirins que têm o comportamento validado e incentivado pelos pais, com milhares de inscritos em suas contas digitais e que auferem rendas significativas por meio de contrato de publicidade e vinculação de suas imagens a determinadas marcas. Esses *Youtuber* podem obter rendimentos capazes de prover o sustento de suas próprias famílias. De outro lado, os milhares de inscritos em contas digitais são crianças que acabam influenciadas pelos *Youtubers* e passam a desejar ser um *Youtuber* ou influenciador de sucesso.

É importante ressaltar que para que haja o uso das redes sociais há a determinação de uma idade mínima de treze anos, que é ignorada pelos pais e responsáveis, visando a resguardar as crianças, a lei norte americana de proteção à privacidade infantil, *Children’s Online Privacy Protection Act* - COPPA, restringe a coleta de dados de crianças e adolescentes abaixo de treze anos. No Brasil a Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados, estabelece em seu artigo 14, que “o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse.”

A revista Forbes, em 2020, divulgou a história uma criança norte americana chamada Ryan que, com apenas sete anos de idade contava com cerca de dezessete milhões de assinantes, e faturava cerca de vinte e dois milhões de dólares ao ano, com o conteúdo dos vídeos destinados às crianças. Ryan abre brinquedos em forma de presentes e faz críticas a eles.

O modelo de negócio das plataformas digitais incentiva a criação de conteúdo e a exposição de imagem das crianças e adolescentes. Fomentando o engajamento e exposição *online*, empresas firmam contratos com os pais e o *sharenting* comercial acaba por ter uma dimensão coletiva quando se estabelece uma contrapartida financeira, uma vez que estes contratos envolvem a liberdade de expressão e os deveres dos pais na criação, no sustento da criança e no oferecimento de uma vida digna, a exposição do menor e a violação de seus direitos fundamentais.



## 2.1 A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO

O trabalho infantil é uma prática proibida no Brasil, como dispõem a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, no artigo 403<sup>68</sup>, e a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, no inciso XXXIII do artigo 7º<sup>69</sup>.

Embora a convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e a CLT tenham relativizado as possibilidades de tratamento de trabalho infantil inferior a idade mínima e a CLT preveja essa flexibilização da norma proibitiva geral, é o artigo 406 *caput*<sup>70</sup>, que condiciona a atividade a uma autorização judicial, com a participação obrigatória do Ministério Público, que possibilite o trabalho infantil nos casos específicos previstos em lei.

Em razão disso, o trabalho infantil artístico é controlado, gozando de proteção do Estado. Assim, as emissoras de televisão e demais produtores de conteúdo artístico precisam cumprir uma série de exigências, dentre elas limites de horas de dedicação desses menores, acompanhamento de nutricionista, aulas particulares etc., tudo isso a fim de cuidar e proteger as crianças e adolescentes.

A preocupação com a imagem infantil não surgiu com essas novas possibilidades de exposições em redes sociais. Um caso que ganhou notoriedade na televisão foi o de uma criança em exposição que despertou discussões em todos os segmentos da sociedade. Em 2009, a participação da apresentadora Maísa, então com seis anos de idade, no programa Silvio Santos (Canal SBT) gerou, na ocasião, a seguinte situação: Maísa chorou ao bater a cabeça em uma câmera e foi chamada de medrosa por Silvio Santos e pela plateia. Ela já havia chorado na semana anterior, quando o apresentador chamou um menino com maquiagem de monstro para assustar Maísa. Essas situações acarretaram a proibição da participação dela no programa por determinação judicial<sup>71</sup>. A Promotoria da

---

68 Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

69 Art. 7º. proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

70 Art. 406. O Juiz de Menores poderá autorizar ao menor o trabalho a que se referem as letras "a" e "b" do § 3º do art. 405: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

71 TST. Processo nº 98000-62.2009.5.02.0382

Infância e da Juventude entendeu que houve indícios de que a empresa de televisão estava violando direitos garantidos pela CRFB/88 e pelo ECA.

Todo esse contexto do trabalho infantil artístico já está tutelado pelo Direito, mas, ainda sim, há violações dos direitos garantidos às crianças. Contudo, o que se observa é a ausência de proteção que os influenciadores digitais mirins encontram hoje no Brasil. O nosso ordenamento jurídico precisa desenvolver critérios e mecanismos que evitem que o dano da exposição infantil da criança aconteça, que possibilitem o controle por parte do Estado e que investiguem como os pais e responsáveis fazem a gestão da carreira de influenciador digital desse menor.

De acordo com uma pesquisa no ranking da Forbes (2020) entre os dez *youtubers* mais bem pagos do mundo, em primeiro lugar está Ryan Kaji, uma criança de nove anos de idade cujos vídeos mostram experimentos científicos DIY (faça você mesmo), histórias em família e vídeos avaliando novos brinquedos. Mas, a maior parte de seu negócio vem de acordos de licenciamento para mais de 5.000 produtos da marca *Ryan's World*, que oferece, desde decoração infantil para quartos e bonecos de ação, a máscaras e *walkie talkies*.

## **2.2 COLISÃO DE DIREITOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS X DIREITOS DAS CRIANÇAS**

É necessário que se analise os direitos humanos dos menores de forma crítica, pois nem sempre a positivação dos direitos das crianças se mostra eficiente para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Apesar de firmados desde o ano de 1959, pela Declaração Universal dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, esses direitos somente foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da CRFB/88, que incorporou da proteção integral e reconheceu a criança como sujeito de direitos.

A liberdade de expressão e o direito à privacidade são entendidos como direitos fundamentais que se encontram no artigo 5º, inciso IX da nossa CRFB/88, que determina que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Trazendo o seu significado em sentido mais amplo, a liberdade de expressão alcança uma série de liberdades, sejam elas a liberdade de informação, de imprensa, liberdade de opinião, de opinião entre outras.

No caso de crianças, os atos de disposições e consentimentos de seus direitos se dá por meio dos pais ou responsáveis e, com base neste consentimento, podemos entender quais seriam os limites dos pais em relação aos filhos nas redes. A autoridade parental tem que encontrar limites no maior interesse da criança. Esclarece Gustavo Tepedino:

“...a vontade do incapaz – assim considerado seja em razão da idade, seja em razão do desenvolvimento psíquico- deve ser preservada, o máximo possível, no exercício de seus interesses, na medida em que se descortina seu discernimento: ninguém melhor do que ele poderá proteger, em certas circunstâncias íntimas, a sua personalidade” (TEPEDINO. 2010, p. 867).

O Enunciado do IBDFAM é claro:

“A liberdade de expressão dos pais em relação à possibilidade de divulgação de dados e imagens dos filhos na internet deve ser funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente”, e quando se fala em funcionalização de institutos do direito civil, quer-se dizer que o instituto deve ser interpretado e aplicado a serviço de um valor maior. Aqui, esse valor é a concretização e afirmação da pessoa – no caso, a pessoa dos filhos, e não a pessoa dos pais.” (Enunciado 39, IBDFAM 2021).

De fato, não há como afastar o retorno financeiro e promissor que a exposição nas redes oferece para algumas crianças, mas temos que encontrar maneiras de protegê-las, afinal, as vidas dessas crianças vêm sendo expostas nas redes, e, assim, não é possível ter o controle de o que está sendo feito com a imagem de uma criança, por terceiros na internet. Por mais simples que seja a exposição, é preciso haver o entendimento de que o compartilhamento pode ter efeitos no presente no futuro da criança.

O excesso de exposição do menor pautado na liberdade de expressão dos pais pode ir de encontro com as proteções garantidas pela CRFB/88, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial os artigos 15 a 17, que determinam ser dever dos pais zelar pelo desenvolvimento físico, social, cultural e psicológico do menor.

Portanto, apresenta-se o conflito entre dois direitos fundamentais, o melhor interesse para a criança e a prioridade absoluta, que servem como limitadores do direito à liberdade de expressão dos pais. O primeiro pautado no artigo 227, *caput* da CRFB/88, que prevê que é dever do Estado e da família promover a educação, incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, bem como no ECA, em seus artigos 3º, 4º, 5º. O artigo 3º prevê que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando oportunidades para facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de

liberdade e de dignidade. O art. 4º dispõe sobre o dever da família, da comunidade, da sociedade em geral, do poder público, assegurar com prioridade a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Por sua vez, o art. 5º que dispõe sobre que qualquer atentado por ação ou omissão aos direitos fundamentais em que criança e adolescentes vierem a ser expostas, em forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, será punido na forma da lei. Todos esses artigos são orientados pelos princípios básicos que norteiam o ECA, como o princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse da criança.

Desse modo, além dos direitos fundamentais, também é garantida aos menores uma proteção integral, com absoluta prioridade, para que possam se desenvolver de forma adequada (ISHIDA, 2015). Esse tratamento diferenciado ocorre porque os menores são naturalmente mais vulneráveis que os adultos, por ainda estarem desenvolvendo sua potencialidade humana e de entendimento das relações e seus efeitos.

Havendo a colisão de interesses, deve-se buscar por equilíbrio e harmonia entre os preceitos constitucionais para sua melhor aplicação às práticas que preservem, sem excessos, os direitos fundamentais, para que se decida quais direitos/interesses prevalecerão. Portanto, a conclusão é que no embate de direitos fundamentais o direito da parte mais vulnerável deve permanecer, no caso de *Sharenting* o da criança, porque embora os pais tenham a liberdade de expressão a esse direito não deve ultrapassar os limites da privacidade e intimidade de seus filhos. O direito à privacidade é apresentado pelo artigo 17 do ECA como:

**Art. 17.** O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

A privacidade é um direito fundamental e irrenunciável da pessoa, garantido pela CRFB/88 e reforçado no ECA que preconiza o respeito à imagem e à privacidade, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Por sua vez, o direito à intimidade e à vida privada, consiste em considerar a privacidade como um gênero com subespécies, que incluem a intimidade, vida privada, honra e imagem, buscando limitar a liberdade de expressão na medida em que essas liberdades se encontram, intimidade e vida privada estão ligadas uma a outra e a esfera

privada da vida é composta por informações que somente seus titulares podem escolher como divulgar.

### **3. EXPOSIÇÃO DE CASOS DE SHARENTING E SUAS VIOLAÇÕES**

#### **3.1 CASO BEL PARA MENINAS**

O caso Bel para meninas talvez seja o caso mais evidente de excesso e violações e do que há de mais negativo sobre *sharenting* no Brasil. O caso levantou discussões sobre a exposição vexatória de uma criança na plataforma *Youtube* por parte de sua mãe.

Isabel Peres Magdalena, conhecida como Bel, é uma adolescente de quinze anos de idade, que tem um canal no *Youtube* com nome de “Bel para meninas”, com cerca de sete milhões de inscritos, onde compartilhava a sua rotina com a família, no ano de 2020, alguns internautas chamaram a atenção para um vídeo que mostrava suposto maus tratos sofridos por Bel.

No referido vídeo, a mãe de Bel faz uma batida de bacalhau com leite e sugere que ela tome, a menina acaba tomando a mistura e passa mal, fazendo vômitos. Ao final, a mãe despeja o resto da batida na filha. Outro momento constrangedor ocorre em outro vídeo quando Bel é filmada no momento da escolha de uma mochila. A mãe de Bel solicita que os seguidores escolham a mochila que Bel deve usar na escola, no entanto, a escolha vai contra o desejo de Bel, que fica desconfortável por não poder escolher a mochila que mais lhe agrada. Em outro momento a mãe da criança quebra um ovo na cabeça de Bel (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020).

A partir dessas situações foi criada a *hashtag* #salvebelparameninas que chegou aos *Trending Topics* do Twitter. Na *hashtag*, a mãe de Bel, Fran, foi acusada de submeter a filha a cenas humilhantes para conseguir audiência, a partir daí o caso tomou notoriedade nos veículos de comunicação, e houve o envolvimento do Conselho Tutelar e Ministério Público no caso que correu em segredo de Justiça.

Neste caso o que foi verificado é que esses vídeos que apresentaram abusos contra a menor foram retirados da plataforma, não se sabe se isso ocorreu de acordo com determinação da justiça ou por vontade dos pais. Constatou-se também que o canal está ativo na plataforma e que a jovem hoje continua alimentando o canal e produzindo conteúdo. O caso Bel representa a inobservância do artigo 18 do ECA, que determina a todos velar pela criança e ao adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

### 3.2 CASO ALICE SECCO

Alice Secco é uma criança de dois anos que teve um vídeo divulgado pela sua mãe na internet e virou um sucesso. O motivo é a sua dicção ao repetir as palavras que a mãe fala de forma perfeita. Assim, Alice alcançou notoriedade e participou de um comercial para o banco Itaú no qual contracena com a atriz Fernanda Montenegro.

O comercial foi um sucesso e rendeu vários “memes” nas redes sociais, nos quais houve a reprodução das imagens e falas de Alice em tons humorísticos, que envolveram política, religião e futebol. A mãe da criança, Morgana Secco, de forma a evitar a réplica de conteúdos com a imagem da filha, declarou que não autorizava a reprodução de “memes” envolvendo a filha.

O direito de imagem é disciplinado pelo artigo 5º, inciso X da CRFB/88, que determina que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, com o uso indevido pode ser aplicada, também, a Lei Geral de Proteção de Dados, que considera a imagem como um elemento pessoal, que pode ser utilizada, a princípio, somente com o consentimento da própria pessoa. No caso de Alice, a sua mãe podem pleitear uma ação, para que sejam indenizadas e, também, que as plataformas onde foram postadas as imagens as retirem do ar. A violação do direito de imagem enseja o pagamento de indenização por danos morais e materiais, sendo que o dano moral independe de prova em prejuízo, assim dispõe a súmula 40372 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Neste caso a mãe da Alice não cometeu nenhum ilícito civil em suas redes a colocar vídeos de Alice, mas o caso de Alice nos mostra como a exposição na internet pode acabar tendo um outro fim, diferente da real intenção dos pais. A imagem ou vídeo de uma criança na internet pode ser acessada em massa e compartilhada por meio de “prints” da tela dos quais é impossível ter algum tipo de controle.

Nesta dinâmica será criada, sem consentimento, uma identidade digital que irá acompanhar a pessoa pela vida toda. Fato é que se Alice, quando adulta não se sentir confortável com a vinculação de sua imagem, deverá acionar o Poder Judiciário para exercer seu direito ao esquecimento.

### 4. CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente trabalho, percebe-se que o tema é muito atual e ainda possui análises a serem debatidas, a questão da exposição dos filhos por parte dos pais, até mesmo como fonte de renda, é um tema complexo e que gera bastante

---

72 STJ. Súmula 403. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.



discussão, e que tem nuances diferentes, quando o *sharenting* é feito sem a contrapartida financeira.

Por meio de pesquisas bibliográficas foi possível perceber porque é importante assegurar que os direitos e proteções dos menores são fundamentais para que haja o cumprimento de garantias constitucionais para seu bem estar e segurança, mesmo que esses direitos acabam se misturando com a liberdade de expressão dos pais, mas mesmo assim eles ainda continuam sendo fundamentais ao indivíduo e devem ser protegidos.

Ademais, os menores estão cada vez mais expostos pelas mídias digitais, e pelos pais que constroem identidades digitais sobre as quais as crianças não têm o mínimo de controle. Por esse motivo é evidente e necessária a intervenção estatal nessas relações, visto que muitas das vezes os pais desconhecem os direitos dos próprios filhos e esse desconhecimento se torna o motivo de tantos excessos e violações. É preciso proteger os menores dos pais que praticam a exposição em excesso.

Assim, foi possível concluir que a temática está sendo cada vez mais discutida no Brasil e no mundo, mas, ainda assim, é escassa, a medida da proporção e o impacto que as redes, o mundo digital tem nas nossas vidas. Atualmente, não há como se ter controle do que é feito com uma imagem ou vídeo publicado nas redes, falta regulamentação em áreas específicas, por isso algumas pessoas no mundo digital tem a sensação que a internet não está sob qualquer regulação, trazendo uma série de violações.

Portanto, conclui-se ser necessário a realização da familiarização dos pais sobre o compartilhamento de dados dos filhos, o conhecimento dos termos de uso das redes sociais e plataformas digitais, equiparação do controle da participação de crianças em trabalhos na televisão com aqueles desenvolvidos na internet, a criação de Promotorias que tenham como objeto fiscalizar as possíveis afrontas a direitos, e a realização de mais estudos referentes aos malefícios de uma vida exposta e sujeita às demandas do ambiente digital cada vez mais dinâmico e interativo, e que fomenta a criação massiva de conteúdo.

Apesar da Lei nº 12.965/14 - Marco Civil na Internet, e a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral da Proteção de Dados, regularem vários aspectos da rede, não há legislação específica para exploração decorrente do *sharenting* e uso comercial de crianças na internet, mesmo que tenhamos outras normas como o ECA e a própria CRFB/88, que determinam a proteção da criança no trabalho.

Conclui-se, portanto, que, com as normas de direito da personalidade, o melhor interesse da criança e a possibilidade de se ter uma interpretação extensiva da emissão de

alvará judicial, como o do trabalho artístico infantil, garante-se o mínimo de proteção para as crianças em sua atuação nas redes.

Por sua vez, o conflito maior seria da liberdade de expressão dos pais atrelado ao âmbito comercial pois, a exposição de crianças e outras situações presentes nos vídeos podem deixar de ser genuínas, afetando a vida do menor que passa a ter uma obrigação exagerada, com exposição abusiva, para que se mantenha de forma “viral” na internet.

No momento que uma criança “viraliza” na internet, o impacto disso já se consolidou, pois não há controle deste compartilhamento e a criança pode ser obrigada a trazer entretenimento as redes, por um temor reverencial dos pais. Portanto pode se afirmar que os direitos à personalidade das crianças podem ser violados se a exposição delas nas redes não atender aos seus próprios interesses e não estiver em consonância com a função da autoridade parental.

## REFERÊNCIAS

MACHADO. Júlia Martins. **Uso da imagem infantil nas redes sociais: uma análise da exposição da imagem infantil como fonte de renda familiar e possíveis abusos.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1691/Uso+da+imagem+infantil+nas+redes+sociais%3A+uma+an%C3%A1lise+da+exposi%C3%A7%C3%A3o+da+imagem+infantil+como+fonte+de+renda+familiar+e+poss%C3%ADveis+abusos> Acesso em 09 de maio 2022.

CONJUR. Ana Luísa Ponce Silva, Julia Cristina Savioli e Marcos Antônio Câmara Filho. **As implicações Jurídicas do fenômeno Sharenting.** 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/opiniao-implicacoes-juridicas-fenomeno-sharenting> .Acesso em 10 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Nº 13.709/2018.** Presidência da República. Subchefia para assuntos jurídicos. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em 07 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Planalto. 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 maio de 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) acesso em 10 de maio de 2022.

UNICEF. **Convenção sobre os direitos das crianças**. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em 10 de maio de 2022.

ELIAS. Luciana Carla dos Santos. Entrevista ao jornal da USP. **Exposição dos filhos nas redes sociais exige limites e cuidados**. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/exposicao-dos-filhos-nas-redes-sociais-exige-limites-e-cuidados/> Acesso em 12 de maio de 2022.

EL PAÍS. LANZAC, Carmén Perez. **Não publique aquela foto do seu filho nas redes sociais**. Brasil El país. 2019. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/05/actualidad/1562335565\\_606827](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/05/actualidad/1562335565_606827) Acesso em 30 de maio de 2022.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9346-3. Consultado em 23 de maio de 2022.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4821/0> Acesso em 31 de maio de 2022.

DUARTE, L. H. **A exposição excessiva de crianças e adolescentes realizada pelos pais nas mídias sociais (sharenting) e a violação dos direitos de personalidade**. 2020. 66 f. TCC (Graduação em direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2020. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15615/1/monografia.pdf>. Acesso em 01 de junho 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela Constitucional da Criança e do Adolescente: Projeções Cíveis e Estatutárias**. In: Sarmento, Daniel (coord). Et al. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 865-885. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Issaaf-Karhawi-2/publication/341983923\\_Influenciadores\\_digitais\\_conceitos\\_e\\_praticas\\_em\\_discussa](https://www.researchgate.net/profile/Issaaf-Karhawi-2/publication/341983923_Influenciadores_digitais_conceitos_e_praticas_em_discussa)

[o/links/5edc396245851529453facb9/Influenciadores-digitais-conceitos-e-praticas-em-discussao.pdf](https://www.conteudojuridico.com.br/o/links/5edc396245851529453facb9/Influenciadores-digitais-conceitos-e-praticas-em-discussao.pdf) Acesso em 04 de junho de 2022.

PORFIRIO, Fernando. Conjur. **Justiça proíbe Maísa de participar de programa de TV.** 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-22/justica-proibe-maissa-participar-programa-silvio-santos> Acesso em 02 de junho 2022.

FORBES. Madeline Berg e Abram Brown. **10 YOUTUBERS MAIS BEM PAGOS DE 2020.** 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/12/10-youtubers-mais-bem-pagos-de-2020/> Acesso em 08 de junho de 2022.

BRASIL. **Cadernos de debate classificação indicativa.** Liberdade de expressão e os direitos da criança e do adolescente.2014. v.4.p 1-317. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/classificacao-1/paginas-classificacao-indicativa/volume4v4.pdf> Acesso em 09 de junho de 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Caso bel para meninas exposição nas redes.**2020. Disponível em:<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/05/caso-bel-para-meninas-e-a-exposicao-infantil-nas-redes.shtml> Acesso em 07 de junho de 2022.

SOUSA, Walter Gomes. **A PROTEÇÃO LEGAL DA IMAGEM DA CRIANÇA.** P1-4. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/publicacoes-textos-e-artigos/textos-e-artigos/a-protecao-legal-da-imagem-da-crianca> Acesso em 07 de junho de 2022.

LANDO, Carolini Lando. **O que o comercial da Alice nos ensina sobre sharenting?**.Conjur.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-17/cigolini-comercial-alice-ensina-sharenting> Acesso em 7 de junho de 2022.

ROSA, Márcia. **Cidadania e Justiça alerta para o direito à privacidade de crianças e adolescentes diante da exposição nas redes sociais.** Governo do Tocantins. 2021.Disponível em: <https://www.to.gov.br/noticias/cidadania-e-justica-alerta-para-o-direito-a-privacidade-de-criancas-e-adolescentes-diante-da-exposicao-nas-redes-sociais/7663gloesxyk#:~:text=A%20privacidade%20%C3%A9%20um%20direito,%20C%20aterrorizante%20C%20vexat%C3%B3rio%20ou%20constrangedor.> Acesso em 06 de junho de 2022.

OFCOM. **Children and Parents: Media Use and Attitudes Report.**2017. Disponível em: [https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf\\_file/0020/108182/children-parents-media-use-attitudes-2017.pdf](https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf_file/0020/108182/children-parents-media-use-attitudes-2017.pdf) Acesso em 07 de junho de 2022.

## **O PRAGMATISMO JURÍDICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, A PANDEMIA DA COVID-19 E OS REFLEXOS CAUSADOS NA AUDIÊNCIA JUDICIAL TRADICIONAL QUE RESULTARAM NA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA SÍNCRONA ONLINE**

**ALEX CARLOS CAPURA DE ARAÚJO:**

Especialista em Direito Processual Civil e mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Advogado.<sup>73</sup>

**NORBERTO OYA<sup>74</sup>**

(coautor)

**Resumo:** O presente trabalho visa estudar os aspectos do pragmatismo jurídico no processo civil brasileiro. Serão abordados uma breve origem da filosófica pragmática e do pragmatismo jurídico destacando as influências na alteração na legislação processual. Serão exemplificados a adoção do pragmatismo jurídico aliado a prática judicial forense na legislação processual, assim como os impactos da pandemia COVID-19 nos processuais judiciais com a implantação da realização de audiências no formato virtual.

**Palavras-Chave:** Pragmatismo Jurídico. Código de Processo Civil. Pandemia COVID-19. Audiência Judicial Virtual.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Origem do pragmatismo – 3. Pragmatismo jurídico – 4. Código de Processo Civil pragmático – 5. Audiência tradicional – 6. Recursos tecnológicos – 7. Audiência síncrona online – 8. A pandemia da Covid-19 e o impacto na audiência tradicional – 9. Conclusão – 10. Referências.

### **1.Introdução**

O presente artigo visa abordar uma breve descrição da origem do pragmatismo jurídico e sua influência nas decisões judiciais. Abordar-se-á a influência do

---

73 Especialista em Direito Processual Civil e mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Advogado.

74 Especialista em Direito Constitucional e mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Procurador do Estado de SP.

pensamento jurídico pragmático no processo judicial, explorando os aspectos identificados no processo civil brasileiro.

Far-se-á uma análise da inclusão de institutos na legislação processual tendo com base em experiências extraídas da prática forense, assim como a necessária e rápida adaptação nos procedimentos judiciais para prestação jurisdicional durante a pandemia da COVID.

O trabalho demonstrará o formato encontrado pelo Poder Judiciário no Código de Processo Civil (CPC) aliado à prática forense com os ajustes necessários para respeito ao devido processo legal, ampla defesa, dentre outros aspectos e princípios constitucionais.

## **2. Origem do pragmatismo**

O pragmatismo teve como partida no século XIX, reconhecendo-se trabalhos pioneiros de Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952). Peirce, James, Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green fundaram o “Clube Metafísico de Boston”.

Tal nome foi escolhido propositalmente para simbolizar a ironia do termo metafísico, que era tido como fora de moda nos debates filosóficos da época<sup>75</sup>.

A criação do “Clube Metafísico de Boston” analisava o Iluminismo com a base de sustentação metafísica que até então serviria de suporte ao conhecimento científico, por outro, a própria ciência, mais tarde, se encarregou de produzir novos constructos metafísicos.

Charles Sanders Peirce formula sua concepção pragmática partindo do suposto de que os paradigmas da lógica aristotélica como instância racional autônoma e ordenadora do conhecimento humano já não mais davam conta dos requerimentos que essas novas teorias impunham à compreensão e ao exercício da ciência moderna.

A teoria submete-se à prática e a ação torna-se tão importante quanto à reflexão, sem que isso, propriamente, implique numa desvalorização das ideias e da própria teoria. Ao revés, elas se tornam vivas, palpantes e funcionais.

O pragmatismo não ignora a necessidade e a conveniência do sacrifício da justiça substantiva no caso individual em favor da compatibilidade com a jurisprudência ou

---

<sup>75</sup> REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Natham Cardozo. *In* Revista Duc In Altum. Caderno de Direito, vol. 1, nº 1, jan/dez de 2009.



a legislação, ou, em resumo, com as expectativas bem fundamentadas que são necessárias para a condução ordeira dos negócios sociais<sup>76</sup>.

O pragmatismo apresenta uma crítica no pressuposto de que o conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, sendo o seu desenvolvimento dentro de uma perspectiva contextual.

### **3. Pragmatismo jurídico**

O pragmatismo jurídico foi de grande sucesso ao longo do século XX, sendo uma das correntes mais significativas do pensamento jurídico contemporâneo.

Em sua essência, o que o pragmatismo pretende é afastar das decisões judiciais questões metafísicas ou platônicas, que interfiram na objetividade do julgador para lidar com as questões difíceis e refletir sobre a eficiência e a promoção do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade.

É justamente essa inclinação do pragmatismo que o torna diametralmente oposto ao formalismo jurídico.

O exame do pragmatismo resta necessário no sentido de programação de características de funcionamento, como a persuasão, legitimação e antecipação, expondo as funções dos discursos jurídicos.

É primordial a consideração de discursos argumentativos e persuasivos, vinculados à ponderação prática, utilizando critérios de razoabilidade, objetivando compatibilizar valores contraditórios e flutuantes. A aplicação do critério ao caso concreto para soluções de problemas jurídicos se destaca como um sentido pragmático dado à linguagem jurídica.

A consideração de discursos argumentativos e persuasivos, vinculados à ponderação prática, utilizando critérios de razoabilidade, objetivando compatibilizar valores contraditórios e flutuantes.

O pragmatismo jurídico é uma forma de realizar a própria prática e a hermenêutica, sendo todo o pressuposto do discurso jurídico.

### **4. Código de Processo Civil pragmático**

---

<sup>76</sup> POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 382.

Nota-se no Código de Processo Civil grandes repercussões do pragmatismo jurídico na esfera do processo judicial.

O Código de Processo Civil adotou relevantes institutos jurídicos que eram utilizados em decorrência da prática forense, inobstante a ausência de legislação infraconstitucional capaz de regularizar procedimentos específicos.

A maioria das inovações legislativas no Código de Processo Civil são, a bem da verdade, sistematização de legislações especiais que já vinham sendo adotadas frequentemente, sobretudo no âmbito dos tribunais superiores, o que permite divisar, com clareza, o fenômeno do pragmatismo jurídico no processo civil brasileiro.

Trata-se de uma realidade em curso há bastante tempo, e que apenas se aprofunda no atual diploma processual.

No Direito brasileiro é reconhecida a evolução jurídica acima tratada, consistente com o avanço de uma prática jurídica pautada por precedentes.

O início de uma maior preponderância jurídica dos precedentes, no contexto da ordem jurídica brasileira, decorre da Emenda Constitucional nº 45/04, que, introduzindo figuras como a súmula vinculante, possibilitou uma valorização da cultura de relevância de decisões do órgão jurisdicional, em virtude de sua aptidão para repercutir em casos futuros.

Ali então já se falava da “repercussão geral”, figura que atrelava a atividade dos tribunais superiores não mais apenas à discussão jurídica em comento no processo judicial, mas sim de sua relevância e repercussão da questão para a sociedade.

A prática demonstrou que tanto o Supremo Tribunal Federal (STF), quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ), passaram a utilizar o instituto dos recursos repetitivos.

Essas tendências foram incorporadas e potencializadas no Código de Processo Civil, que, sobretudo em seus artigos 1.036 a 1.041, inclusive solucionando qualquer possível incompatibilidade entre o recurso extraordinário e o recurso repetitivo, ou sobre a previsão legal de recursos repetitivos e as atribuições do STF, neste sentido:

[...] Merece destaque inicial que, no novo CPC, não só o recurso especial mas também o recurso extraordinário passa a receber disciplina de recurso repetitivo. É inegável, assim, o avanço do novo CPC em relação à disciplina do art. 543-B do CPC atual que, em rigor, não admite o processamento e o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, mas, menos que isso, apenas a discussão sobre recursos extraordinários múltiplos apresentarem, ou não,

repercussão geral. Ademais, é inegável que o art. 543-C do CPC atual limita-se à disciplina dos recursos especiais (grifo no original) repetitivos, não obstante a prática do STF ter consagrado também o processamento dos extraordinários como repetitivos. De qualquer sorte, o novo CPC coloca fim a quaisquer discussões que, no âmbito do CPC atual, poderiam ser desenvolvidas a partir dessa constatação, como a leitura do caput do art. 1.036 do novo CPC evidencia.<sup>77</sup>

Destacando a relevância do pragmatismo no Código de Processo Civil, necessário fazer referência à figura do *amicus curiae*, previsto no artigo 1.3878, do CPC.

Tal instituto se refere à possibilidade de admissão de um terceiro, geralmente especializado em determinada área do conhecimento, para auxiliar na instrução do processo ou, até mesmo, na discussão jurídica.

Nos casos em que se demanda um conhecimento mais específico de determinado tema (como nas matérias que são mais diretamente de ordem econômica, aquelas que tratam do meio ambiente etc.) o Código de Processo Civil permite a intervenção para contribuição do mérito da causa para que se possa adotar a melhor solução, inclusive técnica.

O diploma processual, neste ponto também, aprofunda e generaliza o instituto, passando a admitir a presença do *amicus curiae* em todos os processos da órbita civil.

Esta realidade condiz com o pragmatismo jurídico, porque permite, e até valoriza, a participação de profissionais e especialistas sobre a matéria fática que se está avaliando, no ponto de empirismo e de observação prática.

Sobre este ponto, interessante o esclarecimento de Richard Posner:

---

77 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 675.

78 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação

[...], o trabalho do economista no que se refere às políticas e práticas acerca do interesse público, tanto as vigentes quanto aquelas que se propõem, consiste essencialmente em advertir-nos sobre as consequências que os não economistas tendem a negligenciar e que frequentemente, embora nem sempre, são adversas ou no mínimo onerosas. Essa aplicação da economia deve ser bem-vinda pelos advogados que julguem importante descobrir quais são as consequências reais das doutrinas e instituições jurídicas, inclusive aquelas que os profissionais do direito consideram intocáveis<sup>79</sup>.

A proximidade entre o instituto e a análise econômica do Direito é óbvia, pois esta trata, justamente, da análise por pessoas capacitadas em economia das medidas que o ordenamento jurídico veicula.

Provavelmente, na ordem jurídica processual brasileira, o instrumento através do qual se daria tal análise, pragmática e econômica, de peritos e analistas econômicos, seria, no mais das vezes, o *amicus curiae*.

Neste sentido:

[...] o Código de Processo Civil acabou por disciplinar de intervenção de terceiros, generalizando-a, em contraposição às específicas previsões que até então se encontravam dispersas no sistema processual civil.

[...] Em um Código que aceita a força criativa da interpretação judicial, abandonando inequivocamente o padrão de mera legalidade hermenêutica (arts. 8<sup>a</sup> e 140), e o caráter normativo dos precedentes [...]80.

Verifica-se a conexão entre o instituto do *amicus curiae*, previsto no Código de Processo Civil, e uma possível análise econômica do Direito, bem como sua aptidão em confluir para uma visão mais pragmática do processo.

O mesmo pode se falar sobre o incidente da desconsideração da

---

79 POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 33.

80 BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 583/584.

personalidade jurídica que, anteriormente à vigência do Código de Processo Civil, a doutrina divergia sobre a necessidade de assegurar o exercício do contraditório pelos sócios chamados a integrar a lide.

A preocupação se dava pelo fato das consequências dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica para o atingimento de patrimônio de terceiros que não participaram regularmente do processo em sua fase de conhecimento.

Gilberto Bruschi defendia naquela oportunidade ser dispensável processo autônomo e prévia instauração do contraditório, significando dizer que a desconsideração poderia se dar por mera decisão nos autos do processo<sup>81</sup>.

Fabio Ulhoa Coelho defendia ser “inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no polo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende”<sup>82</sup>, posição que não encontrava suporte na jurisprudência que decidiam pela “dispensa de citação dos sócios, que podem dispor de instrumentos processuais outros adequados a esse desiderato”<sup>83</sup>.

Independentemente da posição adotada antes da vigência do atual Código de Processo Civil, concluía-se pela aplicabilidade do instituto no nosso sistema jurídico, em que pese a inexistência de legislação específica sobre o procedimento a ser observado.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como previsto no Código de Processo Civil, em seu Capítulo IV, no livro III, que trata da intervenção de terceiros, é destinado a resolver demandas que pleiteiam a extensão da responsabilidade patrimonial aos sócios de determinada sociedade.

A finalidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma das espécies de intervenção de terceiros provocada, assim como a denúncia da lide e o chamamento ao processo “pois se provoca o ingresso de terceiro em juízo – para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial”<sup>84</sup>.

---

81 BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. p. 91.

82 COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. V. 2, p. 79.

83 STJ, Terceira Turma, AgRg no Recurso Especial 1459843-MS, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23/10/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 22 jun. de 2021.

84 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. 18ª ed. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 521.

Em que pese o resultado efetivo almejado com o atingimento de patrimônio de terceiro que não figurou no processo na fase de conhecimento, o Código de Processo Civil preencheu uma lacuna legislativa, garantindo, o que por muitas vezes não acontecia na prática forense, a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal<sup>85</sup>.

Estancando antiga divergência doutrinária sobre a necessidade de ajuizamento de ação própria ou de forma incidental, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica assegurou o contraditório, ampla defesa e devido processo legal:

[...] Suprindo a lacuna processual, o Código atual cuidou da matéria nos arts. 133 a 137, traçando o procedimento a ser adotado na sua aplicação, de maneira a submetê-lo, adequadamente, à garantia do contraditório, ampla defesa. Doravante, portanto, a sujeição do patrimônio do terceiro em razão da desconsideração só poderá ser feita em juízo com a estrita observância do procedimento incidental instituído pelo CPC/201586.

O Código de Processo Civil assegura a necessidade de requerimento da parte ou do Ministério Público para que seja instaurado o incidente de desconsideração. Essa opção tem como fundamento a inércia da jurisdição, evitando assim a aplicação *ex officio* do instituto.

Estacando de uma vez por todas antigas divergências da jurisprudência, o Código de Processo Civil definiu expressamente a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Por outro giro, não obstante a solução pragmática da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica tenha sido positivada no Código Civil brasileiro de 2002, este tema continua a evoluir pragmaticamente para cada vez atingir melhores resultados.

Nesse sentido, foram introduzidas mudanças no artigo 50 do Código Civil, pela Lei n. 13.874/201987, o que tem mostrado um impacto no incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

---

85 NERY JUNIOR, Nelson. Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 627.

86 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 401.

87 A Lei da Liberdade Econômica (MP 881 – Lei n. 13.874/2019) é regida pelos princípios da: (i) a liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas; (ii) a boa-fé do particular perante o poder público; (iii)



Portanto, o que se tem, no Brasil, é que o atual Código de Processo Civil aprofunda uma cultura enraizada de precedentes, que já vinha em curso antes de sua edição, e este tema é particularmente relevante neste estudo porque representa forte influência do pragmatismo jurídico à prática processual brasileira.

A atuação do Judiciário de forma genérica, abstrata e construindo paradigmas de atuação para casos futuros, decerto, representa uma alteração de sua função original, o que só é possível no desapego, no antifundacionalismo, em relação à concepção original de Estado.

Dessa forma, pela comparação dos institutos apresentados marcam o pragmatismo jurídico, percebe-se que este possui um núcleo muito atuante na lógica dos precedentes, resultando em uma forte presença dos elementos de antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo.

Ainda na abordagem do pragmatismo jurídico na esfera do processo judicial, será apresentada a seguir a evolução da audiência tradicional presencial para a necessária e rápida adaptação nos procedimentos judiciais para prestação jurisdicional durante o contexto da pandemia do Covid-19, que levou à expansão do uso da tecnologia pelo Poder Judiciário, com a implantação da comunicação à distância no âmbito do Processo Civil.

## **5. Audiência tradicional**

Para Souza Pinto (1850, p. 88-90), audiência significa:

a sessão em que o juiz pessoalmente ouve as partes por si, ou por seus advogados, e procuradores, defere seus requerimentos, profere sua decisão sobre as questões de fácil, e pronta solução, e publica suas sentenças, assim interlocutórias, como definitivas

Diferente de sessão, auditório é o local em que o juiz dá sua audiência às partes.

No Período Imperial se entendia que as partes somente estariam em condições de se manifestar com liberdade necessária se estivessem perante o juiz no local apropriado na ocasião, que eram as câmaras municipais, nos locais destinados pelo Governo Imperial e pelos presidentes das Províncias. Sendo na capital do Império, Rio de

---

a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas; e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Janeiro, as audiências seriam realizadas no fórum. O juiz que realizasse audiência em outro local seria punido com multa de 100\$000 a 150\$000 (cem mil reis a cento e cinquenta mil reis, de acordo com o artigo 196, do Regulamento n. 120, de 31/01/1842).

De acordo com o artigo 34, 23º, na redação original, combinado com o artigo 65, 2º, da Constituição da República de 1891, competia aos estados-membros legislar sobre direito processual. Assim, alguns Estados aproveitaram e promulgaram seu próprio Código de Processo Civil.

Conforme os Códigos de Processo Civil do Distrito Federal (artigo 35), e dos Estados do Rio Grande do Sul (Lei n. 65, de 16/01/1908, artigos 212 a 217, 227-229, 245, 246, 248, 253), Distrito Federal (Decreto n. 8.332, de 03/11/1910, artigos 35-37, 39, 41), Bahia (Lei n. 1.121, de 08/1915, artigos 168), Rio de Janeiro (Lei n. 1.580, de 20/01/1919, artigos 348, 350, 355, 357, 359-360, 364), Minas Gerais (Lei n. 830, de 07/09/1922, artigos 139-140, 142-143), Pernambuco (Lei n. 1.672, de 09/06/1924, artigos 107-108, 110), Santa Catarina (Lei n. 1.640, de 03/11/1928, artigos 378-381, 385-386, 388-390), São Paulo (Lei n. 2.421, de 14/01/1930, artigos 125-135), havia três modos de audiência. A primeira, ordinária, na qual se cuidava dos negócios forenses. A segunda, chamada de extraordinária, utilizada pelo julgador para prosseguimento do processo. Por fim, a especial, com a finalidade de se realizar um ato determinado pelo juízo.

Fraga (1940, p. 317-319), sob a legislação de Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608, de 18/09/1939), observa que a fase escrita, a qual contém as pretensões opostas das partes, “tudo o que o espírito humano pode produzir em torno da controvérsia jurídica”, precede o juízo oral, compreendida pela audiência de instrução e julgamento, ocasião em que se ouve o perito, sendo o caso, e, em seguida, são tomadas as declarações do autor, do réu e ouvida as testemunhas. Encerra-se com os debates orais pelos advogados (artigos 267 a 271, do CPC/1939).

Para João Monteiro (1956, p. 488-489), o depoimento da testemunha era prestado em juízo desde o direito romano, sendo o prestado fora do juízo não integrar a prova judiciária. Esse procedimento admitia exceções. Havia o *testimonium per tabellas*, que correspondia ao testemunho escrito e assinado por duas testemunhas, cuja força probante era inferior à prestada de forma oral. Já as pessoas egrégias podiam prestar depoimento no próprio domicílio, o que hoje corresponde aos depoentes ocupantes de certos cargos de destaque, os quais podem ser inquiridos em sua residência (CPC, artigo 454).

É na audiência de instrução e julgamento que, segundo MARTINS (1942, p. 181 e 183), o processo vive seu momento de ápice, na medida em que o juiz tem contato com as provas, ouve os advogados, nos debates orais, e profere a sentença. Nas hipóteses

em que a comprovação das alegações das partes exige a oitiva de testemunhas e/ou de perito, a audiência adquire relevância significativa, pois a concentração da prova e o contato direto do juiz com essa prova produzida lhe possibilita os esclarecimentos necessários para o melhor julgamento da lide.

Com uma definição mais precisa, Frederico Marques (1973, p. 1 e 17) pontua que é na audiência que se realiza a instrução processual e ocorre o julgamento, considerado, assim, ato processual complexo, por envolver vários atos processuais praticados pelo juiz, pelas partes e terceiros, que culmina com a fase decisória, com a sentença. Dentre os atos do juiz, está a imediatidade, contato direto com a prova e com as partes. A audiência de instrução e julgamento é realizada no auditório do juízo, nas dependências do fórum.

## **6. Recursos tecnológicos**

Durante a vigência do CPC/1973 (Lei n. 5.869, de 11/01/1973) surge o processo judicial eletrônico, por meio da Lei n. 11.419, de 19/12/2006, que introduziu a informatização do processo judicial e instituiu o processo eletrônico na tramitação de processos judiciais, em especial aos processos civil, penal, trabalhista e aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (artigo 1º e § 1º). Definiu meio eletrônico como sendo qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, e transmissão eletrônica como toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (artigo 1º, § 2º, incs I e II).

É no vigente CPC (Lei n. 13.105, de 16/03/2015) que se expressa a prática dos atos processuais com a utilização de recursos tecnológicos, em especial nos artigos 196, 236, § 3º, 385, § 3º, 453, § 1º, 461, § 2º, 464, 4º, 751, § 3º, 937, § 4º. De se destacar que os meios tecnológicos contribuem para a racionalização, eficiência e desenvolvimento do processo judicial, com toda segurança, fidelidade, confidencialidade, privacidade, na busca da rápida prestação jurisdicional.

## **7. Audiência síncrona online**

A partir desse momento, passa-se a se vislumbrar a possibilidade da realização de audiência síncrona online. É a aplicação da videoconferência, que corresponde à transmissão em tempo real e gravação de imagem e som entre interlocutores que estejam em ambientes distintos, por meio da rede mundial de computadores.

A audiência virtual corresponde ao ato processual pelo qual o juiz se encontra em um local, por ex. nas dependências do fórum, mas pode estar em outro ambiente físico, e os demais participantes, sejam todos, sejam alguns, estejam em outro espaço físico.

Para sua operacionalização, se exige que cada um dos envolvidos no ato processual virtual se utilizem de um dispositivo fixo (computador de mesa) ou móvel (computador portátil, tablet ou aparelho celular) e conectado aos seguintes equipamentos tecnológicos: i) uma webcam (câmera de vídeo com microfone integrado); ii) microfone externo para ter melhor qualidade de captação de áudio, caso o usuário prefira não utilizar o que vem embutido na webcam; iii) caixa de som ou fone de ouvido; iv) conexão com a internet, por meio de serviço oferecido por prestadores de serviço de telefonia e provedores.

O uso da videoconferência está previsto nos artigos 385, §3º e 453, §1º do CPC para ser aplicado quando a parte e testemunha residirem em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo.

## **8. A pandemia da Covid-19 e o impacto na audiência tradicional**

Mas tudo mudou com a pandemia da COVID-19, quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) declara, em 30/01/2020, em Genebra (Suíça), que o surto do coronavírus (2019-nCoV) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). Em 11/03/2020, a COVID-19 é caracterizada como uma pandemia, cujo termo se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade<sup>88</sup>.

Em decorrência dessa constatação, a Lei n. 13.979, de 06/02/2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância

---

<sup>88</sup> "Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos.

Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus. Os coronavírus estão por toda parte. Eles são a segunda principal causa de resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum.

Ao todo, sete coronavírus humanos (HCoVs) já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o, mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19." Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>> Acesso em 19 jun. de 2022.

internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto. O Decreto Legislativo n. 6, de 20/03/2020, conhece a ocorrência do estado de calamidade pública.

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamenta o uso da videoconferência nas audiências e demais atos oficiais, por meio das Resoluções números 314, de 20/04/2020, 329, de 30/07/2020; 330, de 26/08/2020; 337, de 29/09/2020. Essa medida de ordem pragmática atende as regras sanitárias para conter a disseminação do contágio do vírus e a prestação da atividade jurisdicional. Vale lembrar que a Resolução n. 105, de 06/04/2010, foi a primeira a cuidar da documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência, na esfera processual penal. Em 06/09/2018, foi publicado o Provimento n. 75, que trata do Sistema Nacional de Videoconferência, e em 22/06/2022 é publicada a Resolução n. 465, que trata das diretrizes para a realização de videoconferências no âmbito do Poder Judiciário.

Todas essas normativas administrativas visam a dar concretude ao princípio constitucional do amplo acesso à Justiça, uma vez que cabe ao Poder Judiciário dar proteção ao jurisdicionado que tenha sofrido lesão ou tenha seu direito ameaçado (CF, artigo 5º, inciso XXXV).

Em artigo intitulado *Processo, Novas Tecnologias e Pandemia*, Paulo Henrique dos Santos Lucon<sup>89</sup> pontua que a pandemia possibilitou e enalteceu a comunicação à distância, com acesso à justiça de forma segura e eficiente, a despeito de as tecnologias complexas incorporadas ao processo civil terem sido bem recebidas pela comunidade jurídica, ainda que não implementadas de imediato.

É de se ter em conta que a audiência virtual possibilita ao julgador o contato pessoal, direto e imediato com a partes envolvidas no litígio, e seus respectivos advogados, como ocorre na audiência presencial. Certo, porém, que o subprincípio da imediatidade, cujo princípio é o da oralidade, recebeu mitigação pelo Código de Processo Civil, pois as perguntas à testemunha são feitas diretamente pelas partes, sem a intermediação do magistrado (CPC. Art. 459).

Escrito de outra maneira, o formato de audiência síncrona online permite que o juiz natural da causa esteja ele próprio presente na instrução processual, dirija a produção das provas, e colha as provas produzidas na audiência, tenha proximidade com as raízes

---

89 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Processo, Novas Tecnologias e Pandemia*. In CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Fernando (Coords.). *Impactos Jurídicos e Econômicos da COVID-19*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 324/325.

sociais do conflito<sup>90</sup>, ainda que distante do espaço físico em que se encontram as partes, seus defensores, testemunhas e demais participantes do solene ato processual.

Desse modo, tem-se que os benefícios proporcionados pela audiência virtual ao jurisdicionado, no que diz respeito à celeridade, economicidade, eficiência e racionalização da relação jurídica processual na busca da solução da lide pelo Judiciário são significativos, o que permite sustentar a manutenção da utilização da videoconferência, mesmo após a pandemia mundial do Covid-19.

## 9. Conclusão

O pragmatismo vem contribuindo fortemente para uma compreensão ativa da prática judicial, desenvolvendo um pragmatismo jurídico, e é considerado um paradigma do direito contemporâneo ao procurar situar-se diante das mudanças nos hábitos sociais através de decisões que buscam sopesar o momento histórico-social em que são proferidas.

Verifica-se o Poder Judiciário como um todo ser mais sensível à realidade social onde presta o serviço jurisdicional, de modo que o órgão decisor passa a sopesar aspectos práticos das consequências da tomada de decisão.

O Código de Processo Civil é um aperfeiçoamento pela modalidade de adequação ao contexto pragmático forense, abordando todos os aspectos controvertidos sobre o tema, conferindo uma segurança jurídica alinhavada com princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do direito creditório, possibilitando a harmonização dos interesses em conflito.

Por sua vez, a videoconferência na aplicação da audiência virtual é ferramenta tecnológica inovadora, transformadora e criativa a impactar a dinâmica do trabalho prestado pelo Poder Judiciário, e atende aos ditames constitucional e infraconstitucional (CF, artigo 5º, inciso LXXVIII, e CPC, artigos 4º e 6º), que impõem que o processo deve ter prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, e que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A utilização da videoconferência, implantada de forma ampla e pragmática pelo Poder Judiciário, permitiu a realização de audiência virtual, com acesso à justiça de forma segura e eficiente, e deve ser mantida pelos tribunais, mesmo depois de superada a

---

90 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 395



pandemia da COVID-19, dados os benefícios que o recurso tecnológico produz no processo em direção à prestação jurisdicional.

A audiência virtual, portanto, cumpre as garantias processuais constitucionais e infraconstitucionais e estão presentes no ato processual a beneficiar todos os partícipes do processo.

## 10. Referências

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Recuperação de Crédito*. 2. Ed. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de direito processual civil*. Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Código do processo civil e comercial do estado de São Paulo*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1930.

CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria. PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil*. 3ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

*Digesto do processo*. Jacy de Assis (Diretor). Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRAGA, Affonso. *Instituições do processo civil do Brasil*. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1940.

MARINONI, Luiz Guilherme. Arenhart, Sérgio Cruz. Mitidiero, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 3º volume. 2ª parte. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1976.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 143.

MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. 6ª ed. Atualizado por José Maria de Carvalho Santos. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

NERY JUNIOR, Nelson. Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REGO, George Browne. *O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Natham Cardozo*. In Revista Duc In Altum. Caderno de Direito, Vol. 1, n. 1, jan/dez de 2009.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. Vol. II, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SOUZA PINTO, José Maria Frederico de. *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editores Eduardo e Henrique Laemmert, 1850.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

## **CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA: UMA ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

**HAECKEL RODRIGO BULÇÃO DA SILVA:**

Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia-UNEB;

**RESUMO:** O presente artigo analisa os pressupostos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 657.718, para a excepcional concessão judicial de medicamento sem o registro sanitário, na hipótese de desarrazoada mora da ANVISA. Além disso, analisa os requisitos que a Suprema Corte brasileira listou como necessários para a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA mas com a sua importação autorizada pela agência reguladora, nos autos do Recurso Extraordinário 1165959.

**PALAVRAS-CHAVE:** medicamento; registro; importação.

**ABSTRACT:** This article analyzes the assumptions established by the Federal Supreme Court, in Extraordinary Appeal 657,718, for the exceptional judicial granting of medication without the sanitary registration, in the event of unreasonable delay by ANVISA. In addition, it analyzes the requirements that the Brazilian Supreme Court listed for the granting of medicines without registration with ANVISA but with their importation authorized by the regulatory agency, in the records of Extraordinary Appeal 1165959.

**KEYWORDS:** medicine; record; import.

### **INTRODUÇÃO**

São cada vez mais comuns as ações judiciais que têm por objeto o pleito de concessão judicial de medicamentos que não possuem registro na ANVISA. Com efeito, diante da elevada gama de patologias e de procedimentos terapêuticos existentes, acaba por ser praticamente inevitável a existência de um hiato entre o pedido de registro da substância medicamentosa junto à agência reguladora e a efetiva conclusão do trâmite administrativo.

Neste contexto, a consequência imediata deste estado de coisas é a insegurança dos pacientes, sobretudo daqueles economicamente hipossuficientes, que veem o Poder

Judiciário como a via mais segura e célere para a efetivação do direito à saúde que a Constituição Federal lhes confere (artigos 6º e 196, CRFB/88).

Deste modo, diante de tal cenário de relativa insegurança da população, agravado pelo advento da pandemia, busca-se, no presente trabalho, avaliar os seguintes aspectos: Quais os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal para a concessão judicial de medicamento sem o registro sanitário, na hipótese de desarrazoada mora da ANVISA? Quais os requisitos que a Suprema Corte brasileira estabeleceu para a concessão de fármacos sem registro na ANVISA mas com a sua importação autorizada pela agência reguladora?

A relevância do tema decorre da própria natureza do direito à saúde, que é revestido de de fundamentalidade e é um pressuposto lógico do direito à vida, também previsto na Constituição Federal, no seu artigo 5º, *caput*.

Este artigo está prganizado em dois capítulos, quais sejam:

i) o primeiro capítulo analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 657.718, visando listar e compreender os pressupostos estabelecidos pela Corte para a concessão judicial dos medicamentos sem registro na ANVISA;

ii) o segundo capítulo tem por finalidade verificar os requisitos mencionados pela Suprema Corte, nos autos do Recurso Extraordinário 1165959, como necessários para a concessão de fármacos sem registro na ANVISA mas com a sua importação autorizada pela referida agência reguladora.

## **1 DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA**

A Lei nº 6.360/1976, dentre outras providências, dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes, etc.

Em 28 de dezembro de 2016, tal lei foi alterada pela Lei nº 13.411/2016. Neste sentido, o seu artigo 12, §3º, passou a prever expressamente que o registro de medicamentos será concedido no prazo máximo de 90 dias, a contar da data do protocolo do requerimento, salvo nos casos de inobservância, por parte do requerente, à própria lei ou a seus regulamentos.

Como se vê, a legislação brasileira estabelece que a ANVISA terá um prazo máximo de 90 dias para processar e finalizar o pleito de registro de medicamento no ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, não são poucos os casos em que o limite temporal legal para registro não é cumprido no procedimento registral.

Independentemente das razões que levam à inobservância do prazo para a finalização do trâmite administrativo para o registro do medicamento, uma vez que não é esta a finalidade deste trabalho, o fato é que a mora desarrazoada da ANVISA inevitavelmente traz prejuízos aos pacientes que dependem dos medicamentos para os seus respectivos tratamentos.

Este cenário acarreta severo impacto nas vidas das pessoas, que necessitam das substâncias medicamentosas mas não as encontram disponíveis na lista estabelecida pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Por conseguinte, a via judicial acaba por ser a alternativa mais segura e relativamente célere para o suprimento da mora administrativa.

São incontáveis as ações judiciais que têm por objeto a concessão judicial de medicamentos sem registro na ANVISA, o que, por evidente, sobrecarrega ainda mais o Poder Judiciário, já deveras assoberbado por processos desta natureza.

Via de regra, as demandas relacionadas à saúde acabam por chegar aos tribunais superiores.

A título de exemplo, de acordo com o *site* Jota Info, o primeiro grande julgamento da Suprema Corte brasileira envolvendo a temática do direito à saúde concluiu pela obrigatoriedade de a União fornecer tratamento médico para uma pessoa que necessitava de um medicamento denominado Zavesca (miglustato), cujo custo mensal passava de R\$ 50.000,00.

No referido julgado, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou o seguinte:

“Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se

redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas”

Nesta ambiência, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 657.718, apreciando o tema 500 de repercussão geral, decidiu o seguinte a respeito desta temática:

**Ementa:** Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do



medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020).

Conforme depreende-se da decisão, a Corte estabeleceu que, em regra, é vedada a concessão judicial de medicamentos não registrados na ANVISA, uma vez que o registro na referida agência reguladora é um fundamental instrumento de proteção e defesa da saúde pública, servindo como atestado de qualidade e de segurança das substâncias medicamentosas a serem comercializadas no Brasil.

O registro serve, ainda, como um importante mecanismo de controle de preços dos fármacos, o que evita abusos no mercado destes produtos.

É possível inferir, também, que o STF veda, em caráter absoluto, que o Poder Judiciário estabeleça a obrigatoriedade de o Estado brasileiro fornecer medicamentos experimentais, dada a inexistência de certeza ou consenso científico quanto à qualidade, à eficácia e à segurança dos fármacos.

Por outro lado, o tribunal estabeleceu que a ausência de registro na ANVISA, em regra, serve como impeditivo para a concessão judicial medicamentos com a segurança e qualidade atestadas.

Com efeito, a obrigatoriedade de o Estado fornecer tais substâncias é revestida de excepcionalidade, atendidos os seguintes pressupostos, a saber:

i) que haja mora irrazoável da ANVISA para o devido registro do medicamento, configurada na hipótese de desrespeito ao prazo estabelecido pela Lei nº 13.411/2016;

ii) a efetiva existência de pedido de registro do fármaco no Brasil (excetuadas as hipóteses de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);

iii) que exista registro do medicamento em renomadas agências reguladoras no exterior;

iv) e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Na decisão, a Corte prestigia a segurança jurídica, haja vista que respeita o quanto estabelecido pelo legislador como prazo razoável para que a ANVISA proceda à análise e conclusão dos pleitos de registro de medicamentos.

Este prazo legal funciona, em realidade, como um razoável lapso temporal para que a agência proceda à devida análise do registro dos fármacos, atendendo a todos os complexos requisitos científicos que atestam a segurança e a eficácia das substâncias.

Por outro lado, o STF prestigia o direito fundamental à saúde do cidadão que necessita de tratamento médico.

Nesta senda, a Corte exige, para fins de concessão judicial do medicamento pelo Estado, que haja uma situação de clara mora irrazoável da ANVISA, aliada à evidenciação da segurança e qualidade dos fármacos, atestada pelo registro em renomadas agências reguladoras do exterior.

Já o requisito de inexistência de substituto terapêutico do Brasil evita que haja preferências desarrazoadas entre medicamentos que produzirão, ao fim e ao cabo, os mesmos resultados no tratamento da patologia do paciente, garantindo a segurança orçamentária.

Por fim, o STF ainda decidiu a respeito da legitimidade para figurar no polo passivo das eventuais demandas que possuam como objeto o pleito de concessão judicial de medicamentos sem registro na ANVISA.

No bojo da referida decisão, o tribunal estabeleceu que é da União a legitimidade passiva em tais ações, devendo a parte autora obrigatoriamente ajuizar a demanda em face deste ente, em que pese a natureza solidária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a garantia do direito à saúde ao cidadão, como decorrência lógica do disposto no artigo 23, II, da Constituição Federal.

## **2 DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA MAS COM IMPORTAÇÃO AUTORIZADA PELA AGÊNCIA**

Em momento posterior, no julgamento do Recurso Extraordinário 1165959, a Suprema Corte brasileira definiu os requisitos para a fixação da obrigação do Estado para a concessão de fármacos sem registro na ANVISA mas com a importação devidamente autorizada pela agência de regulação.

Nos autos supramencionados, a Corte, em tema 1.161 da sistemática da repercussão geral, fixou a seguinte tese:

"Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS."

Adverte-se que a ementa do referido julgado, até o momento da elaboração deste trabalho, ainda não foi publicada.

Cumpra esclarecer que tal entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário 1165959 decorreu de processo de autoria do Estado de São Paulo, que chegou ao STF após o Tribunal de Justiça do mesmo Estado confirmar decisão da primeira instância e determinar que o ente fornecesse medicamento à base da substância canabidiol para um paciente que sofre de encefalopatia crônica.

Depreende-se que a Corte levou em consideração a importante circunstância da hipossuficiência econômica do paciente, que funciona como um instrumento limitador do acesso do cidadão ao serviço de saúde, inviabilizando a efetivação de um direito fundamental.

A ausência deste pressuposto de cunho socioeconômico permite a presunção de que o paciente não necessita do Estado para a concessão do medicamento pleiteado, detendo a possibilidade de buscar a aquisição do fármaco pelas vias legais próprias, inclusive por intermédio da operadora do plano de saúde, a depender do caso concreto.

Já o requisito da imprescindibilidade clínica decorre da lógica avaliação da efetiva necessidade do tratamento com a substância medicamentosa pleiteada.

Neste sentido, a própria decisão corrobora a compreensão do caráter excepcional da obrigatoriedade de o Estado brasileiro fornecer medicamentos que, embora não tenham o devido registro na ANVISA, já têm a importação autorizada pela agência.

Outrossim, o STF estabeleceu como um dos requisitos a impossibilidade de substituição por outro fármaco similar já constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos pelo SUS.

Com efeito, assim como ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718, evitou-se, por meio de tal pressuposto, a indevida escolha, pelos pacientes, por medicamentos que não constam de lista de fármacos fornecidos pelo SUS em detrimento daqueles que já fazem parte do rol disponibilizado pelo Estado.

Mostra-se, neste aspecto, que a decisão prestigia a segurança jurídica e compreende a limitação dos recursos orçamentários.

Por outro lado, ao contrário do que firmou no julgamento do Recurso Extraordinário 1165959 já analisado neste trabalho, a Suprema Corte não estabeleceu expressamente a obrigatoriedade de a União figurar no polo passivo de tais ações.

Por tal razão, infere-se que não é obrigatório que a demanda seja ajuizada em face de tal ente, já que a situação fática não evidencia mora irrazoável da ANVISA, elemento caracterizador do dever de a União ser legitimada passiva necessária em demandas com o este objeto.

Outrossim, ainda na discussão a respeito da tese definida, o relator do recurso, o então Ministro Marco Aurélio, e o Ministro Alexandre de Moraes, ressaltaram que a importação do canabidiol é autorizada pela ANVISA e que a Resolução RDC 17/2015 estabelece procedimentos visando à autorização a empresas para a fabricação e importação da substância.

Por fim, importa mencionar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que guarda relação com esta temática.

A Corte Cidadã, por intermédio da sua Sexta Turma, concedeu salvo-conduto para pacientes cultivarem *cannabis* com fim medicinal.

Por unanimidade, a turma, em julgamento de *habeas corpus* preventivo, autorizou três pessoas a cultivarem *cannabis sativa* com a finalidade de extrair óleo medicinal para uso próprio, sem perigo de repressão estatal.

Neste sentido, os três pacientes já utilizam canabidiol e têm autorização da ANVISA para importar a substância. Contudo, eles afirmaram ter dificuldade para continuar o tratamento, em razão do alto custo do procedimento importador do fármaco.

De acordo com os Ministros que compõem a Sexta Turma do STJ, a conduta não é penalmente típica, uma vez que não está imbuída do dolo de preparar substâncias entorpecentes com as plantas cultivadas (nem para consumo pessoal nem para entrega a terceiros), além de não vulnerar os bens jurídicos tutelados pela Lei nº 11.343/2006, de modo que não há adequação típica aos delitos previstos nos artigos 28, § 1º; e 33, §1º, II, da referida Lei, ou mesmo ao tipo penal previsto no artigo 334-A do Código Penal (contrabando).

É importante notar que o fio condutor entre o julgamento do STF e o do STJ é formado pela hipossuficiência econômica dos pacientes e pela autorização concedida pela ANVISA para a importação da substância.

### **3 CONCLUSÃO**

O direito fundamental à saúde é ostensivamente consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Neste passo, o artigo 196 da Carta Magna reveste a saúde de caráter fundamental, estabelecendo-a como direito de todos e dever estatal, devendo ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, sendo regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Tal dispositivo constitucional prevê a saúde sob a ótica individual e também coletiva, sendo um pressuposto lógico da compreensão do direito a uma vida digna, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Não se trata, pois, de uma mera previsão programática do texto da Lei Maior. Em realidade, as normas que versam sobre o direito à saúde são dotadas de aplicabilidade imediata, conforme disposição expressa no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Demais disso, o direito fundamental à saúde pode ser compreendido como um objeto de um vínculo obrigacional entre o Estado e o cidadão, que deve gozar em plenitude de tal direito, sem limitações decorrentes de escassez financeira ou qualquer outro impeditivo.

Para tanto, constatada a inércia estatal para a efetivação deste direito, seja por mora para proceder ao registro de medicamentos, seja pela inobservância da possibilidade de concessão de medicamentos não registrados na ANVISA mas com autorização permitida pela agência, cumpre ao Poder Judiciário garantir ao cidadão a concretude no gozo de tal direito.

Por esta razão, acertadamente o Supremo Tribunal Federal pacificou a possibilidade de concessão judicial de medicamentos sem registro na ANVISA e, além disso, garantiu a possibilidade de concessão de medicamentos sem registro na ANVISA mas com a sua importação autorizada pela referida agência reguladora.



Com efeito, a mais alta Corte do País honrou o seu histórico progressista, que a caracteriza como intolerante às omissões inconstitucionais do Estado na efetivação de direitos fundamentais.

São incontáveis os casos em que o STF reconhece a obrigatoriedade de o Estado dar concreção ao direito à saúde dos cidadãos, e os recursos estudados no presente artigo são exemplos desta postura proativa da Corte.

Por outro lado, ao mesmo tempo que confere efetividade ao direito à saúde, nos referidos Recursos Extraordinários, o tribunal garante segurança jurídica e razoabilidade a esta temática, estabelecendo requisitos bem definidos para a concessão judicial de medicamentos pleiteados, sob pena de desconfigurar o arcabouço orçamentário brasileiro.

Conclui-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal, a nosso sentir, andou acertadamente, tendo prestigiado o seu papel de Corte Constitucional, avaliando os cenários do âmbito do direito à saúde e estabelecendo os pressupostos para a concessão de fármacos nos termos pleiteados nas demandas, com sistemática de repercussão geral.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso: 23 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.411/2016. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm)> Acesso: 23 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657718-MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>> Acesso em: 23 jun.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1165959-SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5559067>> Acesso: 23 jun. 2022.

ESTADO DEVE FORNECER MEDICAMENTO À BASE DE CANABIDIOL A PACIENTE DE SP. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal STF.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468002&ori=1>> Acesso em: 23 jun. 2022.

GIMENES, Erick; FERNANDES, Danielly. 20 votos importantes de Gilmar Mendes em 20 anos no Supremo Tribunal Federal. **Jota Info.** Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/20-votos-importantes-de-gilmar-mendes-em-20-anos-no-supremo-tribunal-federal-20062022>> Acesso: 24 jun. 2022.

SEXTA TURMA DÁ SALVO-CONDUTO PARA PACIENTES CULTIVAREM CANNABIS COM FIM MEDICINAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Portal STJ.** 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14062022-Sexta-Turma-da-salvo-conduto-para-pacientes-cultivarem-Cannabis-com-fim-medicinal.aspx>> Acesso: 23 jun. 2022.

## **LEI DE DROGAS, CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL, ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006**

**GUSTAVO CARVALHO RODRIGUES DE ALMEIDA:**

Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC)

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

**RESUMO:** O crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal insculpido no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 suscitou diversas polêmicas sobre a natureza desta conduta desde a sua criação. Ao não punir o usuário com pena restritiva de liberdade, como ocorria na Lei n.º 6.368/1976, a condição da conduta como crime foi extremamente discutida pela doutrina e pela jurisprudência. Com o objetivo de se analisar como a jurisprudência tem compreendido este crime foi realizada pesquisa de revisão bibliográfica, na qual doutrina, legislação e jurisprudência foram utilizadas, de maneira a se compreender porque tal conduta deve ser considerada como crime, inobstante o não apenamento com restrição de liberdade, dado a danosidade que a conduta representa tanto para a saúde pública quanto para a segurança pública. Assim, conclui-se que a conduta do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal deve ser compreendida como crime pela sua reprovabilidade e pelos nefastos efeitos que tem para a sociedade como um todo. Vale lembrar que a matéria é objeto de discussão em RE 635.659, admitido pela existência de repercussão geral.

**Palavras Chaves:** Lei de Drogas. Crime de Porte de Drogas para Consumo Pessoal. Saúde Pública. Segurança Pública.

**ABSTRACT:** The crime of possession of illicit drugs for personal consumption in article 28 of Law No. 11,343/2006 has raised several controversies about the nature of this conduct since its creation. By not punishing the user with a restrictive penalty of freedom, as occurred in Law No. 6.368/1976, the condition of conduct as a crime was greatly discussed by doctrine and jurisprudence. In order to analyze how the jurisprudence has understood this crime, a bibliographic review research was carried out, in which doctrine, legislation and jurisprudence were used, in order to understand why such conduct should be considered as a crime, regardless of the non-warping with restriction of freedom, given the

damage that the conduct represents for both public health and public security. Thus, it is concluded that the conduct of the possession of illicit drugs for personal consumption should be understood as a crime by its distaste and the harmful effects it has on society as a as a whole. It is worth remembering that the matter is the object of discussion in RE 635,659, admitted by the existence of general repercussion.

Keywords: Drug Law. Drug Possession Crime for Personal Consumption. Public health. Public Safety.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei de Drogas de 2006 teve papel fundamental para o tratamento mais humanizado do usuário de drogas ilícitas em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana insculpido na Constituição de 1988.

Contudo, ao não apenar com privação de liberdade do usuário, em escolha biopolítica do legislador, se abriu margem para os mais diversos questionamentos jurídicos quanto a criminalização desta conduta. Neste sentido, o julgamento do Recurso Extraordinário 635.658, atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal, demonstra que a polêmica sobre o tema ainda está longe de ser pacificada.

A escolha do tema justifica-se dada a relevância que a matéria tem tanto nos campos da saúde pública quanto da segurança pública, visualizando assim, a importância da análise do crime de posse de drogas ilícitas para uso pessoal, art. 28, da Lei n.º 11.343/2006.

Desta maneira, foi realizada pesquisa de revisão bibliográfica, na qual legislação, doutrina e jurisprudência foram utilizadas com o objetivo de se compreender como ambas vêm abordando a questão da criminalização de tal conduta, bem como questionar a validade argumentativa daqueles que postulam pela descriminalização desta.

Para uma melhor compreensão do trabalho este encontra-se organizado em três seções: na primeira seção buscou-se analisar os aspectos jurídicos do crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, e os impactos da alteração trazida pela Lei n.º 11.343/2006 quanto à reincidência e possibilidade de prisão provisória no crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal.

Na segunda seção se procura compreender os impactos do consumo de drogas para a saúde pública e para a segurança pública, de forma a estabelecer a existência de

substrato fático para a criminalização da conduta, seja ela apenada ou não com reclusão de liberdades, ou somente com restrição de direitos.

Por fim, a terceira seção tece crítica às posições apresentadas até o momento no julgamento do Recurso Extraordinário 635658, as quais postulam pela inconstitucionalidade da criminalização desta conduta e analisar os impactos de tais pronunciamentos até o momento para a jurisprudência.

## **2 O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**

A atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006) se consubstanciou como tentativa de uma nova abordagem de saúde pública e de segurança pública mais condizente com a principiologia constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana sob a égide da Constituição de 1988 no tocante ao problema do consumo e do tráfico de entorpecentes.

Em relação ao uso de drogas ilícitas, a antiga Lei de Tóxicos (Lei n.º 6.368/1976) previa pena de detenção de 6 meses a 2 anos além de autorizar a internação compulsória dos dependentes químicos. Desta forma, ao suprimir a punição com privação de liberdade do dependente, bem como por colocar critérios extremamente rígidos para a internação involuntária, a nova lei de drogas buscou uma abordagem mais humanizada no tratamento jurídico do usuário, conforme ensina Souza (2006, p. 25):

O que fez o legislador brasileiro foi seguir a tendência internacional e reconhecer ser o usuário ou viciado uma vítima na cadeia produtiva e econômica em que se acham inseridas as drogas, entendendo por bem que essas pessoas não devem punidas com rigor máximo do Estado, a ponto de ser possível aplicar a elas as sanções mais fortes, como a prisão.

Contudo, também é preciso observar que a imposição de uma pena não restritiva de liberdade pela Lei n.º 11.343 em 2006, pode muito mais se relacionar com a necessidade de resolver o problema da superlotação carcerária, quanto questão financeira do Estado, do que uma real preocupação com os direitos humanos dos usuários de entorpecentes. Neste sentido, Rocha (2006, p. 16) comenta sobre a superlotação carcerária à época da alteração da Lei de Tóxicos:

Segundo relatório de 2004 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a média mensal de inclusão nos estabelecimentos penais é de 9.391, enquanto as liberações somam 5.897, gerando um acréscimo de 3.494 presos e internados a cada mês, ou cerca de 40 mil ao ano.<sup>5</sup> Pode ocorrer um colapso no sistema penitenciário numa questão de tempo, caso não sejam tomadas medidas que controlem o déficit de vagas nos estabelecimentos prisionais. Não obstante, ressalta-se que o problema da superlotação é ocasionado por variâncias das mais diversas ordens, que em suma refletem o descaso de sucessivos governos quanto à questão penitenciária, fato comprovado pela carência de políticas públicas e principalmente de investimento.

Assim, o art. 28 da Lei de Drogas define o crime de porte de drogas para uso pessoal como “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Importante ressaltar que foi muito acertada a decisão do legislador de utilizar o termo científico “droga” ao invés de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica como ocorria na Lei de Tóxicos (CAVALCANTE, 2021).

A saber: a definição das drogas à que se sujeitam as determinações da Lei n.º 11.343/2006, encontra-se regulamentada pela Portaria 344 da ANVISA. Assim, a Lei de Drogas é norma penal em branco heterogênea, já que para sua aplicação é necessário complementação de outra norma legal, a qual não se encontra no mesmo nível hierárquico da primeira.

Sob a questão, vale lembrar que o uso de drogas ilícitas em si nunca foi crime, nem sob a vigência da antiga Lei de Tóxicos, a qual previa como conduta para o crime de posse de substâncias entorpecentes para uso próprio “adquirir, guardar ou trazer consigo” até porque mesmo em uma legislação mais repressiva seria impossível, na prática, o controle toxicológico de todos aqueles suspeitos de estarem sob a influência de drogas ilícitas ou de as terem consumido em tempo mensurável por exames toxicológicos.

Como penas para este crime a Lei de Drogas de 2006 impõe advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. De sorte que, este apenamento sem restrição de liberdade fez com que muitos doutrinadores questionassem se tal dispositivo não teria, na realidade, descriminalizado o porte de drogas ilícitas para consumo pessoal.



Assim, três correntes são defendidas pela doutrina: uma que postula que houve a descriminalização da conduta, uma que propõe se tratar de uma infração penal *sui generis* e não de crime, e a terceira que entende que inobstante as penas não restritivas de liberdade se trata sim, de crime.

Bianchini (2013, p. 117) defende que tal conduta seria fato atípico, ou seja, não seria mais crime, nem tampouco contravenção penal, uma vez que o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelece que: “**considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção** e que contravenção penal seriam aquelas infrações penais a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas”. Desta maneira, não sendo apenado desta forma, pela definição do código penal não poderia se tratar nem de crime, nem de contravenção penal, constituindo assim situação de *abolitio criminis*.

Por outro lado, Gomes e Sanches (2007, p. 1) defendem que se trata de infração penal *sui generis*, dado que existe uma escolha do legislador em tipificar a conduta, porém falta punição compatível com as diretrizes do direito que classificariam este tipo penal no conceito de crime ou de contravenção:

[...] houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1.º LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não trata de crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*.

Finalmente, uma corrente majoritária compreende que, inobstante a não cominação de penas restritivas de liberdade predomina a escolha do legislador que incluiu a conduta na seção “Dos Crimes e das Penas” da Lei de Drogas de 2006. Sobre este posicionamento Mesquita Junior (2007, p. 35) leciona:

No âmbito internacional, a Resolução n.º 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas estabelece as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), o que foi decidido na 68.ª Sessão Plenária, de n.º 14.12.1990, marcando a vontade de evitar a pena privativa de liberdade e fomentar a busca de caminhos menos onerosos e mais eficazes que a prisão. [...] A pena restritiva de Direito constitui efetiva pena, a qual, nos termos do CP, é autônoma (art. 44, caput). Na época da edição da Lei n.º 3.914/1941, não se falava em pena restritiva de direito. Esta era concebida, no CP, como “pena acessória” (art. 67). A pena restritiva de direito, como a única possível, deve ser a regra, abandonando-se a cultura de que a prisão é a panaceia para todos os males.

Posição esta, adotada pelo Supremo Tribunal Federal conforme é possível observar no seguinte julgado:

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1.º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5.º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do

rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1.º e 5.º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, 2007, p. 516-523)

Contudo, tal escolha do legislador em considerar a conduta crime, porém puni-la de forma incomum, acabaram por suscitar diversas outras questões jurídicas sobre o tema, em especial no tocante à problemática da reincidência.

Assim, para a duração das penas (incisos I a III) conforme estabelecem os parágrafos 3.º e 4.º do art. 28 seriam as mesmas aplicadas por 5 meses para réus primários e por 10 meses para reincidentes. Nesta questão, se tem por entendimento de que se trata de reincidência específica, ou seja, no crime do art. 28, conforme é possível observar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Posse de drogas. Art. 28, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. Aplicabilidade àquele que reincidir na prática do delito previsto no *caput* do art. 28 da lei de drogas. Melhor exegese. Revisão do entendimento da sexta turma. Recurso improvido. 1). A melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando direcionados pelo *caput* do artigo a que se referem. 2). Embora não conste da letra da lei, é forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4.º do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 é a específica. Revisão do entendimento. 3). Aquele que reincide no contato típico com drogas para consumo pessoal fica sujeito a resposta penal mais severa: prazo máximo de 10 meses. 4). Condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das

penas do art. 28, II e III, da Lei n.º 11.343/06, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3.º do referido dispositivo legal. 5). Recurso improvido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, 2019, p. 1).

Por outro lado, compreende a jurisprudência, de que a condenação pelo crime do art. 28 da Lei de Drogas não tem o condão de caracterizar reincidência para outros crimes, uma vez que pelo critério da proporcionalidade não seria possível caracterizar a reincidência, pois esta não se aplica para infrações penais, cominadas com penas não restritivas de liberdade, de forma que mesmo sendo considerado um crime, seria desproporcional, devido às suas penas incomuns, que fosse considerado para fins de reincidência, conforme possível observar no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

*Habeas Corpus* substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvição ou desclassificação. Impossibilidade. Exame do conjunto fático-probatório incabível na via eleita. Condenação anterior pelo crime do artigo 28 da lei de drogas. Reincidência. [...] Desproporcionalidade. Pedido de aplicação da minorante prevista NO § 4.º DO Art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos. Regime aberto e substituição da pena. Viabilidade. Pena inferior a 4 anos e circunstâncias judiciais favoráveis. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício. [...] 3. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n.º 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar, em tese, reincidência. 4. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem

é punível com pena privativa de liberdade. 5. Nesse sentido, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n.º 1.672.654/SP, da relatoria da Ministra MARIA THEREZA, julgado em 21/8/2018, proferiu julgado considerando desproporcional o reconhecimento da reincidência por condenação pelo delito anterior do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. 6. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. No caso, tendo em vista que a reincidência foi o único fundamento para não aplicar a benesse e tendo sido afastada a agravante, de rigor a aplicação da redutora [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, 2018, p. 1).

Finalmente, uma das maiores críticas ao crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal está na subjetividade dos critérios utilizados para a caracterização do que se considera “consumo pessoal”. Embora o parágrafo 2º estabeleça que para se determinar se a droga apreendida era destinada ao consumo pessoal deve o juiz considerar o tipo da droga, a quantidade apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e os antecedentes do agente. Dessa forma, existe um inevitável critério subjetivo nesta ponderação.

Cumpra-se ressaltar que desde o advento da Lei de Drogas de 2006 o número de encarcerados pelo crime de tráfico aumentou brutalmente, demonstrando que a escolha do legislador em não apenar com prisão o crime de posse para consumo pessoal simplesmente levou ao enquadramento desta conduta, em muitos casos, como na do crime de tráfico, para se apenar o indivíduo.

Este aumento do encarceramento por tráfico de drogas pode ser observado no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de junho de 2014, no qual é possível perceber que 8 anos após a alteração legislativa que retirou a pena privativa de liberdade para o porte de drogas para consumo pessoal, o número de apenados por

tráfico de drogas aumentou significativamente. Carvalho (2016, p. 205) comenta sobre as estatísticas apresentadas no supracitado levantamento:

Em 2007 o tráfico de drogas representava 15% da população carcerária, sendo que os delitos de roubo simples e qualificado, e latrocínio atingiam 32%. Em 2011 há uma mudança substancial: o tráfico é responsável por 24,43% dos apenados, e o roubo simples e qualificado, e latrocínio decrescem para 28%.

De forma contraproducente, uma legislação que visava um tratamento mais humanitário do usuário de drogas, teve seu propósito corrompido, uma vez que a ampliação fática do enquadramento de usuários como traficantes, também implicou em penas mais severas devido ao recrudescimento das penas cominadas por tráfico de drogas em relação às cominadas na antiga lei de tóxicos, como é possível observar comparando-se os dois diplomas:

Lei n.º 6.368/1976 - Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, ou regulamentar; Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Lei n.º 11.343/2006 - Art. 33 Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Infelizmente, tal enquadramento de usuários como traficantes para que haja seu encarceramento, normalmente recai sobre as populações mais vulneráveis e marginalizadas, de forma que se corrompe a necessária máxima constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana e simultaneamente sabota as políticas públicas de saúde e



segurança ao corromper os dados sobre uso e tráfico no Brasil, os quais seriam necessários para a elaboração de políticas públicas adequadas à realidade.

### **3 DAS IMPLICAÇÕES DO CONSUMO DE DROGAS PARA A SAÚDE E SEGURANÇA PÚBLICA**

Antes de adentrar a questão envolvendo a constitucionalidade ou não do crime de posse de drogas para consumo pessoal, bem como as soluções propostas para a questão até o presente momento pela Suprema Corte ao discutir a matéria, é importante destacar algumas estatísticas pertinentes às áreas de saúde e segurança pública envolvendo o consumo de drogas.

Segundo o 3.º Levantamento Nacional Sobre o Uso de Drogas Pela População Brasileira conduzida pela FIOCRUZ em 2017 (o maior estudo do gênero realizado até o momento no Brasil), 3,2% dos brasileiros usaram substâncias ilícitas nos 12 meses anteriores à pesquisa, ou seja, aproximadamente 4,9 milhões de pessoas (FIOCRUZ, 2017).

Importante destacar que nem todo consumidor de drogas pode ser classificado como dependente químico. Enquanto o consumidor tem elevado grau de controle sobre seu consumo de forma que este não prejudique suas relações sociais e de trabalho, o dependente químico, por sua vez, tem parcela significativa de sua existência voltada ao consumo da droga, de maneira que é sua possibilidade de acesso à droga que dita como ele conseguirá funcionar socialmente e laborativamente, chegando ao ponto, muitas vezes, destas demais atividades serem totalmente suprimidas em função do uso da droga. Sobre a distinção entre usuários e dependentes comenta Costa (2009, p.2):

O dependente químico é caracterizado por sua procura constante pela droga, seja ela legal ou ilegal, pois não há diferença entre legal ou ilegal se já existe a dependência física da substância, nisso o caráter ilegal descrito nas leis punitivas de nossa sociedade apenas as classifica como permitidas ou não permitidas e não proíbem o consumo das que provocam dependência, pois não existe droga que não leve a dependência. É claro que os efeitos destas drogas vão variar de acordo com suas composições e reações características. Todo dependente químico já foi um dia um simples usuário de drogas, ou seja, apenas consumia drogas ocasionalmente, mas nem

todo consumidor se tornará dependente químico, porque para isso o consumidor precisa levar em consideração o tempo do consumo, o tipo de droga ingerida, seu próprio organismo se é ou não vulnerável a substância. O apenas usuário permanece consumindo sem mostrar sinais de dependência, a abstinência só acontece em quem é dependente químico, porque o organismo do dependente não consegue reagir sem a substância. O apenas consumidor pode até escolher o melhor lugar para o consumo, o melhor horário, já o dependente não consegue escolher a melhor hora nem lugar para consumir, porque tudo ao seu redor estar concentrado no consumo das drogas, para o dependente toda hora é apropriada para o consumo.

Tal distinção é particularmente importante porque, embora a maior parte dos usuários não seja dependentes químicos, isto não implica que eles não possam sofrer de problemas de saúde associados ao uso de drogas. A saber, o II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (Lenad), feito pela UNIFESP em 2012 acusava 1,2 milhão de dependentes químicos no Brasil, excluindo-se aqueles dependentes de bebidas alcoólicas e o tabaco.

De qualquer maneira, entre usuários e dependentes, os números do consumo de substâncias ilícitas são gigantescos, refletindo no incrível poder econômico do narcotráfico, o qual movimentava somente no Brasil, 17 bilhões de dólares por ano. O impacto do uso de drogas para o sistema de saúde público também é gigantesco: de 2005 a 2015 foram gastos R\$7,76 bilhões para custear tratamentos daqueles que consomem drogas ilícitas, período no qual se apurou 604.965 internações provocadas pelo consumo de drogas (SANTOS, 2020).

Em análise do supracitado estudo Rodrigues *et al.* (2019) comentam:

O aumento das taxas de internação pode estar relacionado ao crescimento do consumo de drogas pelas pessoas em geral, independentemente da classe econômica e da faixa etária. O aumento do consumo de drogas e a utilização de serviços de saúde vêm sendo relatados em diversos países. O Relatório Mundial de Drogas emitido em 2017 apontou para o aumento no consumo de *cannabis* na América do Norte e na Europa Central, e de cocaína na América do Sul. Uma pesquisa desenvolvida no Canadá identificou que os usuários de drogas utilizam com maior frequência os serviços de emergência hospitalar, aproximadamente de sete a oito vezes

mais que o restante da população. Um estudo de coorte conduzido na França detectou que 4% das hospitalizações por uso de drogas resultaram em morte ou em admissão em unidades de terapia intensiva, e elas foram principalmente associadas ao consumo de opiáceos, cocaína e narcóticos. Vale considerar ainda que usuários de drogas têm maior probabilidade de ser hospitalizados e passar por reinternações, devido à exposição à violência, acidentes de trânsito, *overdose*, desnutrição e ao risco de contrair infecções, tais como pneumonia, tuberculose e HIV.

Vale destacar que estes dados se referem a internações em que foi possível determinar diretamente a correlação entre o consumo de drogas e os problemas apresentados, todavia, se consideramos os diversos problemas ocasionados pelo consumo de droga, os quais podem acarretar debilidades físicas por muitos anos após o cessar do consumo, este número pode ser expressivamente maior.

Na questão de segurança pública o consumo de drogas também se apresenta como fator relevante no cometimento de crimes. Como referência em 2013, aproximadamente 70% dos processos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais relativos a crimes, apesar de não estarem diretamente relacionados ao tráfico, constataram que os acusados são consumidores de drogas ilícitas, inclusive, durante o cometimento dos crimes estavam sob efeito de alguma substância. Sobre a questão, comentou à época Eduardo Machado, desembargador da 5.<sup>a</sup> Câmara Criminal do TJ-MG, em entrevista ao Estado de Minas, Maakaroun, (2013, p.1) destaca que:

A maior parte dos homicídios, furtos, roubos e agressões contra mulheres enquadradas na Lei Maria da Penha está relacionada com as drogas. O problema é sério e atinge em cheio os jovens. Muitos dos condenados em primeira instância, quando julgado o recurso pelas câmaras criminais, já foram assassinados por tiro ou facada.

Assim, embora seja realmente muito difícil uma compilação adequada de estatísticas a nível nacional sobre o tema, a estatística mineira de 2013 aponta para um problema de segurança pública que extrapola o binômio tráfico-consumo em relação aos problemas criminais da questão das drogas, demonstrando que seu consumo se relaciona diretamente com uma infinidade de crimes dos mais variados tipos. Por sua vez, o consumo

de drogas é a razão para a existência do tráfico de drogas, o qual é atividade criminosa organizada envolvida em múltiplas violações de direitos humanos.

Assim como é incorreto acreditar que todo usuário seja dependente, também é incorreto eximir da responsabilidade pela existência do tráfico de drogas, enquanto organização criminosa com características transnacionais, os usuários não dependentes que conscientemente sabem que alimentam uma atividade relacionada a diversos crimes como tráfico de armas, tráfico de pessoas (em especial de mulheres para fins sexuais), tráfico de órgãos humanos e terrorismo.

Desde 2008 a Polícia Federal investiga conexão entre a organização criminosa brasileira Primeiras Comando da Capital (PCC), expoente no tráfico de entorpecentes no país, e o grupo terrorista Hezbollah sediada em Beirute no Líbano. Sobre a questão comenta Ferriche (2021, p. 1):

Nos últimos anos, os serviços de inteligência brasileiros reuniram uma série de indícios de que traficantes se associaram a criminosos de origem libanesa, ligados ao Hezbollah, organização com atuação política e paramilitar fundamentalista islâmica xiita, sediada no Líbano. Relatórios da Polícia Federal apontam que esses grupos teriam se ligado ao PCC, organização criminosa que atua nos presídios brasileiros, principalmente, nos de São Paulo. Os documentos mostram que os criminosos estrangeiros abriram canais para o envio de armas ao grupo brasileiro. Segundo o jornal O Globo, uma série de documentos revela que a sociedade entre o PCC e o Hezbollah teria começado em 2006, mas as provas só vieram dois anos depois, quando uma operação da Polícia Federal reuniu os primeiros indícios dessa parceria. Na época, envolvidos com o tráfico internacional foram presos.

Desta maneira, ante a visível correlação entre o consumo de drogas e problemas severos de saúde e de segurança pública cabe a reflexão do quanto discutir somente a problemática da criminalização do consumo no Brasil sem adentrar da criminalização da comercialização das drogas em si, é um exercício meramente doutrinário do direito, porém com pouca utilidade prática ante o impacto social da questão.

A descriminalização do porte para consumo pode atender ao respeito à dignidade da pessoa humana, considerando seu direito à intimidade, vida privada e

autodeterminação, contudo, trata-se de uma questão de direito individual, cuja esfera de aplicação será feita individualmente ante o caso concreto.

Por outro lado, políticas que repensem a comercialização de drogas não necessariamente irão estimular seu consumo, mas definitivamente irão minguar os recursos de organizações criminosas e poderão providenciar melhores e mais confiáveis estatísticas sobre o uso, o abuso e a dependência de drogas de maneira a ser possível também criar políticas de saúde pública e de segurança pública mais afinadas com a realidade. Sobre a questão, comentou João Paulo Becker Lotufo em entrevista à Rádio Senado, em 2019 à Agência Senado:

Se nós formos discutir isso do ponto de vista de saúde, é um grande problema. A gente sabe que, nos países que assim o fizeram, nós tivemos o dobro de usuários. Levando-se em conta a saúde, de cada 100, 30 são dependentes e um tem surto psicótico, se eu tiver 200 utilizando, eu vou ter 60 dependentes e 2 surtos (AGÊNCIA SENADO, 2019, p. 1)

Em relação à justificabilidade da medida adotada pelo legislador, cabe observar, inicialmente, que não existem estudos suficientes ou incontroversos que revelem ser a repressão ao consumo, o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. Pelo contrário, apesar da denominada “guerra às drogas”, é notório o aumento do tráfico nas últimas décadas. Por outro lado, em levantamento realizado em 2012 em cerca de 20 países que adotaram nas últimas duas décadas, modelos menos rígidos nos diz respeito à posse de drogas para uso pessoal, por meio de despenalização ou de descriminalização, constatou-se que em nenhum deles houve grandes alterações na proporção da população que faz uso regular de drogas. A comparação entre países pesquisados demonstra que a criminalização do consumo tem muito pouco impacto na decisão de consumir drogas (EASTWOOD; FOX; ROSMARIN; 2012).

No mesmo sentido, estudos publicados pelo Centro Europeu de Monitoramento de Drogas e Dependência (EMCDD), revela que a prevalência do consumo de drogas decorre de um conjunto muito mais amplo de fatores entre os quais a criminalização tem pouca influência (*ANUAL REPORT ON THE STATE OF THE DRUGS PROBLEM IN EUROPE* - EMCCDA, 2011).

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no RE 635659 SP, cita diversos estudos internacionais que não apontam para o aumento do consumo quando há a descriminalização do consumo de entorpecentes, ainda que se tratem de estudos relativamente recentes, não é difícil constatar que os dados disponíveis na época da edição da norma não indicavam, com razoável margem de segurança, a sustentabilidade da incriminação, conforme se observa das justificativas agregadas ao Projeto de Lei n.º 7.134/02, transformado na atual Lei de Drogas (MENDES, 2015).

Todavia, dado os precários dados sobre a real dimensão do consumo de drogas no Brasil, como foi possível perceber nas pesquisas mencionadas, estatísticas sobre uma atividade ilícita não costumam retratar com clareza a realidade, uma vez que somente representam uma pequena parcela que admite a atividade, é presa realizando a atividade, ou no caso em questão, tem problemas médicos diretamente relacionados.

Se a receita líquida de uma empresa multinacional como a *The Coca-Cola Company* foi de US\$ 10,04 bilhões no terceiro trimestre de 2021 a nível mundial, é de se considerar o volume necessário de consumidores para que o tráfico de drogas no Brasil movimentasse US\$ 17 bilhões de dólares por ano, em uma forte indicação que a estimativa de 4,9 milhões de usuários no Brasil é muito abaixo da realidade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O RE 635.659 DO STF**

Conforme anteriormente mencionado, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 430105 QO, em 2007, havia firmado entendimento de que a não cominação de pena privativa de liberdade no crime de posse de drogas ilícitas para consumo pessoal do art. 28 da Lei de Drogas não implicava na descriminalização da conduta. Todavia, em 2011, em razão do Recurso Extraordinário 635.659, a corte voltou a analisar a questão (RODIGUES; PAIVA, 2016).

O supracitado recurso extraordinário foi motivado pela insatisfação da Defensoria Pública de São Paulo com decisão pelo apenamento, nos termos do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, de usuário de drogas. Argumenta a defensoria de que a penalização do usuário fere seu direito constitucional à liberdade, violando direito da personalidade ao interferir em sua intimidade e vida privada.

Por se tratar de argumentos envolvendo matéria constitucional, ante a alegada violação de norma da Constituição de 1988 os que caracterizariam a inconstitucionalidade do crime de posse de drogas ilícitas para consumo pessoal, a matéria novamente deve ser



apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Desta forma, foi dada repercussão geral à questão: “Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Constitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. 3. Violação do artigo 5.º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão geral reconhecida” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF, 2012, p. 697-700). Até o presente momento, em agosto de 2021, somente o relator, Gilmar Mendes, e os ministros, Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin proferiram seus votos, todos no sentido de descriminalização da conduta, com maior ou menor grau de abrangência.

Em seu voto, Gilmar Mendes entendeu pela descriminalização da referida conduta e que deve ser declarada a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, afastando desta maneira, os efeitos de natureza penal do dispositivo, o qual terá natureza administrativa até a criação de legislação específica. Justifica para tanto que devido ao fato do art. 28 estar inserido no título da lei que trata das “Atividades de Prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas” não se pode equiparar o usuário ao criminoso, de forma que tal tratamento dado pela lei seria inconstitucional. Também ressaltou que, conforme seu entendimento, a conduta gera danos apenas ao usuário, de maneira a afastar a saúde pública como bem jurídico protegido deste tipo penal.

Por sua vez, o Ministro Luiz Roberto Barroso, compreendeu que a natureza da droga deve ser considerada para a descriminalização da conduta do art. 28, sendo somente a maconha descriminalizável e estabelecendo um critério quantitativo de 25 gramas para que a conduta não configure o supracitado crime. Ademais, incorporou para esta decisão os argumentos do voto do relator. Finalmente, o Ministro Luiz Edson Fachin também considerou pela inconstitucionalidade do art. 28 quanto à maconha, porém sem ressalvas ao critério quantitativo como o fez o Ministro Barroso.

Tais decisões se mostram particularmente perturbadoras, tanto por seu aspecto jurídico como de ordem social. Ora que, se a lei não faz ressalvas quanto ao tipo ou quantidade de droga para a tipificação do crime de posse de drogas para uso pessoal, e estando a maconha elencada como droga ilícita pela Portaria 344 da ANVISA, não cabe ao poder judiciário decidir por sua legalização, conforme bem aponta Nucci (2016, p.1):

Outro ponto essencial é incentivar, cultivar e encerrar com uma conclusão a *famosa* discussão em torno da *legalização* do porte de drogas para uso próprio. O debate oficial teve início em julgamento,

no Plenário do STF, já existindo três votos pela despenalização e/ou descriminalização do porte de maconha. No entanto, de nossa parte, cremos ser inviável que o próprio Pretório Excelso, por maior boa vontade que possua, estabeleça, sem lei, uma quantidade para ser considerada fato atípico (caso vença a tese da descriminalização ou despenalização total). Essa é uma tarefa do Legislativo, que *deve* exercitá-la de pronto, em face do caos instalado na interpretação diferenciadora entre o art. 28 e o art. 33.

Ademais, quanto à possibilidade de se considerar o crime do art. 28 da Lei de Drogas como inconstitucional por violar direito da personalidade ao interferir na intimidade e vida privada do usuário, sob o argumento de que o tipo penal em questão não protege a saúde pública, conforme defendido pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, deve ser também visto com ressalvas.

Mesmo que haja um conflito entre normas constitucionais, como o direito às convicções próprias, a liberdade, a intimidade e a vida privada, e o direito à vida, à saúde e à segurança pública; a técnica da proporcionalidade para se alcançar a solução mais adequada ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana não indica a prevalência de direitos e garantias individuais sobre os direitos sociais e coletivos. Pelo contrário, é notória a escolha de uma mitigação de direitos individuais em prol de direitos coletivos em respeito ao princípio da proporcionalidade pela jurisprudência.

Indicar que o consumo de drogas é problema de foro íntimo do indivíduo, nega os fatos cientificamente comprovados da danosidade de tal conduta para a saúde física e psíquica do usuário, e, muitas vezes de terceiros que com ele convivem, os quais tem peso significativo para o sistema de saúde pública. É também inegável que é o uso de drogas ilícitas que movimenta o tráfico ilícito de entorpecentes, contribuindo assim para um problema de segurança pública.

Frente à realidade é duvidoso considerar que o direito individual de entorpecer-se poderia predominar sobre o direito coletivo à vida, à saúde e à segurança. Contudo, caso haja uma escolha biopolítica para tal, cabe tal decisão ser feita pelo Poder Legislativo, sob elaboração de nova regulamentação sobre o consumo de drogas ilícitas na forma de lei, e não pelo Poder Judiciário.

Todavia, os reflexos dos votos proferidos até o momento no RE 635.659 SP já começam a ser percebidos nas decisões de tribunais pelo país, como é possível observar

no julgamento do **Processo 0602245-17.2018.8.04.0001**, no qual a juíza Rosália Guimarães Sarmiento da 2.<sup>a</sup> Vara Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes de Manaus/AM entendeu pela descriminalização da conduta ante a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 em sede de controle difuso de constitucionalidade.

1. **DISPOSITIVO:** por todas as razões supra elencadas, declaro, por sentença e *ex officio*, a inconstitucionalidade do Art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, de modo a afastar do retromencionado dispositivo legal os efeitos jurídico-penais deles decorrentes que poderiam (caso não houvesse a declaração de inconstitucionalidade) alcançar os denunciados (---) e (---). Considerando, todavia, que o § 7.º do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 não possui natureza penal, determino a expedição de ofício à Policlínica Governador Gilberto Mestrinho (avenida Getúlio Vargas, 341, Centro, Manaus/AM) para que disponibilize tratamento especializado aos nacionais supracitados, relativamente ao uso indevido ou dependência de drogas, nos termos dos artigos 20 a 26 da Lei n.º 11.343/2006 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS, 2017, p. 1).

No supracitado processo a juíza considerou que, assim como apontado pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 635.659 SP, a punição ao consumidor é desproporcional aos objetivos almejados pela Lei n.º 11.343/2006, quais sejam a prevenção e repressão ao tráfico de entorpecentes, inclusive servindo como óbice ao tratamento de usuários e dependentes químicos ao estigmatizá-los como criminosos.

Desta forma, extrapola a função de interpretação constitucional, as decisões sobre a matéria até o momento apresentadas, configurando clara invasão de competência legislativa pelo judiciário. Neste sentido, fica a lição do ilustríssimo doutrinador Cappelletti (1993, p. 74) “um bom juiz pode muito bem ser criativo, dinâmico, ‘ativista’ e patentear-se como tal, mas só um mau juiz agiria pelas formas e modos de um legislador; conforme penso, um juiz que agisse de tal maneira simplesmente deixaria de ser um juiz”.

Não cabe assim ao poder judiciário decidir por uma descriminalização restritiva da conduta de posse de drogas ilícitas para o consumo pessoal, e não deveria compreender pela descriminalização de forma alguma, quando o legislador claramente não o quis e frente uma realidade que comprova a necessidade da criminalização de tal conduta.

## 5 CONCLUSÃO

A conduta do porte de drogas para consumo pessoal, tipificada no art. 28 da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006) dada sua danosidade tanto para o usuário quanto para a saúde pública e para a segurança pública deve ser considerada como crime. Inobstante a acertada decisão do legislador de dar um tratamento mais humanizado do usuário de entorpecentes, cominando pena não restritiva de liberdade, não se pode deixar de ter em mente sua expressa vontade de tipificar tal conduta como crime.

O consumo pessoal de drogas ilícitas é causa de profundos problemas de saúde pública e de segurança pública, alimentando a cadeia nefasta do tráfico de drogas, o qual é gerador de violências profundas contra os direitos humanos em escala global. Assim, fica evidente a necessidade da criminalização desta conduta, adequando a pena à realidade de que o fim do consumo deve se dar pela conscientização e tratamento dos usuários, conforme a escolha feita pelo legislador na elaboração da Lei de Drogas de 2006.

As decisões proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 635658, até o presente momento, se mostram afrontosas ao princípio da separação dos poderes, se consubstanciando em verdadeira invasão de competência legislativa pelo judiciário e desrespeitoso à proteção à vida, à saúde e à segurança, preceituadas pela Constituição Federal de 1988, a qual os referidos ministros incumbiriam à guarda.

## 7 REFERÊNCIAS

ANNUAL REPORT ON THE STATE OF THE DRUGS PROBLEM IN EUROPE 2011. **European Drug Report**. 2011. Disponível em:

<<https://www.emcdda.europa.eu/publications/annual-report/2011>>en Acesso em: 03 mar. 2022.

AGÊNCIA SENADO. **Tráfico e violência**: uma relação íntima. 2019. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/trafico-e-violencia-uma-relacao-intima>> Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Código Penal - Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)> Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 03 set. 2021.

BIANCHINI, Alice. Art. 28 da Lei de Drogas. *In*: GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Cap. 3.

COSTA, Meirelúcia dos Santos. **Consumo de drogas e dependência química**: qual dos dois é o verdadeiro vilão para a sociedade? São Paulo: 2009. Disponível em: <<https://cchla.ufrn.br/humanidades2009/Anais/GT12/12.4.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTE, João Gabriel Desiderato. **Diferença entre porte de drogas para consumo e para tráfico**. 2021. Disponível em: <[https://joaogabrieldesiderato.jusbrasil.com.br/artigos/1172698937/diferenca-entre-  
porte-de-drogas-para-consumo-e-para-  
trafico#:~:text=O%20artigo%2028%20da%20lei,submetido%20%C3%A0s%20seguintes%  
20penas.%E2%80%9D](https://joaogabrieldesiderato.jusbrasil.com.br/artigos/1172698937/diferenca-entre-porte-de-drogas-para-consumo-e-para-traffic#:~:text=O%20artigo%2028%20da%20lei,submetido%20%C3%A0s%20seguintes%20penas.%E2%80%9D)>. Acesso em: 11 nov. 2021.

FERRICHE, Elisabel. Polícia Federal aponta elo entre facção brasileira e Hezbollah. **Rádio Câmara**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/444904-policia-federal-aponta-elo-entre-facao-brasileira-e-hezbollah>> Acesso em: 11 nov. 2021.

FIOCRUZ. III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira. *In*: BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro *et al.* (Org.). **III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/ICICT, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?** 2007. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/34439/posse-de-drogas-para-consumo-pessoal--crime--infracao-penal--sui-generis--ou-infracao-administrativa>> Acesso em: 11 nov. 2021.

MAAKAROUN, Bertha. **Crimes sob efeito de drogas sobrecarregam a justiça.** Estado de Minas. 2013. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/06/16/interna\\_politica,406360/crimes-cometidos-sob-efeito-de-drogas-sobrecarregam-a-justica.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2013/06/16/interna_politica,406360/crimes-cometidos-sob-efeito-de-drogas-sobrecarregam-a-justica.shtml)> Acesso em: 11 nov. 2021.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Comentários à lei antidrogas:** Lei n. 11.343, de 23.8.2006. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Guilherme Almeida Macau de; RODRIGUES, José Inácio Vilar Guimarães. **A natureza jurídica da conduta incerta no art. 28 da lei de drogas:** Apontamentos acerca dos institutos de despenalização e descriminalização. Disponível em: <<https://gmacau.jusbrasil.com.br/artigos/246913624/a-natureza-juridica-da-conduta-incerta-no-art-28-da-lei-de-drogas>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ROCHA, Alexandre Pereira da. **O estado e o direito de punir:** a superlotação no sistema penitenciário brasileiro: o caso do Distrito Federal. 2006. 194 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

ROSMARIN, Ari; FOX, Edward; EASTWOOD, Niamh. **A quiet revolution: drug decriminalisation policies in practice across the globe. Drugs, the Law and Human Rights** London: Release, 2012.

RODRIGUES, Thamires Fernandes Cardoso da Silva et al. Aumento das internações por uso de drogas de abuso: destaque para mulheres e idosos. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v. 68, n. 2, p. 73-82, 2019.



SANTOS, Thamires. Narcotráfico: Atividade ilícita e que acarreta problemas sociais. **Educa Mais Brasil**. 2020. Disponível em:  
<https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/sociologia/narcotrafico> Acesso em: 11 nov. 2021.

SILVA, César Dario Mariano da **Lei de drogas comentada**. 2ª ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **A nova lei antidrogas – Lei 11343/2006**. Niterói: Impetus, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio**. RE 635659 RG, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 08-03-2012 PUBLIC 09-03-2012 RT v. 101, n. 920, 2012, p. 697-700. Disponível em:  
<[https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/222184484/relator-vota-pela-descriminalizacao-do-  
porte-de-drogas-para-consumo-proprio](https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/222184484/relator-vota-pela-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo-proprio)> Acesso em: 03 mar. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário 430105 QO**. Relator(a): Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Julgado em 13/02/2007. 2007. Disponível em:  
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>> Acesso em: 03 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário 635659 RG**. Relator: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgado em: 08/12/2011. Repercussão Geral em: 09/12/2011. Disponível em:  
<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>> Acesso em: 03 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Especial 1771304/ES**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Julgado em: 10/12/2019. Publicado em: 12/12/2019. Disponível em:  
<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802638732&t\\_publicacao=12/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802638732&t_publicacao=12/12/2019)> Acesso em: 03 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Habeas Corpus 453.437/SP**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. Julgado em: 04/10/2018. Publicado em:

15/10/2018. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801352900&dt\\_publicacao=15/10/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801352900&dt_publicacao=15/10/2018)> Acesso em: 03 set. 2021.

THE COCA-COLA COMPANY. **Coca-Cola Reports Continued Momentum and Strong Results in Third Quarter;** Raises Full-Year Guidance. ATLANTA, Oct. 27, 2021. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/10/ganhos-coca-cola-3-trimestre-2021.pdf>> Acesso em: 03 set. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS. 2017. **Autos nº 0602245-17.2018.8.04.0001: sentença**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/juiza-antecipa-supremo-declara.pdf>> Acesso em: 03 set. 2021.

## AVANÇOS LEGISLATIVOS EM PROL DA DEFESA DA MULHER NA POLÍTICA

**EDUARDO LUIS GROSSO:**

Graduado em Direito. Pós Graduado em Direito das Famílias e das Sucessões. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP), atuante na Vara da Família e das Sucessões <sup>(1)</sup>.

### INTRODUÇÃO

A proteção aos direitos das mulheres se tornou digno de destaque, notadamente, a partir da década de 70 do Século XX, com o nascimento dos movimentos feministas, juntamente com diplomas internacionais que, partindo do entendimento de que a violação dos direitos das mulheres consiste em uma verdadeira violação aos direitos humanos, fez com que referido tema fosse digno de destaque na órbita interna, mediante a clara necessidade de previsão de uma lei que pudesse ser digna a tal função, qual seja, a proteção aos direitos das mulheres.

Mas, equivocava-se aquele que acha que é somente por meio da Lei Maria da Penha em que podemos perceber uma maior preocupação na defesa dos direitos das mulheres.

Assim, comprometidos com a importância do tema sem perder a objetividade que é peculiar, passaremos a análise do foco principal deste trabalho: *a especial proteção à mulher no âmbito da participação da vida política, por meio da análise dos avanços trazidos pela Lei nº 14.192/2021 e Emenda Constitucional nº 117 de 2022.*

### 1. A Lei nº 14.192/2021: um claro enfoque feminista

Como forma de tentar obstar a prática de violência contra a mulher no âmbito da política, de bom grado a promulgação da *Lei nº 14.192 de 2021*, que passou a estabelecer normas para prevenir, reprimir e combater a violência política contra a mulher, nos espaços e atividades relacionados ao exercício de seus direitos políticos e de suas funções públicas, além da previsão de normas para assegurar a participação de mulheres nos debates eleitorais e a tipificação da infração penal de divulgação de fato ou vídeo com conteúdo inverídico (ou falso) no período de campanha eleitoral.

Reza o artigo 2º de referida Lei: *que serão garantidos os direitos de participação política da mulher, vedadas a discriminação e a desigualdade de tratamento em virtude de*

*sexo ou de raça no acesso às instâncias de representação política e no exercício de funções públicas, oportunidade em que as autoridades competentes priorizarão o imediato exercício do direito violado, conferindo especial importância às declarações da vítima e aos elementos indiciários.*

De fato, conclui-se que a Lei nº 14.192/2021, além de objetivar coibir a violência política contra mulher, amplia o rol de proteção ditado pela Lei Maria da Penha, justamente pelo fato de referida situação (violência política) não constar, de forma expressa, em citado diploma legal.

### **1.1. A Lei nº 14.192 e o Código Eleitoral**

Como é sabido, o artigo 243 do Código Eleitoral enumera a proibição de alguns tipos de propaganda eleitoral.

Pois bem, por meio da Lei nº 14.192/2021, houve a inclusão do inciso X em referido artigo, *afirmando ser vedada a propaganda que gere discriminação da mulher em razão do seu gênero, cor, raça ou etnia.*

Ainda no âmbito do Código Eleitoral, o artigo 323, que tipifica o crime de divulgação de fatos inverídicos na propaganda eleitoral, houve a inclusão, por meio da Lei nº 14.192/2021, do inciso II, prevendo aumento de 1/3 (um terço) até metade *se o crime se o crime envolver menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia.*

Mas, sem dúvidas, considerando o escopo deste trabalho, uma das mais importantes alterações recai na previsão do crime eleitoral de violência política contra a mulher (CE, artigo 326-B). [2]

Muito embora possa ser praticado por qualquer pessoa, tendo, no entanto, a mulher como sujeito passivo, enquanto candidata ou detentora de mandato eletivo.

No entanto, de suma importância trazer à baila o recente entendimento do Superior Tribunal acerca da aplicação da Lei Maria da Penha e da proteção destinada à mulher, inclusive, ao transgênero, pedindo espaço para transcrever a notícia abaixo [3]:

Por considerar que, para aplicação da lei, mulher trans é mulher também, por unanimidade, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais. Os ministros entenderam que a Lei Maria da Penha pode sim ser aplicada no caso de uma mulher transgênero que era agredida pelo

pai. Neste caso, ela teve as medidas protetivas negadas sob a justificativa que a Lei Maria da Penha seria aplicável as pessoas do sexo feminino levando-se em conta o aspecto apenas biológico. O colegiado do STJ acatou recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo que foi contrário à decisão do Tribunal de Justiça paulista. Relator do caso, o ministro Rogério Schietti ressaltou que a Lei Maria da Penha não faz considerações sobre a motivação do agressor, mas exige apenas que a vítima seja mulher. Exige ainda, que a violência seja cometida em ambiente doméstico e familiar ou numa relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida. O ministro mencionou que o Brasil responde, sozinho, por 38,2% dos homicídios contra pessoas trans no mundo. Dados divulgados em janeiro pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais revelam que no ano passado foram 140 assassinatos no país. E, que pelo 13º ano seguido, foi o que mais matou transexuais e travestis. A decisão do STJ abre precedente para que outros casos semelhantes tenham o mesmo resultado.

Logo, por meio de referido entendimento jurisprudencial, e com respaldo de grande parcela da doutrina pátria, somos defensores da aplicação do crime previsto no artigo 326-B do Código Eleitoral também enquanto vítima mulher transgênero, dispensando-se, inclusive, qualquer questionamento acerca da necessidade ou não de realização da cirurgia de mudança de sexo, considerando o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema (**ADI 4275 e RE 670.422**).

No entanto, importante lembrar que para configurar o crime em exame, ainda contra vítima mulher ou transexual, *referida conduta típica deve ser praticada contra candidata ou detentora de mandato eletivo, tendo, inclusive, o Tribunal Superior Eleitoral afastado sua incidência nos casos de pré-candidata ou até mesmo para suplente, sob pena de analogia in malam partem, vedada no âmbito da cominação das penas, ainda que em sede de crime eleitoral.* [4]

Por fim, referido crime conta com causa de aumento de pena, exasperando-se a reprimenda *em 1/3 (um terço), se o crime é cometido contra mulher: I - gestante; II - maior de 60 (sessenta) anos; III - com deficiência.*

Ainda tratando dos avanços trazidos pela Lei nº 14.192 para fins de proteção da mulher no âmbito do Código Eleitoral, digno de nota as novas causas de aumento de pena para a calúnia, difamação e injúria eleitoral.

Afinal, a Lei nº 14.192/2021 alterou o artigo 327 do Código Eleitoral, acrescentando como causa de aumento de 1/3 (um terço) até metade, se o qualquer dos crimes é cometido *com menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia*.

Já no âmbito das agremiações políticas (ou partidos políticos), a Lei nº 14.192/2021 inseriu o inciso X no art. 15 da Lei nº 9.096/95, prevendo que o estatuto do partido político deve prover normas de *prevenção, repressão e combate à violência política contra a mulher*.

Nunca é tarde lembrar que no âmbito dos partidos políticos, *o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiu que as cotas de candidatos dos partidos políticos são de gênero, e não de sexo*.

Assim, de forma unânime, o TSE seguiu o entendimento do Relator Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho, definindo como deve ser preenchida a cota mínima de 30% de mulheres, exigida pela legislação eleitoral.

Referida decisão foi uma resposta a consulta feita pela senadora Fátima Bezerra (PT-RN), que elaborou 05 perguntas:

- 1) *Se a expressão "cada sexo" do artigo 10, parágrafo 3º, da Lei das Eleições se refere aos sexos biológicos ou aos gêneros;*
- 2) *Se a determinação de que o candidato deve "indicar seu nome completo" se refere ao nome civil ou ao nome social;*
- 3) *Se as urnas eletrônicas podem mostrar os nomes civis dos candidatos;*
- 4) *Se a expressão "não estabeleça dúvida quanto à sua identidade" se aplica à identidade de gênero;*
- 5) *E se os nomes sociais, mesmo os equiparados aos apelidos de que trata o artigo 12 da Lei das Eleições, podem ser usados nas candidaturas majoritárias e proporcionais, ou se apenas às proporcionais. [5]*

Portanto, pelo entendimento do TSE, em clara relação com o já definido no âmbito do STF e do STJ, os transgêneros devem ser considerados de acordo com os gêneros com que se identificam.

## **1.2. A Lei nº 14.192 e a Lei das Eleições**



A Lei nº 14.192 de 2021 também deixou os seus reflexos no âmbito da Lei da Eleições, isto porque, alterou o inciso II no art. 46 da Lei nº 9.504/97, prevendo que *nas eleições proporcionais, os debates poderão desdobrar-se em mais de um dia e deverão ser organizados de modo que assegurem a presença de número equivalente de candidatos de todos os partidos que concorrem a um mesmo cargo eletivo, respeitada a proporção de homens e mulheres estabelecida no § 3º do art. 10 desta Lei.*

O §3º do artigo 10 de referida Lei reza que: *do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.*

Sem dúvida é um claro avanço, além de uma cristalina oportunidade de que, no âmbito do Estado Democrático Brasileiro, as mulheres ganhem maior força, inclusive, na participação política, tanto por meio de sua participação enquanto candidatas de cargo eletivo, como por meio de debates políticos, expondo suas ideias, em claro reforço ao valor supremo da democracia.

## **2. A Emenda Constitucional 117 de 2022: mais uma forma de incentivo da participação da mulher na política**

Para encerrarmos o debate, não podemos deixar de abordar a recente promulgação da Emenda Constitucional 117/22, que representa uma ação afirmativa voltada à participação das mulheres no processo eleitoral. [6]

Por meio de referida Emenda, as agremiações partidárias (partidos políticos) devem destinar, no mínimo, 30% dos recursos advindos de financiamento público para as campanhas eleitorais às candidaturas de mulheres.

A par disso, referida mudança constitucional estabelece, ainda, a repartição de recursos de forma proporcional, considerando o número de candidatas mulheres, a partir do patamar mínimo de 30%.

Conforme informado em notícia publicada na Agência Senado:

*A emenda constitucional que promulgamos hoje tem vital importância para incentivar e promover a participação feminina na representação popular do Poder Legislativo e do Poder Executivo, tanto no âmbito da União quanto dos estados, do Distrito Federal e dos municípios — disse o presidente do Congresso Nacional,*

*senador Rodrigo Pacheco, que destacou a atuação das bancadas femininas do Senado e da Câmara para a aprovação da proposta.<sup>91</sup>*

Não pode passar despercebido que a EC 117 destina, ainda, o montante de 5% do Fundo Partidário para criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, a serem empregados de acordo com os interesses partidários.

Por fim, os partidos também devem reservar às mulheres, no mínimo, 30% do tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão.

Ainda que se entenda como baixo ou inexpressivo o percentual, considerando a grande valia e importância da mulher frente à sociedade e ao desenvolvimento, sem dúvida não pode deixar de ressaltar o avanço que referido diploma legal representa, isto se considerarmos o histórico de violência e opressão em que a mulher foi alvo em grande parte da história, sendo hoje, após batalhas e reforço a sua dignidade, capaz de alcançar tão grande espaço, recebendo especial proteção no Texto Constitucional, como mais uma oportunidade de expor suas ideias, em claro reforço ao valor supremo da democracia, podendo participar de forma cada vez mais efetiva da política.

## **CONCLUSÕES FINAIS**

Muito embora a gama proteção atualmente conferida à mulher, notadamente por meio da Lei Maria da Penha, em verdade, o viés de proteção não se limita as hipóteses de violência lá estabelecidas.

Logo, pelos liames que nortearam a confecção deste trabalho, sem dúvida a violência política também transborda sua incidência no âmbito de necessidade de proteção, atingindo, de forma clara, às mulheres, tanto no exercício do seu direito ao voto e à democracia, bem como da participação efetiva mulher no desempenho do cargo efetivo, hipóteses, aliás, em que não se encontra livre de abusos.

É neste palco que torna digno de destaque as mudanças previstas tanto pela Lei nº 14.192 como pela Emenda Constitucional 117, ambos os diplomas legais totalmente preocupados com a proteção e a participação efetiva da mulher.

Muito embora críticas doutrinárias, é bem verdade que referidas disposições devem ser vistas com aplausos, pois, além de realçarem a participação da mulher na sociedade e na política, demonstram a preocupação e a luta constante do legislador em reverter

---

91 Senado Federal. República Federativa do Brasil. Matéria disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/05/promulgada-emenda-que-garante-recursos-para-candidaturas-femininas>

qualquer cenário abusivo e lesivo de direitos digno de destaque por ainda fazer parte de nosso cotidiano.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Eduardo Luis Grosso. Assistente Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP)

[2] Código Eleitoral. Artigo 326-B: Assediar, constranger, humilhar, perseguir ou ameaçar, por qualquer meio, candidata a cargo eletivo ou detentora de mandato eletivo, utilizando-se de menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia, com a finalidade de impedir ou de dificultar a sua campanha eleitoral ou o desempenho de seu mandato eletivo.

**Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.**

[3] **Superior Tribunal de Justiça (STJ): STJ Decide que a Lei Maria da Pena também se aplica a mulher Trans.** Artigo na íntegra disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/justica/audio/2022-04/tsj-decide-que-lei-maria-da-pena-tambem-se-aplica-mulher-trans#:~:text=Por%20considerar%20que%2C%20para%20aplica%C3%A7%C3%A3o,ou%20familiar%20contra%20mulheres%20transexuais>> Acesso em 13 de abril de 2022.

[4] Tribunal Superior Eleitoral (TSE): (**Consulta nº 060106664, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 51, Data 14/03/2018**).

[5] CONJUR. Confira maiores detalhes da notícia em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/cotas-candidatos-sao-genero-nao-sexo-define-tse>.

[6] MIGALHAS. A Emenda 117 e o Fomento a Participação Feminina na Política. Disponível no portal do Migalhas. Confira em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/din%C3%A2mica-constitucional/363438/a-ec-117-e-o-fomento-a-participacao-feminina-na-politica>

[7] Senado Federal. República Federativa do Brasil. Matéria disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/04/05/promulgada-emenda-que-garante-recursos-para-candidaturas-femininas>.

## RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

**VALTER PONTES CASTELO BRANCO JÚNIOR:**

Graduando em Direito da Universidade de Gurupi  
- Unirg.

**VERÔNICA PRADO DISCONZI**

(orientadora)

**Resumo:** O presente artigo tem como função discutir a respeito da responsabilidade civil nas relações familiares e explicar o quanto o tema é de relevância na situação da sociedade moderna, com a finalidade de auxiliar as pessoas a valorizarem as relações familiares. A modernidade chegou com o intuito de fazer o ser humano se desprender dos conceitos passados e olhar o futuro de forma infinita, no entanto, essa ideia deve ser baseada em algum pensamento sólido da vida. A situação não é a pior, porém, temos que buscar a dissipação daquilo que faz mal ao matrimônio e a família como um todo. Os pontos abordados aqui são sobre família, casamento, divórcio, responsabilidade nas relações familiares, e o que o ser humano causa ao se desquitar de outro. O conflito gera consequências que devem ser analisadas de formas jurídicas. Trazendo visões sobre o tema nota-se que não se pode dizer que é uma tese fraca ou irrelevante, até porque, pretende-se defender as relações matrimônios e familiares daqueles que visam não se levar a sério a união de pessoas que formam a relação familiar.

**Palavras-chave:** Família. União. Divórcio. Responsabilidade. Relações.

**Abstract:** This article has the function of discussing civil liability in family relationships and explaining how relevant the theme is in the situation of modern society, with the purpose of helping people to value family relationships. Modernity has arrived in order to make the human being detach from past concepts and look at the future infinitely, however, this idea must be based on some solid thought of life. The situation is not the worst, however, we have to seek the dissipation of what harms marriage and the family as a whole. The points covered here are about family, marriage, divorce, responsibility in family relationships, and what the human being does when separating from another. The conflict has consequences that must be examined in legal ways. Bringing views on the subject is noted that it cannot be said that it is a weak or irrelevant thesis, because it is intended to defend the marital and family relationships of those who aim not to take seriously the union of people who form the family relationship.

**Keywords:** Family. Union. Divorce. Responsibility. Relations.

**Sumário:** *Introdução.* 1. Breves considerações sobre família, casamento e divórcio. 1.1. Família. 1.2. Casamento. 1.3. Divórcio. 2. Igualdade jurídica entre homem e mulher. 3. Dano. 4. Responsabilidade civil. 4.1. Pressupostos da responsabilidade civil. 4.1.1. Conduta humana. 4.1.2. Culpa. 4.1.2.1. Dolo. 4.1.2.2. Culpa estrita. 4.1.3. Dano. 4.1.4. Nexo de causalidade. 4.2. Responsabilidade civil contratual. 5. Evolução do casamento. 6. Responsabilidade civil nas relações familiares. 6.1. Dano em relação ao filho. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

O tema proposto tem gerado debates no âmbito jurídico nacional, pois com o desenvolvimento da sociedade, o matrimônio tem se modificado em relação ao que os contraentes mostram no seu decorrer.

As relações familiares se modificaram ao longo do tempo, e com isso o comportamento das pessoas em família passou a ser mais vulgar e chulo. Os padrões das gerações passadas foram deixados de lado, e assim, veio a nova geração quebrando paradigmas. O divórcio traz consigo o fim da relação matrimonial, e também, em alguns casos, a responsabilidade civil, não em decorrência do divórcio, mas sim do que gerou o fim da relação, os danos provocados ao outro cônjuge ou até mesmo aos filhos, trazem a responsabilidade civil para a discussão doutrinária e jurisprudência sobre o tema.

Com as decisões dos tribunais e pensamentos doutrinários, o presente estudo tenta contextualizar o que está apresentado para a responsabilidade no mundo jurídico, e ao final traz solução com base nos julgados e com fundamento em visões de doutrinadores renomados, como Carlos Roberto Gonçalves, Caio Mário Da Silva Pereira e outros, que pensam de forma clara sobre a responsabilidade civil em relação ao tema apresentado.

Assim, se faz necessário o presente artigo, para apresentar o problema, trazer o contexto, e dar uma solução adequada para a problemática jurídica.

## **1. Breves considerações sobre família, casamento e divórcio**

### **1.1. Família**

A família é a base da sociedade, e ela se consolida com o casamento. A família é a união entre pessoas que possuem laços sanguíneos, de convivência e baseados no afeto. Com a modernidade, o conceito se adaptou ao atual momento social e histórico, e quebrou-se o paradigma sanguíneo, e entre outras situações do direito de família.

De acordo com Farias et al. (2020): “Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepõem e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático e igualitário. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora”. Atualmente o conceito de família se adaptou a modernidade da sociedade, e com esse desenvolvimento, criou vários novos formatos de família.

## **1.2. Casamento**

O casamento civil é um negócio jurídico, solene e público, estabelece vínculo jurídico negocial entre duas pessoas, com o fim de estabelecer comunhão plena de vida, fidelidade recíproca, assistência mútua, regular a vida sexual, bem como o cuidado da prole.

Gagliano (2019) conceitua que o “casamento é um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida”.

Para Coelho (2020), o casamento é o “ato que institui plena comunhão de vida de duas pessoas, pacifica a concupiscência, legaliza as relações sexuais e as une em compromissos recíprocos de fidelidade, respeito e assistência mútua, bem como nos relativos à criação e educação dos filhos”.

O Direito Brasileiro no seu conjunto de normas dispõe que o casamento é uma união entre duas pessoas, a comunhão plena de vida em família, com base na igualdade de direitos e deveres, vinculando os cônjuges mutuamente como consortes e companheiros entre si, responsáveis pelos encargos da família.

O que assegura o Direito de Família, é a Constituição Federal, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado e o direito ao casamento. É o que está disposto no Código Civil Art. 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Exposto isso, temos a base do Direito de Família e do Casamento.

## **1.3. Divórcio**

O divórcio é o instrumento jurídico que decreta o fim do casamento. O cônjuge que queira se separar, conseguirá a dissolução do casamento através do divórcio. De acordo com o Art. 1.571 “a sociedade conjugal termina: IV - pelo divórcio”. As separações



têm vários motivos, porém, a mais comum, é a relação extraconjugal no decorrer do casamento.

Antes de 2010, era mais difícil se divorciar, tinha que se esperar em média, 2 anos até a separação de fato. Hoje, esse ato jurídico está bem flexibilizado, justamente, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, denominada “PEC do Divórcio”, modificando o § 6º do art. 226 da CF e determinando uma verdadeira revolução na disciplina do divórcio no Brasil. De acordo com o § 6º “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Portanto, o divórcio, seja litigioso ou amigável, pode ser realizado de forma rápida e prática, garantindo a liberdade de quem deseja se separar em curto prazo.

Segundo Gagliano (2019), “ao facilitar o divórcio, não se está com isso banalizando o instituto do casamento. Pelo contrário. O que se busca, em verdade, é a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que os integrantes da relação possam, de fato, ser felizes ao lado de outras pessoas”.

Dessa forma, a facilitação do divórcio vem para garantir a menor onerosidade, celeridade e garantia a vontades das partes. Não se obriga ninguém a permanecer casado com outro, mesmo se somente uma das partes queira o divórcio.

## **2. Igualdade jurídica entre homem e mulher**

Na sociedade antiga, o marido era o chefe, e a mulher submissa as vontades de seu marido. A Lei nº 4.121 de 1962, com o “Estatuto da Mulher Casada” diminuiu essa condição de submissão da mulher. Manteve o marido na chefia, porém, a mulher tinha o interesse igualitário em relação ao casal e filhos. Posteriormente, as mulheres conseguiram o direito de trabalhar e a autonomia econômica com o decorrer do tempo. Merece menção especial a ratificação pelo Brasil, por meio do Decreto nº. 4.377/2002 da “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação à Mulher”, reafirmando os direitos consagrados na Constituição da República Federal de 1988. A ratificação desta Convenção autoriza a denúncia a nível internacional dos casos de violação ocorridos internamente no Brasil.

Atualmente, não há mais distinção no ordenamento jurídico entre o homem e a mulher, sendo os dois iguais em direitos e obrigações, inclusive no que tange à chefia da sociedade conjugal. A Constituição Federal de 1988, no seu Art. 3º, dispõe que não haverá discriminação em relação ao sexo da pessoa humana: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu Art. 1.511 deixa clara a igualdade no matrimônio: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. E também o Art. 1.565: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Para Farias et al. (2020), “todavia, para além da simples previsão de igualdade substancial contida no ordenamento constitucional, é preciso que se promova, em cada interpretação jurídica, em especial no âmbito das relações de família, a adequação dessa isonomia aos casos concretos, impedindo que sejam resgatados, por via oblíqua, velhos dogmas e afirmações contrárias à igualdade, em flagrante violação do espírito constituinte”.

Assim, a igualdade hoje se faz presente em todo ordenamento jurídico brasileiro, garantindo uma estabilidade nas relações familiares. Homens e mulheres são iguais nos direitos e deveres, qualquer lide no que tange ao direito de família.

A fidelidade é o ponto a ser discutido no momento atual, os matrimônios estão mais perecíveis com o passar do tempo. O respeito ao ato solene praticado, não se perpetua ao decorrer da vida conjugal. Casamento é um negócio jurídico, onde há direitos e deveres. A partir de uma das partes não cumprir tais obrigações, nasce a responsabilidade, em decorrência do dano causado ao outro.

### **3. Dano**

O dano é Ato Humano que lesa um interesse individual. É dito no artigo 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Essa situação pode se interpretar que qualquer ato que cause lesão a outro, gera ao ofendido a pretensão para que seja reparado o dano, e para o autor, o pagamento de indenização devida. Se o dano é material ou moral, tem que se levar em conta o prejuízo causado, independentemente de sua forma.

Segundo a análise do artigo 186 do Código Civil por Pereira (2017), “por esse preceito fica estabelecido que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado. Existe uma obrigação de reparar o dano, imposta a quem quer que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo a outrem”.

Para Gonçalves (2019), “os atos ilícitos, por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem

efeitos jurídicos involuntários, mas impostos por esse ordenamento. Em vez de direitos, criam deveres”.

Assim, o ato danoso, cria uma obrigação de reparar o dano moral ou material, se possível, voltar ao estado anterior ao fato, ou compensar de outra forma a lesão sofrida. Se tratando de crime de dano moral, não se pode realmente voltar ao “status” normal, porém, se pode compensar a lesão psicológica.

#### **4. Responsabilidade civil**

A responsabilidade civil é um instituto do Direito Civil, que é a reparação, mediante indenização, pelo o ato de uma pessoa causar dano a outra. Azevedo (2019) nos dá o conceito de responsabilidade civil: “nós a diferenciamos da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano”.

O Art. 927 do Código Civil Brasileiro, dispõe sobre a responsabilidade civil e cita o ato ilícito: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

E de acordo com o Art. 186 do Código Civil Brasileiro: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E no Art. 187 do Código Civil Brasileiro: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Entendendo a definição da responsabilidade civil, constata-se então que as características desse direito é a reparação do ato danoso.

##### **4.1. Pressupostos da responsabilidade civil**

Os pressupostos da responsabilidade civil no Direito Brasileiro são quatro: conduta, culpa, dano e o nexa causal.

Pereira (2018) diz que “os elementos da responsabilidade civil, que na doutrina subjetiva são considerados conjuntamente, e que são outros tantos capítulos aqui subsequentes: 1) um dano; 2) a culpa do agente; 3) o nexa de causalidade entre o dano e a culpa”.

Para Tartuce (2019), “prevalece o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexos de causalidade; e d) dano ou prejuízo”.

Entendendo tais posições, acompanhando a maioria doutrinária de que os elementos da responsabilidade civil são 4: a) conduta; b) culpa; c) nexos de causalidade; e d) dano.

#### **4.1.1. Conduta humana**

É a conduta humana, omissiva ou comissiva, produzindo consequências jurídicas. A pessoa pode ou não realizar a ação, que vai interferir na vida do outro.

Tartuce (2019) comenta que a “conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno”.

#### **4.1.2. Culpa**

O conceito de culpa é único, embora possa acontecer de diferentes maneiras. Mas todas essas são apenas maneiras de descrever a violação de obrigações anteriores. Em cada falha, viola a lei e a ordem e representa um comportamento ilegal do ponto de vista jurídico.

Tartuce (2019) diz que “modernamente, quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, deve-se levar em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (culpa lato sensu), que engloba o dolo e a culpa estrita (stricto sensu). Vejamos tais conceitos de forma detalhada”.

##### **4.1.2.1. Dolo**

É a vontade de causar ao outro, o Ato Ilícito. Essa ação ilícita vem da própria intenção do agente e pode ser: fazer ou deixar de fazer.

Para Tartuce (2019) o “dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil”.

##### **4.1.2.2. Culpa estrita**

É cometer ato que gera a ilicitude, sem se querer tal resultado ilícito. O agente não quer violar tal direito ou dever, porem faz a ação e gera o dano.

Tartuce (2019) discorre que “a culpa pode ser conceituada como o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta”.

#### **4.1.3. Dano**

É a lesão física, financeira ou psicológica, causado de uma pessoa a outra, que fez ou deixou de fazer algo.

Gagliano (2019) diz que “o dano ou prejuízo como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

#### **4.1.4. Nexo de causalidade**

É o vínculo lógico entre determinada conduta e o dano suportado pelo agente. Conexão entre a ação e o resultado, essa ligação entre a causa e efeito, determina o nexos. O Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexos causal), na vertente da causalidade necessária.

Essa teoria está descrita claramente no Código civil, Art. 403: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Para Gagliano (2019) “esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.

#### **4.2. Responsabilidade civil contratual**

É o inadimplemento de obrigação prevista no contrato, uma das partes violou a norma contratual anteriormente fixada pelas as mesmas.

Gagliano (2019) comenta que “para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico”.

A responsabilidade contratual, que é a natureza jurídica do casamento, vem do contrato assinado pela as partes, um contrato bilateral.

O contrato vai regular os seus interesses particulares, de forma que fazem do contrato, lei entre eles. As cláusulas contratuais devem ser seguidas rigorosamente, o descumprimento do acordo, gera o dano, então vem a responsabilidade civil, para sanar tais danos.

## **5. Evolução do casamento**

Como já foi dito, o casamento é um negócio jurídico bilateral, onde as partes buscam a fidelidade (confiança), convivência no domicílio conjugal, assistência mútua, sustento, guarda e educação dos filhos, além do respeito e consideração mútuos.

Com a evolução da sociedade, os pensamentos e os sentimentos se modificaram. O ser humano ainda está se adaptando ao mundo moderno, e devido a facilidade a quaisquer informações que desejamos, as redes sociais, sites de pesquisas e aplicativos de relacionamentos, formam uma bolha social a parte do mundo físico.

A evolução social trouxe liberdade em vários pontos, e um destes pontos são as relações humanas, seja de simples afeto ou até mesmo sexual, tal desenvolvimento acarreta a banalização matrimonial. As redes sociais trouxeram as pessoas para mais perto uma das outras, a conectividade alcança lugares distantes e quase impossíveis de certa forma. É nesse contexto que está inserido o casamento.

O casamento acompanha a evolução social e se modifica por completo, com o empoderamento feminino e a união homoafetiva, além do casamento de pessoas sem idade núbil, extinção do crime de adultério, a união estável que é equivalente ao casamento em certas ocasiões e até mesmo a união de 3 (três) pessoas, chamado de "trisal". O divórcio atualmente não precisa de tempo determinado e nem anuência do outro conjugue. O ser humano está quebrando barreiras no direito ao matrimônio, porém, essas barreiras levam consigo conceitos e princípios basilares do casamento, a juventude traz consigo novas ideias e novos gostos, que não se tem limite. O direito tem que se adaptar as novas tendências dos comportamentos humanos na sociedade.

Tem se por base com o devido desenvolvimento social, que o casamento em tempos posteriores, será um instituto do direito de família, diferente do que se foi em décadas anteriores. O conceito não mudou, porém, as formas se atualizaram, criando liberdades que não existiam e agora se fazem presentes no mundo físico e no mundo jurídico.



O Estado com o passar do tempo, se adaptou para interferir o menos possível na vida privada, os cônjuges atualmente têm a livre manifestação da vontade.

Coelho (2020) discorre que “no passado, a interferência do Estado neste assunto era significativa, e a ordem jurídica, em razão de valores arcaicos sobre a família, impedia, por meio de condições temporais e formais, a livre manifestação da vontade de qualquer dos cônjuges de se desligar do vínculo matrimonial. No direito brasileiro da atualidade, esta interferência está limitada ao essencial, vale dizer, à preocupação com os filhos. Se não há filhos menores ou incapazes, os cônjuges podem se divorciar a qualquer tempo por mera declaração de vontade formalizada por escritura pública”.

Com esses fatos evolutivos, temos uma sociedade diferente de décadas atrás, que se modernizou e mudou os parâmetros do casamento e da família no mundo físico. Chamo a atenção ao “empoderamento feminino”, que faz com que as mulheres busquem melhorias pessoais, sejam elas, financeiras, estéticas ou psicológicas. Não necessariamente com o intuito de melhorar, mas para ser o que elas querem ser: independentes. Isso quebra um conceito muito latente de que o homem é a pessoa que manda no casamento e na família, e a mulher é submissa. Esse conceito mudou desde a Constituição de 1988 e o Código Civil 2002, mas no plano real da vida, está se modificando neste momento.

## **6. Responsabilidade civil nas relações familiares**

Relações extraconjugais são relações que acontecem fora da situação matrimonial. Quando há nessas relações a ligação com amor ou sexo, há então a traição. O ato de ludibriar o outro companheiro para se manter as relações além do casamento ou união estável, gera ao ofendido lesão a honra, que pode ser ressarcida com a compensação pela a outra parte.

A responsabilidade decorrente da traição é citada nas doutrinas, porém com algumas restrições. Não será toda relação que irá gerar a responsabilidade, depende da conduta e do dano causado. O mero aborrecimento ou o dissabor de uma separação não gera a responsabilidade ou dever de indenizar a outra parte devido uma decepção amorosa.

Coelho (2020) comenta que “deixou de amar; está no direito dele ou dela procurar novos rumos para a vida. Se o outro cônjuge não concordar com o divórcio amigável, também não pode ser responsabilizado aquele que, legítima e honestamente, busca readquirir a liberdade para experimentar novas vivências amorosas, acaso proponha a ação de divórcio com esse fundamento”.

Tem se então a ideia de que caso o conjugue faça a separação amigável não se pode falar em responsabilidade e nem se um dos companheiros cometer adultério e não expor o outro de alguma forma sobre a traição.

Entretanto, para Coelho (2020) “se um dos cônjuges manteve relacionamento sexual fora do casamento, mas foi sempre discreto e nunca deixou transparecer a traição a amigos ou conhecidos do casal, o adultério leva à sua condenação como culpado pelo fim da sociedade conjugal, mas não à responsabilidade por danos morais”.

Quando o cônjuge der causa ao divórcio e fazer com que o seu companheiro tenha dano moral pela traição, ao ofender a honra dessa forma nasce o dever de se reparar o dano causado pela a ofensa. Tem que se existir ofensa real para haver responsabilidade, assim a jurisprudência e os doutrinadores pensam.

O Superior Tribunal de Justiça já disse que admite indenização por dano moral: “O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação”.STJ - REsp 37051 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Nilson Naves - DJU 25.06.2001.

Segundo Pereira (2018) “no âmbito do casamento, para que se concretize a responsabilidade, é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa ao bem jurídico e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano porque o agente procedeu contra o Direito”.

Gonçalves (2019) comenta que se “provado, no entanto, que a separação, provocada por ato injusto do outro cônjuge, acarretou danos, sejam materiais ou morais, além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia (sustento, cura, vestuário e casa), a indenização pode ser pleiteada, porque legem habemus: o art. 186 do Código Civil”.

E Nader (2016) completa que “o descumprimento reiterado dos deveres gera não apenas causa para o pedido de dissolução da sociedade como, também, dependendo das circunstâncias, caracteriza o ilícito previsto no art. 186 do Códex, ensejando o pleito de indenização por danos morais. Estes se patenteiam, por exemplo, diante da humilhação a que se submete o consorte carente de recursos financeiros, tendo de apelar aos parentes, amigos ou vizinhos”.

O Código Civil no Art. 944 diz que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. E o Art. 1.573 que “podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério, VI - conduta desonrosa”. Dessa forma, o divórcio pode ser pelo o adultério e por uma conduta desonrosa.

Pereira (2018), tratando dos efeitos da ruptura da sociedade conjugal, afirmou: “Afora os alimentos, que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente”.

A Lei Nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977 (Lei do Divórcio) no seu Art. 19, já entende que quem causa a separação deve pagar pensão: “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”, porém, tem que se adicionar também a reparação de danos causados ao outro conjugue.

### **OFENSA À HONRA NA PRÁTICA DE ADULTÉRIO**

ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. OFENSA À HONRA. PRÁTICA DE ADULTÉRIO. NOTÍCIA DIFUNDIDA NA COMUNIDADE RELIGIOSA FREQUENTADA PELAS PARTES, MAS NÃO COMPROVADA PELOS DEMANDADOS. ATO ILÍCITO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$5.000,00 PARA CADA RÉU. RAZOABILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

**Apelação Cível nº 0001228-53.2015.8.19.0204 1ª Vara Cível Regional de Bangu da Comarca da Capital, Relator: DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA.**

### **OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO**

Direito de Família. Demanda indenizatória. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Inocorrência de prescrição. Incidência do art. 197, inciso I, do CC. Separação de fato que não permite a contagem do prazo prescricional. Alegação da apelante de que o recorrido violou os deveres conjugais e de que o adultério foi consentido. Ausência de provas que pudessem comprovar as alegações da demandada. Aplicação do art. 333, II, do CPC. Infidelidade conjugal, que por si só não gera dano moral. Peculiaridades relativas à infidelidade conjugal com o padrinho de casamento do casal e quebra da confiança do apelado, com omissão acerca da verdadeira paternidade biológica do filho nascido durante o casamento. Violação dos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos. Art. 1.566 do Código Civil. Dano moral

configurado. Dano material comprovado. Valor da compensação que deve ser reduzido para R\$ 20.000,00. Recurso parcialmente provido.

**Apelação Cível nº 0007742-78.2008.8.19.0006, 1ª Ementa Des(a).  
ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento:  
26/02/2014 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.**

O Precedente Citado na Apelação Cível nº 0007742-78.2008.8.19.0006, foi o REsp: 922462 SP 2007/0030162-4 - STJ. Que fala sobre Descumprimento do Dever de Fidelidade. Omissão Sobre a verdadeira Paternidade Biológica de filho nascido na Constância do Casamento. Dor Moral Configurada.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.

1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corrê parcialmente provido e do segundo corrê provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação,

arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios.

**STJ - REsp: 922462 SP 2007/0030162-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 04/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/05/2013.**

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. EXISTÊNCIA. DANO MORAL FIXADO. 1º AUTOR R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS) E 2º AUTOR R\$20.000,00 (VINTE MIL REAIS). SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO COM AMPARO NO ART. 557, "CAPUT", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL".

**0054497-47.2010.8.19.0021 - APELAÇÃO. Des(a). FLAVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES - Julgamento: 02/10/2013 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL.**

Existia ainda dois projetos de lei, **PL 2387/2015, Projeto de Lei, Autor: Pastor Franklin - PTdoB/MG; Apresentação: 15/07/2015; Ementa: Disciplina a responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais; acrescenta o parágrafo único do artigo 1.566, da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.**

E também a **PL 5716/2016, Projeto de Lei, Autor: Rômulo Gouveia - PSD/PB; Apresentação: 05/07/2016; Ementa: Acresce dispositivo à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil; Dados Complementares: Trata da reparação civil de dano em virtude de descumprimento de dever de fidelidade recíproca no casamento.** As duas encontram-se arquivadas, porem podem ser desarquivadas a qualquer tempo.

Com todos os entendimentos apresentados, se faz necessário no Direito Brasileiro a Responsabilidade Civil nas relações extraconjugais, para se ter a segurança jurídica em relação ao descumprimento do contrato por parte do outro que sofre a lesão. Criar um entendimento jurídico majoritário e que faça efeito no mundo do direito, é extremamente importante a todos, pois pode acontecer com qualquer pessoa, que tenha relação matrimonial.

## 6.1. Dano em relação ao filho

A matéria fica ainda mais delicada quando se trata de proteção ao direito e à personalidade de filhos menores.

Pereira (2018) coloca que “a Doutrina e a Jurisprudência têm admitido, inclusive, o ressarcimento por dano moral aos filhos; tratando-se de criança e adolescente e diante do comportamento lesivo dos pais, deverá ser estabelecida a ‘presunção de sofrimento’ para justificar o ressarcimento por lesões a direitos da personalidade”.

Venosa (2017) diz que “sustenta-se modernamente, com razão, que ofende a dignidade do filho não só a ausência de socorro material, como a omissão no apoio moral e psicológico. O abandono intelectual do progenitor com relação a filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral. Nesse diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano. É evidente que uma indenização nessa seara nunca restabelecerá ou fará nascer o amor e o afeto”.

O dano sofrido pela a criança em detrimento da separação dos pais, afeta a mesma pela a vida toda. A situação chega a ser irreparável, pois é a infância que se abala, a época mais frágil do ser humano, assim se entende que tem que se haver reparação civil sobre os danos causados quando pais abandonam lares ou separam de forma abrupta do outro conjugue e cria-se um mal-estar psicológico nos filhos.

### Conclusão

Exposto todas essas ideias, se trouxe os parâmetros do Código Civil e Constituição Federal, juntamente com as visões doutrinárias e decisões, que criam jurisprudência do assunto. O próprio Código Civil admite de forma subjetiva a reparação civil nessas situações, porém não se tem um dispositivo exato sobre o tema. Os entendimentos de tribunais e doutrinadores, nesse caso, devem ser vistos pela a perspectiva jurídica, como necessária para a sociedade, adequa as novas situações familiares e matrimônios, sem se perder das obrigações.

A responsabilidade está no Código Civil, para que o homem ou mulher se sinta resguardado e ao mesmo tempo pressionado sobre as relações de casamento e família, fazendo com que as uniões sejam pensadas e respeitadas por inteiro, independente de questões religiosas, mas sim sob o aspecto de contrato e deveres gerados pelos que convivem como um casal. O ser humano precisa do instituto familiar para se ter uma base sentimental, para se galgar coisas além de suas limitações. O que faz a pessoa se locomover e ter um propósito social é a família, são as relações familiares e afins. A família é o bem que o ser humano nasce e morre com, não há de se falar de homem sem família, sendo assim, deve ser resguardada de tudo aquilo que for contra esse instituto jurídico e social.



A sociedade se faz com famílias, e assim cria-se relações que formam o mundo como conhecemos. A família deve ser preservada, para que o homem, possa ter um sentido de vida.

### **Referências:**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil / Álvaro Villaça Azevedo. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AMARANTE, Aparecida. Dano moral entre cônjuges. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6107, 21 mar. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/80276>>. Acesso em: 5 abr. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5 [livro eletrônico] / Fábio Ulhoa Coelho. 2°. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 16 de maio de 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

EMENDA CONSTITUCIONAL N.66 DE 2010 CPC-557 PAR-1-A, Jurisprudência: SÚMULA TJ-39 PCD 70045892452, Data de Julgamento: 01/06/2012, Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson.; NETTO Felipe Braga. Manual de Direito Civil Volume Único - 5. Edição - Salvador: Ed JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Curso de direito civil, v.3: responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano.; Rodolfo Pamplona Filho. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família / Carlos Roberto Gonçalves. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em 16 de maio de 2021.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. / Paulo Nader. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil / Caio Mário da Silva Pereira.; Gustavo Tepedino. – 12. ed. Rev., Atual. e Ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RECURSO ESPECIAL N° 37051 - SP (1993/0020309 6). Disponível em:  
<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=51911&nreg=199300203096&dt=20010625>>. Acesso em 16 de maio de 2021.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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

## **CRIMINOLOGIA EXECUÇÃO PENAL: ETIQUETAMENTO SOCIAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

**LUDNE NABILA DE OLIVEIRA BARROSO:**  
Servidora Pública da Justiça Federal (SJTO)

**RESUMO:** No estudo, feito por intermédio de revisão bibliográfica, se verificou que o Direito Penal deverá ser chamado a agir apenas quando os meios menos gravosos não sejam suficientes o bastante para evitar a lesão ou dirimir o conflito e, nesse sentido, o presente estudo não olvidará a imprescindibilidade dos princípios constitucionais penais como sustentáculos materiais da previsão de bens jurídicos que serão tutelados pelas normas de Direito Penal. A tutela destes bens está fortemente atrelada aos princípios constitucionais, haja vista que, a partir do momento que o Estado intervém na esfera da liberdade do indivíduo, não pode descuidar-se das garantias limitadoras desta intervenção. Em sede de conclusão, ressalta-se que o direito deve aplicar as garantias constitucionais às normas penais, tanto à legislação como também na articulação de critérios mais objetivos nas decisões judiciais no intuito de promover o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e a segurança jurídica, o que evidencia a problematização da situação posta, em que o princípio da igualdade, que é objeto central na ideologia tradicional do Direito Penal é desmistificado, no qual, os crimes são atribuídos apenas a determinados sujeitos estigmatizados.

**Palavras-Chave:** Etiquetamento Social; Segurança Pública; Sistema Penitenciário.

### **1 INTRODUÇÃO**

O presente estudo possui o seguinte tema: Seletividade penal e sistema penitenciário. Contextualizando, a Constituição Brasileira assegura através do Art. 5º que todos os indivíduos são iguais perante a lei. A ideia de igualdade é propagada de forma que os cidadãos brasileiros pensem que a lei é igual para todos independente da situação socioeconômica, cor e religião, porém tal lei nem sempre parece ser observada pelo Poder Judiciário.

Seu objetivo geral consiste em apurar quais condutas são, de fato, punidas pelo atual sistema jurídico-penal, a fim de demonstrar a seletividade penal e se ela reforça a realidade discriminatória brasileira.

Por seu turno, seus objetivos específicos, bem explicitados no último capítulo do presente estudo, são: Interligar as condições individuais da pessoa humana com fatores criminalizantes; Revisar processos jurídicos que demonstrem a seletividade penal; Analisar

a manipulação das normas penais pela classe dominante sob a perspectiva da Criminologia Crítica.

## **2 TENDÊNCIAS PUNITIVAS DO DIREITO PENAL E A CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

O Estado, desse modo, seleciona o bem jurídico conforme os ditames da sociedade e da cultura na época da criação das leis visto que os bens jurídicos são conceitos mutáveis conforme os ditames de uma era. As construções teóricas que buscam legitimar a sanção de condutas danosas à comunidade buscaram refletir as necessidades reais da convivência social e, nesse passo, sempre se viram abalizadas histórica e politicamente.

Para se ter uma ideia exemplificativamente, o adultério, em outros tempos, até o ano de 2005, era previsto no Direito Penal, o qual estabelecia a proteção à fidelidade conjugal. Contudo, nos tempos modernos esse bem jurídico deixou de ser tutelado, visto não ser tão proeminente a ponto de merecer tal guarida. Portanto, a Constituição traça diretrizes para a proteção dos bens jurídicos, prevendo quais bens deverão ser protegidos. Caso contrário, a sociedade estaria à mercê de constantes modificações nos bens jurídicos, arriscando estar submetida ao arbítrio do legislador.

### **2.1 O BEM JURÍDICO PENAL SOB O ENFOQUE DA SELEÇÃO ESTATAL**

O Direito Penal, em linhas gerais, é área do direito público que cuida da aplicação das penas em desfavor dos infratores. Desse modo, busca defender os interesses da coletividade contra o arbítrio do indivíduo.

Asuá *Apud* Mirabete define que o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que o Estado possui com o fito de combater à criminalidade, por intermédio das sanções penais. Assim, o direito penal regula o poder punitivo estatal, prevendo crimes e punições para eles. (MIRABETE, 2017).

O objeto de proteção do direito penal é o bem jurídico, o qual poderá ser a vida, a propriedade, o honra, o bem estar físico e psíquico, entre outros. É no bem jurídico que resta comprovada a proteção advinda do direito penal (BECCARIA, 2013).

Assim, os bens jurídicos são diversificados em individuais, coletivos, estatais, concretos, abstratos, naturais, somativos, entre outros. O rol de bens jurídicos protegidos pelo Estado é bastante abrangente, de modo que cada proteção a determinado bem estabelece uma punição distinta, seguindo a proporcionalidade entre a pena e o dano causado, nos termos da Lei Penal em vigor.

Nem todos os bens jurídicos são penalmente protegidos (CAPEZ, 2017). Mas, apenas, os mais proeminentes. Assim, outros ramos do direito, tais como civil, comercial,

entre outros, poderão estabelecer bens juridicamente tutelados. Ocorre que apenas delimitar o bem jurídico não traz eficácia para a diminuição da criminalidade, e tal comprovação se vem desde a antiguidade.

## 2.2 CORRENTES PUNITIVAS DO DIREITO PENAL

O direito penal atual possui diversas tendências, às quais variam conforme a escola doutrinária adotada. Entre essas correntes, se destacam as seguintes: Direito Penal mínimo; Direito Penal Máximo; Direito Penal abolicionista, Direito Penal do inimigo. Conforme se verá, essas correntes são totalmente distintas entre si, o que demonstra os vários posicionamentos dos teóricos das ciências criminais.

O Direito Penal mínimo se caracteriza pela mínima intervenção do direito penal na vida da sociedade. Deverá ocorrer apenas quando outras medidas não se fizerem eficazes. O direito penal mínimo busca proteger o cidadão contra as atitudes unilaterais do Estado, na tutela de bens jurídicos menores, de modo que nem toda ofensa possa acarretar privação de liberdade. Sua preocupação torna-se relevante quando se vê delitos de menos potencialidade a ordem pública serem imputadas por todo aparato do Estado sem necessariamente uma eficácia. Nesse sentido o valor do bem jurídico definiria a aplicação ou não do aparato jurídico do Estado (BITENCOURT 2014).

No Direito Penal máximo, ou de Lei e Ordem, credita ao direito penal a tutela de todas as mazelas da coletividade. Desse modo, o direito penal deverá, em primeira e última instância, regular as relações entre as pessoas.

Conforme Rogério Greco (2018), os meios de comunicação são os que mais influenciam a doutrina da lei e ordem. O autor ressalta que a mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Assim, em uma verdadeira modernização dos suplícios, já explicitados alhures, a mídia popularizou nas últimas décadas às críticas ao direito penal bem como defende o endurecimento das leis penais.

Em linhas gerais, o Direito Penal do Inimigo busca impor severas penas, bem como reduzir direitos e garantias do réu, considerado como inimigo do Estado, para estabelecer a segurança. Atualmente, nos Estados Unidos da América após o afamado 11 de setembro, o Direito Penal do inimigo surge como uma teoria abraçada pelos políticos e autoridades, que não medem esforços para combater o terrorismo pela máxima: "os fins justificam os meios". De acordo com Jakobs, o Direito Penal do inimigo se caracteriza pelo adiantamento da punibilidade no sentido de buscar punir o fato futuro. Busca ainda a

aplicação de penas desproporcionais com a conduta, reduzindo garantias processuais a tais inimigos. (JAKOBS, 2012).

O Direito Penal abolicionista é uma corrente teórica que ganhou força a partir da década de 60, época posterior à Segunda Guerra Mundial, com a eclosão de movimentos sociais e estudantis. Edson Passeti (2018) ensina que o abolicionismo surge a anarquia das penas visto que nessa corrente é defendida abolição de sanções penais. Sua crítica repousa na impossibilidade do sistema penitenciário cumprir com o seu papel, de modo que a prisão não ressocializa, mas transforma o criminoso em alguém, na maioria dos casos, pior. Destacam também que nem todos os criminosos irão para a cadeia e que a impunidade reina.

Destaca-se que além da abolição das penas, o abolicionismo defende a queda de todo o sistema penal, visto que o Estado, com suas polícias, juízes, promotores, entre outros, não consegue conter a criminalidade. Em suma: se o sistema não funciona, então que seja banido do ordenamento jurídico.

A esse respeito vale destacar um conto de Franz Kafka (2010), chamado a *Muralha da China*, onde os construtores se alegram de sua grande obra sem notar as brechas na muralha, onde os maiores saqueadores entram. Em suma: a muralha de nada serve, assim como as prisões.

### 2.3 CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL

Diante de uma legislação intensa do Direito Penal no Brasil, reconhecendo delitos e tentando aplicar suas penas, tem se a tendência de pensar que a criminalidade deveria estar controlada.

Assim como surgiu a corrente contratualista, para tentar delimitar o poder do aparato Estatal no direito penal, levando em conta principalmente a liberdade do indivíduo, surge também uma outra discussão. Essa bem mais abrangente sendo a criminologia. De forma sucinta Criminologia estuda todo o meio em que o "criminoso" vive. Ela tem como finalidade reunir todo contexto do fato criminoso e não apenas o crime em si. Ela leva em conta o delito, o delinquente, a vítima e o controle social. Assim a criminologia deveria ser o alicerce da elaboração da legislação criminal. No Brasil vemos essa discussão mais no âmbito das investigações criminais, o que é relevante também. Mas sua aplicação, no que tange seu estudo, deveria ser muito mais na elaboração da prevenção do crime (PEREIRA, 2018).

Num breve contexto histórico temos a sociologia criminal já lembrada desde Platão, que reconhece a questão das diferenças sociais para o agir da condição humana. A criminologia começou a ganhar maiores proporções com a Escola Clássica, sendo que na



idade média com a influência do poder político da igreja a delinquência é abordada através da filosofia escolástica e da teologia, que influenciaram diretamente o direito penal.

Os italianos Garofalo, Lombroso e Ferri elevam a discussão em torno da criminologia. Com a Escola Positiva esses nomes são a expressão da época. Para Garofalo o termo criminologia carregava consigo a pesquisa antropológica, sociológica e jurídica. Sendo a Criminologia a ciência da criminalidade, delito e pena. Em sua tese, Lombroso faz relação de primatas com criminosos. Seu livro "O homem delinquente", de 1876, utiliza bastante os estudos de Darwin. A obra retrata o delinquente e o delito, como se fosse uma herança da idade selvagem, o ativismo e o delito é uma consequência dessa formação física e moral do criminoso. Levava mais em conta o contingente pessoal, do que, os fatores endógenos. Ele deu grande valor as formações cranianas, classificando em fosseta occipital, braquicéfalo, placiocéfalo, e examinou as deformidades fisionômicas como se fossem a comprovação de sua tese (CAPEZ, 2017).

Com a teoria de Ferri começa a encorpar o conceito de criminologia que se difunde hoje, levando em conta os meios em que o delinquente vive. Seu trabalho representa uma diretriz sociológica do positivismo, sendo ele considerado o "pai da moderna sociologia criminal". Segundo ele leva se em conta o trinômio causal do delito, composto por fatores antropológicos, sociais e físicos. A repercussão de Cesare Lombroso disseminada até os dias atuais, quando é muito lembrado por tentar fazer o delinquente ser nato. Fora que nesse período os doentes mentais também eram tratados como criminosos. Com a Escola Francesa de Lyon temos uma crítica aos trabalhos de Lombroso, sendo que ela se baseia no fato do delinquente ter um vírus o qual se desenvolve apenas de seu ambiente for favorável, ou seja a predisposição pessoal e meio social fazem o criminoso (GRECO, 2018).

Pode se elevar críticas aos autores acima, mas há se respeitar a proposta de suas teses, que foi se difundindo e incorporando outros olhares em torno da criminologia. No final do século XIX a criminologia surge como uma causa do sistema capitalista, apregoando que no regime socialista a criminalidade diminuiria. Já mais recente tem se a escola de Chicago, onde a Criminologia abandona o paradigma até então dominante, do positivismo criminológico e gira para as influências que o ambiente, e no presente caso, que as cidades podem ter no fenômeno criminal, o que pode ser chamado de teoria ecológica. Algumas correntes confrontam não aceitando ou diminuindo o valor da criminologia no âmbito penal e vice versa (DELMANTO, 2017).

Isso tudo reforça a ideia de que ambos deveriam se apresentar juntos, mesmo sendo o direito penal como ciência normativa do delito e criminologia ciência natural sobre o fenômeno criminal.

### 3 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO: UM REFLEXO DO ETIQUETAMENTO SOCIAL

É notório o fato de que o sistema penitenciário não ressocializa. Pelo contrário, exclui-se o delinquente de qualquer forma de ressocialização. A princípio, nos primórdios, a concepção era de extinguir o infrator. O fundamento da pena era esse. Depois, a pena passou a ser um fim em si mesma, como um castigo; depois como um castigo com intuito de “fazer pensar” e voltar para a sociedade com a tal ressocialização, mas atualmente o que temos é um anseio pela pena eterna. Objetiva-se apenas a exclusão do delinquente na sociedade.

Tendo em vista posição assentada por parte da doutrina de que o ponto de partida para a criação de normas incriminadoras de condutas é a proteção aos bens jurídicos fundamentais. Partindo dessa premissa, indiscutível é a relevância do estabelecimento de critérios claros e coerentes para a delimitação de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, cumprindo sempre atentar para o preconizado na Carta Magna no tocante ao tema.

A determinação precisa de parâmetros para a tutela penal de bens jurídicos é imprescindível para não se perder de vista o verdadeiro sentido e função do Direito Penal, qual seja, servir de *ultima ratio*, pois que, antes da aplicação do mencionado diploma sancionador, a proteção deverá ser feita pela família, escola, religião e demais vias de controle social, além do Direito.

#### 3.1 NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

Há uma vasta discussão sobre a natureza jurídica da execução penal, se esta seria administrativa, jurisdicional, e ainda se abrange os dois poderes. Existindo divergência tanto na jurisprudência quanto na doutrina, desta maneira esta discussão é relevante pois a execução penal consiste interferência tanto no poder judiciário quanto no poder executivo, ou seja, possuindo regras de direito processual e de direito administrativo.

Atualmente a doutrina majoritária, como Távora por exemplo, discorda deste posicionamento, defendendo que por mais que haja interferência administrativa, a execução penal possui preponderantemente natureza jurídica jurisdicional. Desse modo, ante a natureza jurídica híbrida da execução penal, pensamos que o processo executivo criminal tem natureza jurisdicional e, secundariamente, administrativa (TÁVORA, 2014).

Este posicionamento consegue respaldo na própria Constituição Federal, que dispõe que todo incidente ocorrido na execução pode ser apreciado pelo poder judiciário. De tal forma o fato do preso ser sujeito de direitos e deveres, existe a possibilidade da análise jurisdicional dos incidentes da execução.

Destaca-se que a execução penal, dá-se tanto ao preso provisório quanto ao preso definitivo, sendo a execução provisória em sede de prisão cautelar, cabendo ao preso provisório e, execução definitiva ao preso em que já existe uma condenação transitada em julgado a ser executada. O Poder Executivo e o Poder Judiciário deverão em sede de execução penal resguardar a finalidade da pena e os direitos e deveres do apenado, na medida de suas competências.

### 3.2 A PENA E SUA FINALIDADE

O Código Penal Brasileiro, dispõe em seu artigo 32, as espécies de penas admitidas no âmbito do direito penal brasileiro, que *são*: "As penas privativa de liberdade; Restritivas de direitos e de multa".

A pena de multa, é um valor no qual o juízo da execução penal determinará a elaboração dos cálculos e intimará o apenado para pagar o valor da multa, não cumprindo e tornando-se inadimplente, será feita a execução pelo juízo cível competente.

A pena deve assegurar ao preso o respeito à integridade física e moral, assim como dispõe a Constituição Federal. É que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, e proporcional (BECCARIA, 2013).

A pena privativa de liberdade, dá-se quando o indivíduo fica à disposição do Estado, em um estabelecimento penal, a fim de cumprir o mal que foi feito a sociedade e, de ressocializar-se. Sendo está a estudada no presente trabalho. A teoria absoluta, destaca que a pena tem finalidade específica de retribuir ao criminoso o mal praticado à sociedade. Na teoria em comento, a pena é apenas uma vingança do Estado. Não possuindo qualquer outro tipo de preocupação com a pessoa do criminoso, sequer com a sua reinserção social, tem finalidade apenas de devolver o mal que outrora cometido por ele para com a sociedade, e busca restabelecer a ordem jurídica violada.

A teoria relativa ou preventiva da pena, envolve a prevenção, procura evitar o acontecimento de novas infrações penais. Para essa teoria, a pena não é vista como castigo como na teoria comentada anteriormente, não possuindo, portanto, a pena uma justiça estatal em troca do mal praticado, mas aplica a pena em função de fazer com que a sociedade presencie o sofrimento do delinquente e se intimide para não cometer crimes. Portanto, quem cometeu crime servirá como exemplo, para que a sociedade sinta medo e não cometa crime.

Essa prevenção divide-se em prevenção geral e especial, sendo ainda prevenção geral positiva e negativa e prevenção especial positiva e negativa. A teoria da prevenção geral, tem como alvo a sociedade. A crítica existente em relação a teoria preventiva geral, está na intimidação social, uma vez que o ser delituoso pouco vem a se constranger em relação aos hábitos infracionais, tornando-se difícil prevenir ou fazer com que não volte a cometer atos criminosos por medo da pena. Em relação a prevenção negativa, procura aterrorizar a população, para não cometer crimes. Tem denominação geral por se destinar a sociedade e não ao criminoso. Essa corrente defende ser a pena instrumento de segurança para a sociedade, fortalecendo o ordenamento jurídico, pois caso ocorra violação as punições serão severas (MIRABETE ,2017).

Sobre a prevenção geral positiva pode-se destacar a eficácia e existência do direito propriamente dito. Deste modo, a pena nada mais é que à norma penal vigente. Existindo uma norma, deve esta ser obedecida. Neste caso o enfoque é o direito penal como lei, e não como pena. Ou seja, existe para reafirmar o direito e conscientizar a sociedade de que as leis devem ser respeitadas.

Preocupando-se ainda em transmitir valores morais e éticos à sociedade, tendo por tanto como foco a integração social. Esta consiste em introduzir o delinquente na sociedade com a finalidade de ensiná-lo o padrão que deverá viver, seguindo normas gerais e específicas. Quanto maior for a reinserção do criminoso na sociedade, melhor será para que ele, volte a ter uma estabilidade na hora de conviver em comunidade, de forma que o delinquente volte a entender que tem que seguir as normas em que a sociedade impõe, assim como respeitá-la e respeitar-se.

Já a teoria da prevenção especial tem como objeto o indivíduo, existindo a pena como forma de prevenção, para que este não cometa mais crime. Tendo como finalidade a ressocialização do apenado. (BITENCOUT, 2018). Esta teoria busca prevenir novos fatos criminosos do apenado. Não possuindo, portanto, característica de fazer com que o que cometeu crime pague pelo mal praticado, mas se preocupa com a ressocialização do indivíduo encarcerado.

Deste modo, a prevenção especial, não cuida em simplesmente prevenir o indivíduo pela intimidação, mas por meio da ressocialização também. Tendo como característica o lado negativo, que intimida o infrator e o positivo que ressocializa o criminoso. Como dito anteriormente a teoria da prevenção especial subdivide-se em negativa e positiva (RODRIGUES, 2019).

Na prevenção especial negativa, o foco é a proteção da sociedade, por meio de paralisar o indivíduo, para não cometer novos delitos. Ou seja, excluindo aquele que

praticou crime, isolando-o no cárcere, pois assim ele estaria impossibilitado de cometer novos crimes.

A prevenção especial positiva, tem o objetivo de ressocializar o apenado. Sendo assim, a pena seria como a cura de uma doença, no caso o crime. Partindo de uma medicina social, para buscar reintegrar o apenado ao convívio social (MIRABETE, 2017).

Mas a prevenção especial, consiste em algumas lacunas, uma vez que o cuidado individual, pode fazer com que o criminoso que cometeu um crime leve, fique encarcerado além do tempo, pois o período para a reinserção social pode ser maior que o período que possa durar a pena de uma infração leve. Ferindo o princípio da proporcionalidade, assim como os direitos humanos, pois o direito de ir e vir do condenado estaria nas mãos do Estado, que deve decidir se aquele criminoso está reeducado ou não. De outro lado poderia comprometer-se ainda mais, podendo soltá-lo antes, existindo ainda uma insegurança na garantia de que não vai mais praticar um crime. Ainda existe uma corrente minoritária que defende que a ressocialização é apenas princípio geral da execução penal (TÁVORA, 2014).

Deste modo, sendo seguido tal posicionamento, a ressocialização serviria apenas para reinserir o delinquente a sociedade, deixando de lado o interesse em que o condenado não seja reincidente. A teoria mista é uma combinação das teorias absoluta e relativa, mas também possui aspectos distintos.

Tem finalidade de retribuir ao apenado o mal que foi praticado, bem como a prevenção da realização de novos atos delituosos e de desmotivar as pessoas ao cometimento de crimes. Possuindo, portanto, três aspectos: prevenção geral, prevenção especial e retribuição. Sendo esta a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, que dispõe em seu artigo 59, caput, que será aplicada a pena de modo suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Conforme o referido artigo, a pena será tanto para reprovar por meio da punição como para prevenir o crime, de forma a misturar os dois objetivos, pois ao existir uma consequência para ato que descumpra a norma, tem-se a ideia de que a sociedade não vai praticar, sendo esta uma forma de prevenção (DELMANTO, 2017).

A Lei de execução penal, nº 7.210/1984, também trata da temática, como no artigo 10, que diz respeito a prevenção, estabelecendo o aludido dispositivo que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Deste modo, é dever do Estado, tornar o indivíduo criminoso apto a retornar ao convívio social, ou seja, socializá-lo, e com foco ainda em prevenir o crime.

O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres de Brito, por meio de decisão de solicitação de *habeas corpus*, aparelhada com pedido de medida liminar, deixou claro que o posicionamento da Suprema Corte é que a pena deve ser aplicada tanto com o efeito de retribuir quando o de prevenir.

Ao seguir este entendimento a pena retribui ao infrator o mal cometido anteriormente, observando a sua culpabilidade e respeitando o autor por intermédio da ressocialização, assim como já foi citado na prevenção especial positiva. O vestígio da prevenção geral negativa é de fato visto, uma vez que é usada a intimidação da sociedade, neste ato representado pelo apenado. De outro modo a prevenção geral positiva também aparece, ao mostrar à sociedade o quanto a norma penal é eficaz, para cada ato criminoso, existe uma pena na qual é cumprida.

A teoria unificadora busca equilibrar o direito penal e a dignidade da pessoa humana, atendendo também a sociedade no que se espera de segurança e paz social.

Já para as teorias mistas (ecléticas), fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, e tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção (MIRABETE, 2017).

Desta forma, a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, busca prevenir novos delitos, remoldando o apenado para que ao sair procure seu sustento de forma digna e não volte a delinquir. Visa mostrar à sociedade e ao preso que para cada ato criminoso existe uma forma de punir, aqui estudada como pena. Busca fazer com que aquele que delinuiu, no momento do cárcere aprenda que as normas em sociedade devem ser cumpridas, e fazer com que no íntimo dele, seja criado uma nova visão do modo de viver, capacitando em cárcere através do trabalho, esporte, educação, para que ele volte sem quaisquer restos de comportamento criminoso, e com convicção de que existe punição.

### 3.3 ETIQUETAMENTO E SELETIVIDADE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

De início necessário trazer alguns dados significativos sobre o sistema penitenciário pátrio. Segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em junho de 2020 a reincidência varia entre 60% e 70% (DEPEN, 2020). Decerto a reincidência é um dos fatores mais nítidos que causa o hiperencarceramento haja vista que na medida em que os presos vão e voltam para o sistema penitenciário, fazem se somar com os presos novos que também passam a ser reincidentes em um círculo vicioso.

Obviamente, deve-se considerar que aspectos externos, a despeito de fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, refletem diretamente no índice de criminalidade



e, conseqüentemente, na lotação dos presídios. Aliás, é fato que a grande massa carcerária no Brasil se constitui de indivíduos oriundos das classes sociais menos favorecidas, ou seja, já marginalizados socialmente, com famílias desestruturadas, semianalfabetos, sem oportunidades, e que não tiveram acesso à formação profissional e/ou educacional.

Esses índices por gradativos também ocasionam o hiperencarceramento, o qual estaca o aumento da população carcerária em uma faixa temporal de 14 anos, entre 1990 e 2014. Conforme dados consolidados do ano de 2014, a população prisional brasileira chegou a 607.731 pessoas. Naquela época, pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil.

O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 575% maior do que em 1990. Ou seja, a população carcerária cresceu quase sete vezes em apenas 14 anos. Observa-se ainda que desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano (INFOPEN/, 2014).

Entre janeiro e junho de 2020 as cadeias comportavam mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas, ou seja, cresceu mais de 15% nos últimos 3 anos.

O tráfico de entorpecentes é o delito de maior incidência, respondendo por 27% dos crimes notificados. Em segundo surge o roubo, com 21%. Já o crime de homicídio corresponde a 14% dos registros e o latrocínio a apenas 3%. De cada três presidiários brasileiros, dois são pretos.

De acordo com o Anuário de Segurança Pública Proporção de negros nas prisões cresceu 14% nos últimos quinze anos, enquanto a de brancos caiu quase 20%. Segundo o Anuário: No Brasil, se prende cada vez mais, mas, sobretudo, cada vez mais pretos. Com isso, verifica-se que existe uma forte desigualdade racial no sistema penitenciário, com tratamentos de punições mais eficazes contra pretos. Em maioria, são pretos do sexo masculino sendo que em 2000 os homens englobavam 95% da totalidade dos encarcerados. Já no que se refere às mulheres encarceradas, ressalta-se que em 2008, havia quase 22.000 mulheres presas. Doze anos após, o número ficou em aproximadamente 37.000, consistindo em um crescimento de 71% de prisões de mulheres.

Com isso, é comprovado o etiquetamento social dos envolvidos, conhecida, em sua origem, como Labeling Approach Theory. Tal teoria, bastante esmiuçada na criminologia, no qual a ideia e tipificação do crime busca etiquetar os mais pobres. Essa etiqueta de crime é atribuída a determinados grupos desde a fase da elaboração da lei, indo até a sua

aplicação pelas forças de segurança e de justiça estatais, encarregadas da persecução criminal.. As normas penais, desse modo, são manipuladas pelas classes dominantes. Sendo assim, aquele que delinuiu, não sofrerá somente restrições de direitos, mas ganhará a oportunidade dentro do cárcere de adquirir um novo olhar para o modo de como viver em sociedade. De modo a aprender a respeitar tantos seus direitos quanto seus deveres, tudo isso conforme regramento e orientações trazidas na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/1984 (TÁVORA, 2014)..

É o Estado que deve desenvolver condições para que durante o cumprimento da pena, o indivíduo ocupe seu tempo para aprender o que é melhor para ele e para a sociedade, como exemplo, oportunidade de trabalhar, estudar, aprender a confeccionar tapetes, dentre outros. Para que ao sair do encarceramento tenha uma nova óptica de vida, com a certeza de que deve viver mantendo-se longe do crime.

Como bem coloca o referido doutrinador, o objetivo da execução penal não se perde em ser apenas um, nem só punir, sem só ressocializar, sendo um complemento do outro com o intuito de poder mudar aquele que cometeu crime e mostrá-lo que ao desrespeitar o que é regra sofrerá uma punição.

Desta forma o artigo 1<sup>a</sup> da Lei de Execução Penal, dispõe com clareza sobre o objeto da execução penal, estabelecendo que objetiva efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social. O citado dispositivo explana que a execução tem o dever de fazer com que aquele que praticou crime e foi sentenciado cumpra o que estiver em sentença, tornando, portanto, o que lhe foi imposto um dos objetivos mais importantes na fase de execução, ou seja, fazer valer a sentença. Por um outro lado tem o objetivo de ressocialização do apenado, tornando o momento do cárcere a hora de remoldar o preso para voltar ao convívio social, para que não se torne reincidente. (FALCONI, 2012)

Procura durante a execução penal educar o preso para que volte a conviver conforme a norma e a sociedade espera, humanizando este momento em cárcere e procurando defender a sociedade que espera receber de volta este indivíduo ressocializado para um convívio justo.

Vale destacar que o objeto da execução penal além de trabalhar o preso para que ao sair que saiba conviver em sociedade, também cuida para que as suas garantias e direitos sejam efetivamente cumpridas durante o encarceramento, pois ao tornar-se criminoso ele não perde seus direitos perante a sociedade, não devendo ser tratado como bicho ou qualquer outra coisa menor do que se é.

Não é porque seus direitos devem ser respeitados que ele não vá pagar pelo descumprimento das normas em sociedade, pelo contrário, respeitá-lo vai ajudar a tornar

um novo ser, que sabe o que pode e o que deve, pois ao viver em cárcere ele saberá também as consequências de não obedecer as normas impostas pelo ente estatal. O Direito Penal deverá ser chamado a agir apenas quantos meios menos gravosos não sejam suficientes o bastante para evitar a lesão ou dirimir o conflito e, nesse sentido, o presente estudo não olvidará a imprescindibilidade dos princípios constitucionais penais como sustentáculos materiais da previsão de bens jurídicos a serem tutelados pelas normas de Direito Penal. A tutela destes bens está fortemente atrelada aos princípios constitucionais, haja vista que, a partir do momento que o Estado intervém na esfera da liberdade do indivíduo, não pode descuidar-se das garantias limitadoras desta intervenção (MIRABETE, 2017).

A imposição de penas pelo Direito Penal, por ser a mais drástica forma de intervenção do Estado na esfera dos comportamentos humanos, deve estar em inteira consonância, entre outros, com os princípios da lesividade, da proporcionalidade, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da intervenção mínima. A escola de defesa social em estudos recentes, defende que a finalidade da pena na verdade deve ser a readaptação social do condenado. Não sendo, portanto, as ideias das teorias estudadas anteriormente, que seria a fase de punir pelo que foi feito, aqui, portanto a pena perde esta característica (TÁVORA, 2014).

De acordo com Rogério Greco (2021), em um Estado Constitucional de direitos, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção penal aquele que violando o ordenamento jurídico-penal, praticou determinada infração, a pena a ser aplicada deverá observar os princípios estabelecidos na Constituição. O que o referido doutrinador ensina é que o Estado não tem apenas o dever/poder para usar a pena como forma de punir, deve também resguardar ao infrator os direitos e garantias constitucionais que o cárcere não lhe retirou.

Zaffaromni (2014), por seu turno, explana que não é fácil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. Para o autor, a questão não é consenso entre a criminologia e sociologia. Para uns, a pena cumpre a função de selecionar pessoas dos setores sociais mais pobres, criminalizando-as, para indicar ao resto os limites do espaço social. Outros autores, conforme frisado pelo citado estudioso, a aplicação da lei penal busca sustentar a hegemonia de um setor social (dominante) sobre outro (dominado).

O que o autor mostra é que não é apenas uma função social que o sistema penal possui, sendo elas de várias formas, por exemplo quando se pune um criminoso, atua-se de forma social mostrando à sociedade que para devida prática haverá uma punição, ou

de sustentar a liderança de um setor social sobre o outro, que a sociedade é superior ao crime (COSTA, 2020).

A execução penal deve garantir que no momento do cumprimento da pena, o preso não perca ou diminua seus direitos fundamentais, como a dignidade humana, integridade física e outros. Desta forma, a pena adquire características sociais e humanas, na qual se preocupa com o condenado, com a forma que ele vai viver em cárcere e como sairá para a sociedade após o cumprimento da pena. A Constituição Federal em sua grande evolução, proibiu várias espécies de pena, por entender que estas violavam a dignidade da pessoa humana, sendo elas, pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (TÁVORA, 2014).

Trabalhando a humanização da pena, como uma nova forma de que a delinquente pessoa, seja respeitada. E deixando claro que a condição de preso não faz com que ele perca direitos básicos da vida humana, como exemplos: direito à vida, a saúde, integridade moral e outros. Para tanto, necessário se faz alertar sobre a necessidade de criação de meios que ajudem os condenados a se reinserir em sociedade, não sendo eficaz a simples colocação do indivíduo na rua. Programas de reeducação, bem como trabalhos de readaptação do apenado ao convívio social, devem ser criados pelo Estado. Para que na falta de opção, este indivíduo não volte a delinquir, sendo essa forma uma maneira de prevenção de novos delitos também (MIRABETE, 2017).

A grande crítica sobre esta teoria é que ela visa excluir definitivamente o caráter retribuído da pena. Uma vez que sendo pregado a ressocialização e a reinserção do criminoso ao convívio social, a característica de punir não torna compatível com este modelo. Levando ao desagrado por parte de estudiosos e vítimas de crimes, que acreditam no caráter punitivo acrescido a um fim preventivo.

Os presídios não conseguem cumprir com o seu papel social, visto que o Estado permanece inerte ou incapaz de gerenciar os presídios e traçar mecanismos de ressocialização. Assim, se alguém se aventurasse a conhecer as diversas prisões no país, além das delegacias onde se encontram presos provisórios, veria a real situação deles. Os presos não são tratados com devido respeito aos seus direitos e garantias individuais. A dignidade da pessoa humana é negligenciada (VARELA, 2017).

Na assistência jurídica, pelo fato de mássica maioria dos presos não possuírem recursos para contar com os préstimos de um advogado, contam com o auxílio da defensoria pública, a qual não possui profissionais suficientes para atender à crescente massa carcerária existente. O preso, assim, passa por diversas privações no âmbito da prisão. Muitos, por não ter familiares próximos, ficam anos sem receber visitas, o que dificulta o acesso aos itens mais básicos de sobrevivência, tais como sabonetes, roupa,

entre outros. Deverá, para tanto, contar com a solidariedade dos demais apenados (CABRAL, 2015).

Não é só a tortura que atinge os apenados mas, entre outras, superlotação, descaso das autoridades, excesso de prazo nas prisões processuais, falta de assistência médica, jurídica ou social, despreparo de alguns agentes penitenciários. A opinião pública, por outro lado, não analisa a gravidade do problema. Pelo contrário, o senso comum, adepto do já explicitado suplício, determina que o preso passe por todas as privações possíveis. A população, de forma geral, não se contenta apenas com a pena pela qual deverá sofrer o preso. O castigo, para parcela significativa da população, deverá ser maior, o preso deverá apanhar passar fome, ser humilhado. Só assim, para parcela significativamente da população que o preso 'aprende' a não mais delinquir. É assim que a justiça é feita e a sociedade dorme tranquila (VARELA, 2017).

A ausência de critério para a separação de presos faz com que haja uma submissão de uns presos diante os demais, fortalecendo facções criminosas. As assistências a saúde, jurídica, religiosa, de vestuário, entre outras, não são constantes. Quanto à saúde, só a título de ilustração, Damasceno de Assis (2015) destaca que, os presos, para serem removidos para os hospitais os presos dependem de escolta da PM, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade.

Observa-se, com isso, que de um modo geral não existe um quadro de servidores próprio, no âmbito das unidades prisionais brasileiras como um todo, no que tange à escolta e com segurança dos presos em audiências, as quais deverão ocorrer com o amparo da Polícia Militar (que possui outras funções constitucionais, distintas às da escolta de presos).

Ainda, de igual modo, não há um quadro de médicos, enfermeiros, psicólogos, fisioterapeutas e outros profissionais da saúde no âmbito das prisões. Isso faz com que o custodiado tenha que enfrentar as filas do Sistema Único de Saúde. Além da dependência logística de órgãos não vinculados diretamente à administração penitenciária, o apenado sofrerá as mesmas dificuldades da população como um todo quanto ao atendimento da saúde pública, também caótica (CABRAL, 2015).

Na assistência jurídica, pelo fato da maioria dos reeducandos não possuírem recursos para contar com os préstimos de um advogado, contam com o auxílio da defensoria pública, a qual não possui profissionais suficientes para atender à crescente massa carcerária existente.

O preso, assim, passa por diversas privações no âmbito da prisão. Muitos, por não terem familiares próximos, ficam anos sem receber visitas, o que dificulta o acesso aos itens mais básicos de sobrevivência, tais como sabonetes, roupa, entre outros. Deverá, para tanto, contar com a solidariedade dos demais apenados.

Os presídios não conseguem cumprir com o seu papel social, visto que o Estado permanece inerte ou incapaz de gerenciar os presídios e traçar mecanismos de ressocialização. Assim, se alguém se aventurasse a conhecer as diversas prisões no país, além das delegacias onde se encontram presos provisórios, veria a real situação deles. Os presos ao são tratados com devido respeito aos seus direitos e garantias individuais. A dignidade da pessoa humana é negligenciada.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pena será conforme a proporção do delito cometido, adequando-se a gravidade do ato criminoso praticado, se mais gravoso uma pena mais alta, se de grau menor, conseqüentemente uma pena menor. Continuando a não se importar com o ser, mas somente com o crime praticado. Sem qualquer análise ou trabalho da função social da pena, passando somente a ser a forma de retribuir o mal praticado contra o ente estatal.

Ora, em que pese as diversas visões analisadas no presente tópico, pode-se adiantar que um dos objetivos da execução penal é efetivar o poder de punir do Estado aliando a reinserção social do condenado e do internado. Cumprindo o que foi decidido em sentença penal condenatória, buscando assim, concretizar o *jus puniendi* (direito de punir), uma vez que ao ferir uma norma o indivíduo é obrigado a pagar por tal comportamento, pagando na medida em que foi decidido pelo juízo na sentença condenatória ou absolutória imprópria.

O outro objetivo é a reinserção social do condenado ou do internado, que será trabalhada durante o cumprimento da pena, devendo o judiciário em suas decisões sobre concessão ou negativa de benefícios, não esquecer deste outro lado da execução penal, favorecendo, portanto, o lado social da pena, naquilo que lhe for permitido.

No entanto, conforme se verá, ocorre uma seletividade do sistema penal, sendo que o peso estatal recai de forma mais contundente em pessoas mais pobres e/ou etiquetadas pelas massas dominantes da sociedade.

O que se vê, no entanto, que o Direito Penal age mais em detrimento da salvaguarda da ideologia econômica que na proteção contra a criminalidade. A imensa maioria dos presidiários são derivados das camadas mais vulneráveis economicamente. A salvaguarda penal, ao selecionar os grupos mais pobres como alvos da ação estatal, exclui milhares de pessoas, as lançando em verdadeiras masmorras dos tempos modernos.



Com isso, o sistema prisional replica em um novo contexto a desigualdade social, não existindo repressão ao crime, mas a grupos previamente selecionados pela norma como inimigos. O caos representado pelas prisões brasileiras apenas exemplifica a dominação do pobre pela lei penal e processual penal.

Verifica-se, por exemplo, que grande parte dos criminosos sequer praticam crimes realmente danosos para a sociedade. Condutas são criminalizadas, escolhidas como inadequadas pelo legislador. O Direito Penal, ante o exposto, não reprime ao crime, mas a um grupo de pessoas, viventes nas margens da sociedade. O ordenamento jurídico de persecução criminal, na prática, está distorcido para a legitimação das classes dominantes enquanto detentoras do poder.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: M. Claret. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. v.1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<https://www.planato.gov.br>> 10 abr. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <<https://www.planato.gov.br>> Acesso 10 abr. 2022.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em <<https://www.planato.gov.br>> Acesso em 10 de maio de 2022.

CABRAL, Geraldo Divino. **A participação da sociedade na execução penal: mecanismo de melhoria da prestação jurisdicional no sistema carcerário de Palmas, Estado do Tocantins**. ESMAT: Palmas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. 2017.

COSTA, Álvaro Mayrink. **O Direito Penal e a proteção dos bens jurídicos**. Disponível em <[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br)> Acesso 10 abr. 2022.

DELMANTO Celso. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva. 2017.

**GRECO**, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Uma Visão Minimalista do Direito Penal, Niterói: Editora Impetus, 2018.

JAKOBS, Gunter. **Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Livraria do advogado. 2012

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas. 2017.

PASSETTI, Edson. **A atualidade do abolicionismo penal**". In, PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

PEREIRA, Marcos. **Direito penal: aspectos históricos**. Campinas: Bookseller. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

## **PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NA FASE DE CONHECIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: OBSTÁCULOS À CÉLERE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.**

**VINÍCIUS GABRIEL VIANA DE JESUS:**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, foi advogado e atualmente trabalha como assessor jurídico de Procurador da República no MPF.

**Resumo:** o presente trabalho tem por objetivo a análise dos impactos causados pelas prerrogativas processuais da Fazenda Pública presentes na certificação e efetivação dos direitos tutelados pela ação civil pública, a fim de se verificar a razoabilidade da existência destas vantagens processuais. Para tanto, inicialmente, serão estudados o surgimento do processo coletivo no Brasil e o desenvolvimento da ação civil pública, bem como os bens por ela tutelados, com o fito de demonstrar a importância desta ação. Em seguida, serão tratadas as principais prerrogativas processuais conferidas ao Poder Público, na fase de conhecimento da ação civil pública, analisando-as e destacando o seu fundamento de existência e a sua extensão. Na sequência, será feita uma análise de dados colhidos de ações civis públicas, objetivando-se, mesmo que ilustrativamente, aproximar a presente análise ao plano empírico, e não apenas teórico, para verificar os impactos causados pelas prerrogativas estudadas. Por fim, valendo-se das conclusões retiradas da análise destes dados e do que foi trabalhado nos capítulos anteriores, discutir-se-á a influência das vantagens processuais e a razoabilidade da sua existência, concluindo-se que tais prerrogativas constituem óbices à efetivação dos direitos coletivos em sentido amplo, que muitas vezes constituem direitos fundamentais, razão pela qual as prerrogativas processuais do Poder Público devem ceder em prol da célere efetivação dos direitos transindividuais.

**Palavras-chave:** Processo coletivo. Ação civil pública. Prerrogativas processuais. Fazenda Pública. Direitos transindividuais. Direitos fundamentais.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DO PROCESSO COLETIVO E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 2.1 Surgimento do Processo Coletivo e Formação do Microsistema Processual Coletivo no Brasil. 2.2 Do conceito de Processo Coletivo. 2.3 Da importância do Processo Coletivo para a Garantia do Acesso à Justiça. 2.4 A Ação Civil Pública. 3 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NA FASE DE CONHECIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 3.1 Introdução. 3.2 Destinatários das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública. 3.3

Fundamentos das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública. 3.4 Reexame Necessário. 3.5 Prerrogativas Processuais Conferidas pela Lei 8.437/1992. 3.6 Prazos Dilatados de que Dispõe a Fazenda Pública. 4 IMPACTOS DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NA CERTIFICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TUTELADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A RAZOABILIDADE DA SUA EXISTÊNCIA NESTE TIPO DE AÇÃO. 4.1 Introdução. 4.2 Análise dos dados colhidos dos processos iniciados por ações civis públicas ajuizadas pela Procuradoria da República em Sergipe para obter o fornecimento de água potável a comunidades indígenas e comunidades quilombolas, entre os anos de 2012 e 2015. 4.2.1 Análise dos dados do processo de número 0006798-89.2012.4.05.8500. 4.2.2 Da análise dos dados do processo de número 0801265-48.2014.4.05.8500. 4.2.3 Da análise dos dados do processo de número 0801482-91.2014.4.05.8500. 4.2.4 Conclusões das análises. 4.3 A irrazoabilidade das prerrogativas processuais do Estado na ação civil pública. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Instituída pela Lei 7.347/1985, a ação civil pública é o instrumento processual de tutela de interesses transindividuais mais importante, dentre as ações coletivas que temos atualmente. Esta ação surge num contexto de desenvolvimento da disciplina do processo coletivo no Brasil, que passa a ser necessária para oferecer respostas jurisdicionais satisfatórias às lesões e ameaças de lesões dos direitos coletivos que passaram a ser paulatinamente consagrados. Isto porque toda a processualística civil até então estava voltada a promover a tutela de direitos individuais, razão pela qual fez-se necessário o desenvolvimento do processo coletivo, que tem como ação de maior destaque e utilização a ação civil pública.

Desta maneira, o primeiro capítulo deste trabalho buscou tratar sobre o desenvolvimento do processo coletivo no Brasil, o surgimento da ação civil pública e o seu objeto de tutela, a fim de demonstrar a importância que esta ação possui, bem como a natureza dos bens por ela tutelados.

Grande parte dos interesses tutelados pela ação civil pública impõem ao Estado obrigações perante a sociedade de promover políticas e ações para a sua efetivação, de modo que muitas ações civis públicas são propostas contra os entes do Poder Público, para a proteção destes direitos. Contudo, o legislador criou algumas prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública, algumas específicas para este tipo de ação e outras, não. Nesse sentido, no segundo capítulo, buscou-se analisar os fundamentos e a extensão destas vantagens processuais, bem como as principais prerrogativas aplicáveis à ação civil pública, durante a sua fase de conhecimento.

Ante o que foi trabalhado nestes dois capítulos, o capítulo terceiro se destina a analisar a influência que estas prerrogativas processuais possuem sobre a certificação e a efetivação dos direitos tutelados pela ação civil pública, na sua fase de conhecimento, assim como a razoabilidade da existência destas vantagens processuais, considerando e cotejando os fundamentos de sua existência com a natureza e a importância dos interesses defendidos pela ACP.

A fim de possibilitar uma análise mais concreta da influência das prerrogativas processuais, em que pese servir de forma tão somente ilustrativa e não conclusiva, neste capítulo foram analisados dados de ações civis públicas ajuizadas pela Procuradoria da República em Sergipe para obter o fornecimento de água potável a comunidades indígenas e quilombolas, cuja delimitação foi feita antes da análise no terceiro capítulo.

É este, portanto, o objetivo do presente trabalho: refletir sobre a influência das prerrogativas processuais da Fazenda Pública na fase de conhecimento da ação civil pública, assim como discutir a razoabilidade da existência de tais vantagens processuais em uma ação que se destina à tutela de interesses metaindividuais, que muitas vezes se caracterizam como direitos fundamentais.

## **2 DO PROCESSO COLETIVO E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **2.1 Surgimento do Processo Coletivo e Formação do Microsistema Processual Coletivo no Brasil**

O Código de Processo Civil de 1973, editado sob forte influência ideológica do liberalismo individualista, foi projetado para atender demandas e resolver conflitos de natureza meramente individual, não tendo o legislador desta codificação feito a previsão de instrumentos de tutela coletiva, seja quando se afirma e se pleiteia a defesa de direitos pertencentes a uma coletividade (processo coletivo ativo), seja quando se almeja o reconhecimento de um estado de sujeição coletiva (processo coletivo passivo).

Isso se deve a uma forte influência da ideologia do liberalismo e do iluminismo, que inspirou o direito processual, e mantém sua influência até os dias atuais. Com efeito, tais ideologias tinham como principal preocupação a defesa da propriedade e o respeito à livre iniciativa e autonomia dos indivíduos, que deveria ser defendida apenas individualmente, em que somente o titular do interesse atingido poderia vir a juízo tutelá-lo.

Dessa maneira, os códigos processuais, orientados por tais ideologias, centraram-se em prover meios de defesa individual de direitos individuais, expurgando

qualquer instrumento que promovesse a defesa coletiva de interesses, bem como deixando de reconhecer a tutela de interesses metaindividuais, assim considerados aqueles pertencentes a uma dada coletividade.

“O direito ao processo como conhecemos hoje, foi fortemente influenciado pelo liberalismo e pelo iluminismo. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano e da lógica ramista na Europa continental, foi cristalizada a ideia da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, único soberano sobre o próprio destino do direito subjetivo individual (base de todo o sistema). Só o titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura ‘Era dos Códigos’. Neste projeto jurídico não havia mais espaço para o direito da coletividade no sistema, as preocupações sistemáticas voltavam-se apenas para o indivíduo, a formação de sua personalidade jurídica, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial.” (DIDIER JR.; ZANETTI JR., 2014, p. 24)

Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr., o Código Civil de 1916, conhecido como Código de Beviláqua, foi “como uma missa dos mortos encomendada para as tutelas coletivas” (2014, p. 24). Isto porque foi este código que refletiu no ordenamento jurídico brasileiro a influência do iluminismo, que, na Europa, conduziu à “Era dos Códigos”. O Código Civil de Beviláqua foi a primeira codificação elaborada no Brasil e procurava romper com qualquer influência jurídica de Portugal sobre o direito brasileiro.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 foi arquitetado para retirar qualquer vestígio da influência europeia sobre a ordem jurídica brasileira que estava a se instalar e necessitava se autoafirmar como uma ordem soberana, afastando qualquer resquício do colonialismo. Dentre as medidas pensadas para tanto, estava a eliminação dos meios de tutela coletiva. Conforme explica Rodrigo Reis Mazzei, citado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. “segundo as próprias palavras do condutor daquela codificação (de índole individualista), teve a intenção de extinguir as ações populares que remanesciam no nosso sistema jurídico”. (2014, p. 24).

Destarte, o desejo do legislador do Código de 1916, de purificar o sistema jurídico brasileiro de qualquer resquício que fizesse lembrar o período em que o Brasil estava sob o domínio português, dentre elas a forma de tutela coletiva de direitos, somado à marcante influência da ideologia iluminista, centrada na tutela de interesses patrimoniais



de forma unicamente individual levou a que a Codificação de Beviláqua representasse um fim temporário para as ações coletivas no direito brasileiro.

Tal postura do Código restava clara pela dicção do seu art. 76, que assim estabelecia:

Art. 76: Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único – O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Foi dessa maneira que o Código Civil de 1916 buscou atingir o seu objetivo de dar autonomia ao sistema jurídico brasileiro em relação ao direito português, expurgando qualquer resquício da ordem jurídica portuguesa, dentre elas a possibilidade de defesa coletiva de direitos e de defesa de direitos coletivos, notadamente as ações populares, que foram herdadas da tradição romana. É o que afirmam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

“Com isto foram atingidas não só a ação popular como conhecemos hoje, mas todas as demais tutelas coletivas, todo o gênero das demandas em que o titular do direito material não fosse um indivíduo concretamente identificado, já que suprimidas foram quaisquer tutelas cíveis de interesses coletivos (não individuais). Ora, somente na Constituição de 1934, pela primeira vez tivemos a expressa menção às ações populares. Até aquele momento histórico o instituto havia sido eficazmente suprimido do direito pátrio em prol de uma duvidosa pureza do sistema do direito civil.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2014, p. 25)

Seguindo a linha individualista preconizada no Código de Beviláqua, o CPC/1973 foi dividido em quatro principais Livros – considerando que o Livro V trata somente das Disposições Finais e Transitórias, contendo originalmente apenas dez artigos: do Processo de Conhecimento, do Processo de Execução, do Processo Cautelar e dos Procedimentos Especiais. À exceção deste último livro, constata-se que o Código foi estruturado para atender a cada uma das espécies de provimento possível, seguindo a clássica lição de Enrico Tullio Liebman, para o qual as ações deveriam ser classificadas apenas em razão do provimento postulado, existindo, pois, ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares.

Assim, o CPC/1973 previu procedimentos e regras disciplinadoras próprias para ações de conhecimento, ações cautelares e ações executivas. Contudo, organizado desta maneira, o Código serviu tão somente para dar resposta a lesões a direitos individuais, não prevendo qualquer mecanismo processual para tutelar interesses coletivos. Afinal, segundo estabelece o art. 6º da codificação, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Dessa maneira, o Código afastava qualquer possibilidade da atuação de substitutos processuais, que agissem em juízo para a defesa de direitos pertencentes a uma coletividade, típico da sistemática que envolve o processo coletivo.

Como afirma Teori Zavascki:

“O Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, foi estruturado a partir da clássica divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar. Para cada uma destas espécies o Código destinou um Livro próprio, disciplinando o respectivo “processo”, com suas “ações” e seus “procedimentos” autônomos. Fez-se sentir, também neste aspecto, de modo marcadamente acentuado, a doutrina de Enrico Tullio Liebman, quando, referindo-se às ações, sustentava que, ‘no nosso sistema processual, a única classificação legítima e importante é a que se refere à espécie de provimento pedido’, sendo que ‘sob este ponto de vista, as ações distinguem-se em três categorias : a) as ações de conhecimento; b) as ações executivas; c) as ações cautelares’.

Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Assim, como regra, ‘ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei’ (CPC, art. 6º). Não se previram, ali, instrumentos para a tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim, sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio (art. 46, parágrafo único, do CPC). Não se previram, igualmente, instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados ‘interesses difusos e coletivos’.” (ZAVASCKI, 2014, p. 13)

Neste aspecto, não inovou o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), por não prever regras ou procedimentos próprios de tutela coletiva

de direitos, ou até, como pretendiam alguns processualistas, que fosse destinado um Livro ao processo coletivo, que viesse disciplinar suas ações e até substituir o microsistema de processo coletivo, como vem apontando a doutrina. Além disso, o novo CPC praticamente repete a redação do art. 6º da antiga codificação em seu art. 18, que assim estabelece:

Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Contudo, a respeito da influência do novo Código no processo coletivo, é possível constatar um avanço em relação ao seu predecessor. O CPC/2015, como já dito, não tratou de disciplinar as ações coletivas, bem como manteve praticamente a mesma redação do artigo do CPC/1973 que disciplinava a legitimidade ativa para o processo. Entretanto, o novo Código conferiu poderes ao juiz para que, diante de demandas individuais repetitivas, oficiasse aos legitimados a promoção de ações coletivas para que propusessem uma ação que tutelasse coletivamente os direitos individuais postos em juízo. Esta seria uma das formas da chamada coletivização de ações individuais estabelecida pela novel codificação. Assim estabelece o CPC/2015:

Art.139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

No entanto, apesar de o transcrito dispositivo não especificar, só será possível a coletivização das ações individuais nos moldes propostos pelo inciso em comento se as demandas individuais repetitivas versarem sobre direitos de origem comum, ou seja, envolverem direitos individuais homogêneos. Outra não poderia ser a conclusão, uma vez que não se vislumbra possibilidade de tutelar coletivamente direitos individuais que não possuam origem comum. Ada Pellegrini Grinover também conclui nesse sentido:

“Quando se tratar de *demandas puramente individuais*, só é possível coletivizá-las quando se tratar de demandas repetitivas, por intermédio de uma única *ação coletiva em defesa de interesses ou*

*direitos individuais homogêneos*, que decidirá a questão uma vez por todas, passando os indivíduos diretamente à fase de liquidação e execução, a título pessoal. As ações individuais ficarão necessariamente suspensas, com exceção de casos de urgência. Esta é a única coletivização possível, e dependerá da iniciativa dos legitimados.” (GRINOVER, 2014,p. 1431).

O texto do novo CPC aprovado pelo Senado Federal ainda trouxe outra possibilidade de “coletivização de ações individuais”. Contudo, o artigo que tratava dessa segunda hipótese foi vetado pela Presidente da República. O dispositivo do novo CPC a que nos referimos visava a dar poderes ao juiz para que, deparando-se com uma ação que veicule pedido que tenha alcance coletivo ou que envolva uma mesma relação jurídica plurilateral e cuja solução deva ser uniforme a membros de determinado grupo, transformasse a ação individual em coletiva. São as ações que a doutrina costuma chamar, respectivamente, de ações individuais com efeitos coletivos e ações pseudoindividuais.

Estes dois tipos de ações, ainda que manejadas individualmente, possuem nítido caráter coletivo, pois acabam por atingir determinado grupo de pessoas. Nas ações conhecidas como ações individuais com efeitos coletivos, o autor ajuíza uma ação individual, seguindo as regras e princípios deste tipo de ação, porém seu pedido, por sua própria natureza, atingirá uma coletividade. Neste caso, em verdade, o autor não está buscando tutelar um direito tipicamente individual, em que o comando da sentença diga respeito somente a ele, mas um direito difuso ou coletivo, cuja ofensa atinge não só ele, mas também uma coletividade.

Exemplo de ação deste tipo é a demanda proposta por uma pessoa para que seja desativado um lixão que fica perto de sua casa, porém outras pessoas residem próximo ao autor e, conseqüentemente ao lixão, sendo, pois, também atingidas pelos males causados pelo lixo ali depositado. Neste exemplo, o autor acaba por buscar tutelar a preservação da saúde de todos os que moram perto do lixão, e eventual sentença beneficiaria todos os moradores, não apenas aquele que propôs a ação.

Por seu turno, nas ações pseudoindividuais, o autor visa a defender um direito subjetivo, porém a relação jurídica de direito material que embasa seu pedido é unitária, uma vez que afeta a todos, devendo, portanto, ser resolvida de maneira uniforme para todos os envolvidos, a fim de que se assegure tratamento isonômico aos integrantes do grupo atingido.

Para ilustrar este tipo de ação, imagine-se a situação em que uma pessoa ingressa com uma ação individual requerendo que não lhe fosse cobrada a taxa de foro de laudêmio, sob a alegação de que esta cobrança seria indevida para aquela região em que

reside. Neste exemplo, há uma relação jurídica unitária, que envolve todos os que são proprietários ou detentores do domínio útil (esta qualificação poderá ser objeto da ação) de imóveis na mesma região da pessoa que propôs a demanda, e que deve ser resolvida de maneira uniforme para todas essas pessoas, qual seja, o cabimento ou não da referida taxa para os imóveis daquela região.

Como se vê, estes dois tipos de ações são, em verdade, ações coletivas, pois são propostas em defesa de interesses difusos e coletivos, e atingem não só o autor, mas determinada coletividade. Dessa maneira, tais ações deveriam ser convertidas em ações coletivas, como estabelecia o dispositivo vetado da nova codificação, a fim de que situações que envolvessem a tutela de direitos coletivos pudessem ser decididas seguindo as normas e princípios próprios do processo coletivo, estruturados para dar melhor resposta a este tipo de demanda.

O ponto mais sensível neste aspecto diz respeito à legitimidade ativa, uma vez que não é qualquer pessoa que está legitimada a defender em juízo interesses coletivos *lato sensu*. Para tanto, há de ser o representante adequado a estar no polo ativo da ação, entendido como aquele que possui, por lei, condições para tutelar direitos de pessoas que não farão parte da relação jurídico-processual. Nas ações que aqui destacamos, o autor da ação, normalmente, não é o representante adequado, na esteira do que preleciona a doutrina do processo coletivo. Eis um aspecto que evidencia a importância do tratamento correto de interesses coletivos por meio do processo adequado, cuja solução poderia ter sido dada pelo novo CPC caso o artigo correspondente não houvesse sido vetado.

Ada Pellegrini Grinover destaca a importância do tratamento como ações coletivas de ações que, apesar de individuais, atingem uma coletividade:

*"Mas, se se tratar de uma ação individual com efeitos coletivos ou de uma ação pseudoindividual, por sua própria natureza deverá ela ser convertida em ação coletiva em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (stricto sensu). Não é possível tratá-la como individual, porque individual não é, e a coletivização deve ser feita ope judicis. Claro que, nesses casos, o contraditório deverá ser preservado e deverá ser permitida a presença do autor original no polo ativo."* (GRINOVER, 2014, p. 1431)

Assim estabelecia o texto do artigo vetado:

#### CAPÍTULO IV - DA CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA

Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade.

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.



§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio houver formulado.

O inciso I do *caput* se refere às ações individuais com efeitos coletivos, enquanto o inciso II diz respeito às ações pseudoindividuais. Apesar das críticas feitas ao dispositivo transcrito, o Código de 2015 poderia ter dado significativa contribuição para a adequada tutela dos interesses coletivos, ao estabelecer a conversão dessas ações individuais em ações coletivas. Contudo, ao que interessa no presente trabalho, as duas hipóteses de coletivização de ações individuais (aquela do art. 139, X e do vetado art. 333), apesar de buscarem a defesa mais eficaz e correta de interesses coletivos, não trazem a disciplina de ações coletivas, seguindo a tradição dos códigos de processo civil brasileiros.

Não tendo havido disciplina das ações coletivas nos códigos de processo civil, ante o crescimento das chamadas demandas de massa, em que se verificou a necessidade de que lesões aos direitos coletivos *lato sensu* fossem tutelados por meio de uma única relação processual, foi criado um microsistema de processo coletivo, composto por diplomas legais que constituem a base normativa da tutela coletiva de direitos, conforme vem asseverando a doutrina que se debruça sobre o tema:

“Neste momento, interessa-nos apontar a existência de um microsistema processual para a tutela coletiva, como, aliás, já vem sendo defendido pela doutrina:

Com a certeza da importância dos microsistemas para o direito privado, tema que desperta o interesse de grandes juristas a respeito, papel de destaque há de ser dado também no direito processual civil, quanto à possibilidade da formação de sistema especial concernente à tutela coletiva. Aferindo-se pois a existência do microsistema coletivo, que cuidará, com regras e princípios próprios, processualmente da tutela de massa à margem do Código de Processo Civil, pelo caráter individualista deste (...)” (DIDIERJR.; ZANETI JR., 2014, p. 43)

“O certo é que o subsistema do processo coletivo tem, inegavelmente, um lugar nitidamente destacado no processo civil brasileiro. Trata-se de subsistema com objetivos próprios (a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos) que são alcançados a base de instrumentos próprios (ações civis públicas, ações civis coletivas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual.” (ZAVASCKI, 2014, p. 22)

Inclusive, atualmente é quase pacífico o entendimento de que esse microsistema processual coletivo deve ter função integradora e atualizadora entre os diplomas legais que o compõem, de modo que caso uma de suas leis seja omissa sobre determinado aspecto, deve-se buscar integrá-la valendo-se das outras leis de caráter processual coletivo. De igual forma, cada lei que surge deve servir para atualizar as disposições de leis já existentes.

Assim deve haver uma comunicação entre os diplomas legais que tratam sobre a tutela coletiva, a fim de que seja formado um sistema harmônico e organizado, com regras e princípios próprios e que possa dar resposta às perguntas, incompletudes, antinomias e outras questões que venham a rodear as ações coletivas quando forem manejadas.

Nesse sentido, as respostas aos problemas surgidos nos meios de tutela coletiva devem ser buscadas primeiramente nos outros diplomas legais de processo coletivo, apenas devendo socorrer-se do Código de Processo Civil quando o microsistema processual coletivo não for suficiente à resolução da questão. Isto porque, numa ação coletiva, surgindo uma questão que não consiga ser resolvida pela respectiva lei disciplinadora, é preferível que se busque a solução em outros diplomas que versem sobre ações coletivas e que foram editados sob os mesmos princípios norteadores da tutela

coletiva do que valer-se do Código de Processo Civil, de caráter nitidamente individualista, a fim de se encontrar a resposta mais adequada ao caso concreto.

Com isso, as leis de processo coletivo surgem para compor um sistema processual à parte das leis processuais já existentes, com o intuito de disciplinar de forma mais condizente as ações coletivas com os princípios e objetivos próprios da tutela coletiva. Até porque diplomas que se propõem a disciplinar as formas de tutela de direitos tão complexos e cambiantes como são os direitos coletivos *lato sensu* não podem ser tão herméticos. Pelo contrário, deve ser deixado espaço para que outras leis possam integrá-las e atualizá-las. E, admitindo-se esta necessidade, os diplomas legais mais autorizados a cumprir tal função seriam aqueles que tratam sobre a tutela coletiva de direitos, em razão de terem sido elaborados seguindo uma mesma *ratio essendi*, qual seja, defender com eficácia e efetividade em juízo as lesões aos direitos coletivos.

“A contribuição de Rodrigo Mazzei está, entre muitas, na indicação de que diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, ou seja, apresentam uma ruptura com os modelos codificados anteriores que exigem completude como requisito mínimo, aderindo a uma intertextualidade intra-sistemática. Quer dizer, assumem-se incompletos para aumentar sua flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista, complexa e muito dinâmica.

Como corolário desse quadro surge imperativo o recurso de comunicação entre os diplomas legais para lhes dar atualidade e organicidade.

Revela-se, desta forma, que o Código de Processo Civil perdeu sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, seus princípios e regras não mais contêm o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. As lacunas, as antinomias, os conflitos entre leis especiais não são mais resolvidos por prevalência direta dos Códigos.” (DIDIERJR.; ZANETI JR., 2014, p. 48)

Com isso, o Código de Processo Civil e as demais leis processuais que disciplinam a tutela individual de direitos só são consultados quando a resposta para a questão prática não for encontrada nos diplomas normativos de tutela coletiva, como afirmam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

“Nesta conformação de ideias, temos o CPC como mero diploma residual, seu efeito sobre o processo coletivo deve ser sempre reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2104, p. 50)

O microssistema a que aqui nos referimos é composto pelos diplomas legais que regulam processualmente a tutela de direitos transindividuais nos moldes como proposto pelo art. 81, parágrafo único, I do Código de Defesa do Consumidor, inclusive dos direitos individuais homogêneos, como reconhecidos como espécie dos direitos coletivos em sentido amplo, malgrado a resistência de alguns juristas a tal assertiva.

Dentro desse grupo, podemos destacar a Lei 4.717/1965 (conhecida como Lei da Ação Popular, que possui como objetivo a invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, compreendido de forma ampla, como deixa claro o art. 1º desta lei); a Lei 7.347/1985 (conhecida por Lei da Ação Civil Pública, que tinha por objetivo promover a responsabilização dos causadores de danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico); a Lei 7.853/1989 (que, dentre outras providências, tutela direitos transindividuais de pessoas portadoras de deficiência); a Lei 8.069/1990 (instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente prevendo mecanismos de tutela coletiva de direitos dos menores); a Lei 8.078/1990 (que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, prevendo importantes regras para as ações coletivas); a Lei 8.429/1992 (que trata sobre os atos de improbidade administrativa, prevendo as condutas que podem ser assim consideradas, as respectivas sanções e o procedimento correspondente), dentre outras.

Dentre as leis apontadas, sobrepõe-se a Lei da Ação Civil Pública, por ter sido a primeira editada desde a Lei da Ação Popular e por ter sido promulgada antes da Constituição Federal de 1988, que ampliou consideravelmente os meios de tutela coletiva e os direitos coletivos, a exemplo da importância dada ao meio ambiente, como se verá a seguir. Este diploma legislativo também merece destaque por prever como legitimado ativo da Ação Civil Pública um substituto processual, que atuará representando interesses de pessoas que não participarão do processo e por estabelecer que as sentenças nela prolatadas possuem, em regra, eficácia *erga omnes*, atingindo a todos os que foram lesados no interesse levado a juízo.

Outro diploma que merece apartado destaque é a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Esta lei categorizou os direitos coletivos *lato sensu*, definindo e diferenciando suas divisões. Com efeito, os incisos do parágrafo único do art. 81 trouxeram importante contribuição para o estudo da tutela coletiva ao definir

legalmente o que até então ficava a cargo tão somente da doutrina. Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Apesar de o transcrito dispositivo referir-se a tutela de direitos coletivos relacionados à defesa do consumidor nas relações de consumo, como se vê do art. 81, *caput*, a divisão e os conceitos por ele estabelecidos servem a todos os tipos de direitos coletivos, em razão do aludido microsistema processual coletivo, em que uma lei completa e integra a outra.

Outra importante contribuição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor foi a disciplina da tutela de direitos subjetivamente individuais, mas que são decorrentes de origem comum, os chamados direitos individuais homogêneos, segundo a definição do art. 81, parágrafo único, III, acima transcrito. Apesar de tal espécie de direitos ser titularizada por indivíduos perfeitamente identificados e poderem ser defendidos de maneira individual, por serem originados de uma mesma situação fática, são melhor tutelados em juízo de maneira coletiva, ou muitas vezes a tutela coletiva é a única possível ou viável.

A Lei 8.078/1990 dedicou um capítulo dentro do Título III, que trata da defesa do consumidor em juízo, para tratar sobre a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, estabelecendo importantes regras processuais, tais como relativas à legitimidade ativa, sentença, liquidação e execução nestas ações. Teori Zavascki trata deste aspecto, ressaltando a importância que o CDC representou para o desenvolvimento do processo coletivo e para o subsistema processual coletivo:

“O Código de Defesa e Proteção ao Consumidor – CDC (Lei 8.078/1990) trouxe, nesse sentido, como contribuição expressiva, a disciplina específica da tutela, nas relações de consumo dos “direitos individuais homogêneos”, assim entendidos o conjunto de diversos direitos subjetivos individuais que, embora pertencendo a distintas pessoas, têm a assemelhá-los uma origem comum, o que lhes dá o grau de homogeneidade suficiente para ensejar sua defesa coletiva. Diferentemente do sistema codificado, que prevê tutela conjunta apenas mediante litisconsórcio ativo, a ação civil coletiva permite que tais direitos sejam tutelados em conjunto mediante a técnica de substituição processual. Legitimam-se como substitutos processuais o Ministério Público, certas pessoas de direito público e entidades e associações privadas que tenham por função institucional a defesa dos interesses lesados. A sentença de procedência será *genérica*, “fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95 do CDC). Haverá coisa julgada apenas em caso de procedência, hipótese em que a sentença beneficiará “as vítimas e seus sucessores” (art. 103, III, do CDC). Com base em tal sentença, cada um dos atingidos pela lesão (substituídos processuais) poderá promover ação de cumprimento, mediante liquidação e execução do seu próprio direito individual lesado (art. 97 do CDC).” (ZAVASCKI, 2014, p. 15-16)

O advento da Constituição de 1988 também teve importância determinante no desenvolvimento do processo coletivo no Brasil. Dentre as inovações constitucionais que favoreceram a evolução do processo coletivo brasileiro, podemos citar a ampliação do objeto da ação popular em relação ao que era previsto pelo art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/1965, que passou a prever, a partir do art. 5º, LXXIII da Carta Magna, o cabimento desta ação para anular atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, aumentando o âmbito de abrangência da ação popular, que até então cabia apenas à proteção do patrimônio público, mesmo que abrangesse bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 4.717/1965.

Destaca-se também a presença no texto constitucional da ação civil pública, ganhando o *status* de ação constitucional, tendo em vista que anteriormente só havia sido disciplinada pela Lei 7.347/1985 e mencionada em leis que disciplinavam a atividade do Ministério Público, como a Lei Complementar 40/1981. A ação civil pública foi prevista como um instrumento para a tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, a cargo do Ministério Público – pela dicção do art. 129, III da CF e também dos outros legitimados previstos no texto legal.



A Carta de 1988 também foi a primeira a prever o mandado de segurança coletivo, ao estabelecer que partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organizações sindicais, associações ou entidades de classe em defesa dos interesses dos seus membros ou associados poderiam impetrar a ação mandamental para a defesa de direito líquido e certo de terceiros, em regime de substituição processual.

Outrossim, a Constituição da República elevou à matriz constitucional a defesa de direitos de natureza transindividual, como a defesa do consumidor, em seu art. 5º, XXXII, dando grande passo para a tutela coletiva nas relações de consumo, as penalidades para a prática de atos de improbidade administrativa, prevendo a tutela da probidade na Administração Pública, que viria a ser regulamentada posteriormente pela Lei 8.429/1992. Ainda nesse sentido, a Carta da República também previu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e a preservação do patrimônio cultural material e imaterial (art. 216), interesses de nítido caráter metaindividual e que necessitariam de instrumentos processuais adequados para sua tutela, fazendo com que o legislador se preocupasse em desenvolver meios para tanto.

Ao lado dos diplomas normativos aqui destacados, deve-se reconhecer a importância de outras Leis que contribuíram para o desenvolvimento do processo coletivo, seja por prever a defesa coletiva de direitos, seja por estabelecer novos mecanismos e regras processuais para tanto. Citem-se a Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei de Defesa dos Investidores do Mercado de Valores Mobiliários); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Ordem Econômica), dentre outras. Tais leis fazem parte do microsistema de processo coletivo, comunicando-se com os demais diplomas normativos que compõem esse subsistema.

## 2.2 Do conceito de Processo Coletivo

Após esse breve histórico do processo coletivo no Brasil e da formação do microsistema de processo coletivo, necessário se faz estabelecer o conceito de processo coletivo. Para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o processo é coletivo quando o objeto posto em litígio é coletivo, oriundo de uma situação jurídica coletiva, seja ela ativa ou passiva. Assim, se num determinado processo estiver presente a defesa de interesses coletivos (quando teremos o chamado processo coletivo ativo) ou se afirmar a existência de dever ou estado de sujeição, vindicando seu cumprimento (oportunidade em que se verifica o processo coletivo tido como passivo), estar-se-á diante de um processo tido como coletivo.

Nas palavras dos referidos autores:

“O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação litigiosa é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe, etc; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo.

*Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.).* Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica ativa ou passiva.” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2014, p. 38-39)

Para os mencionados autores, não é a legitimidade ativa e o regime diferenciado da coisa julgada, ao lado do objeto, que caracterizam e definem o que vem a ser processo coletivo. O fato de a ação coletiva ser proposta por um legitimado autônomo e que poderá culminar numa sentença cujo comando irá vincular, em regra, um determinado grupo de pessoas, não é suficiente para definir o que se entende por processo coletivo.

Isto porque existem outras hipóteses previstas no ordenamento pátrio de legitimação extraordinária para a defesa de interesses individuais, como a legitimação conferida ao Ministério Público para a propositura de ação de alimentos em favor de incapaz.

Além disso, a vinculação dos efeitos da sentença a uma coletividade (o que se entende aqui por regime especial da coisa julgada) é, em verdade, uma decorrência lógica da própria ação coletiva. Ao se entender que o processo coletivo se caracteriza pela presença de uma relação jurídica coletiva (objeto da ação), a coisa julgada da sentença proferida em uma ação deste tipo deve realmente atingir todo o grupo de pessoas envolvidas no direito que se está tutelando ou no estado de sujeição que está sendo afirmado. Assim, a extensão dos efeitos da coisa julgada também não acrescenta nada ao conceito de processo coletivo.

Dessa maneira, o que define o processo coletivo é a presença de uma relação litigiosa coletiva em um dos termos da ação, seja no polo passivo ou no polo ativo, caracterizado pela presença de um grupo, quer tutelando direitos pertencentes a uma coletividade, quando se verificará o processo coletivo ativo, quer afirmando uma situação jurídica coletiva passiva, em que haverá o processo coletivo passivo.

Estabelecendo o conceito de processo coletivo, conceitua-se, por derivação, ação coletiva e tutela jurisdicional coletiva, segundo os já mencionados autores:

*“Ação coletiva é, pois, a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva. Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade, que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos).” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2014, p. 40)*

Para o presente trabalho, o tipo de processo coletivo que interessa é o ativo, em que se está a tutelar direitos pertencentes aos integrantes de uma coletividade, razão pela qual, apesar de aqui conceituado, não nos referiremos ao processo coletivo passivo, de modo que, ao falar em processo coletivo, aludiremos unicamente ao processo coletivo ativo, pois a ação civil pública é uma ação que busca tutelar juridicamente uma situação coletiva ativa.

### 2.3 Da importância do Processo Coletivo para a Garantia do Acesso à Justiça

Os instrumentos processuais tradicionais, voltados à tutela de interesses meramente individuais, passam a não dar conta de oferecer respostas suficientes à defesa de novos direitos que passam a surgir, quando se percebe que o liberalismo burguês, influenciado pelo iluminismo, centrado no indivíduo considerado de forma isolada, foi superado, ao afirmar-se e reconhecer direitos metaindividuais, que toca a uma coletividade, não mais a um indivíduo isoladamente. Como exemplo destes interesses podemos citar o reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

Além disso, numa sociedade cada vez mais massificada, em que diversos indivíduos participam de uma mesma relação jurídica, contratual ou fática, surgem violações a direitos individuais, mas que decorrem de origem comum e que podem ser defendidos coletivamente por meio de uma única relação jurídico-processual, a exemplo do que passou a ocorrer com os consumidores, em que uma lesão praticada por um fornecedor atinge diversos consumidores de uma vez só.

Dessa maneira, podemos dizer que as preocupações com o meio ambiente e com a defesa do consumidor em juízo deram a tônica da necessidade de desenvolvimento de meios processuais para a adequada proteção de interesses deste tipo, compreendendo-

se que os meios tradicionais não eram capazes de oferecer resposta satisfatória a estas novas demandas. Assim assevera Teori Zavascki:

“Preservação do meio ambiente e defesa do consumidor, portanto, embora não exclusivamente, o ponto de partida para o movimento reformador, verificado em vários sistemas jurídicos, que acabou gerando o aparecimento, por um lado, de regras de direito material (civil e penal) destinadas a dar consistência normativa às medidas de tutela daqueles bens jurídicos ameaçados e, por outro lado, de correspondentes mecanismos de natureza processual para operacionalizar sua defesa em juízo. Tomou-se consciência, à época, da quase absoluta inaptidão dos métodos processuais tradicionais para fazer frente aos novos conflitos e às novas configurações de velho conflitos, especialmente pela particular circunstância de que os interesses atingidos ou ameaçados extrapolavam, em muitos casos, a esfera meramente individual, para atingir uma dimensão maior, de transindividualidade.” (ZAVASCKI, 2014, p. 27-28)

O Estado do Bem-Estar Social (*WelfareState*) surge após se verificar que o Estado Liberal, ao garantir somente direitos civis e políticos, sobretudo, a liberdade do indivíduo e a igualdade formal, abre portas para desigualdades materiais e aumenta as situações de injustiça social. Isto se deu porque no liberalismo o Estado devia intervir minimamente na sociedade, devendo ele apenas garantir a manutenção da ordem econômica e proporcionar aos indivíduos os instrumentos de proteção de suas liberdades.

Com a falência e superação do Estado Liberal e o aparecimento do *WelfareState*, surgem os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, que consagram direitos sociais, econômicos e culturais, exigindo maior participação direta do Estado na garantia dos direitos. Podemos destacar como exemplos de tais direitos, o direito à saúde, educação, moradia etc.

Conforme esclarece Dirley da Cunha Jr.:

“Toda essa transformação, portanto, ocorreu em virtude do fracasso do Estado liberal, que não logrou concretizar materialmente as conquistas formais e abstratas da liberdade, e sobretudo, da igualdade. Com a ascensão do Estado social, surgem os direitos de segunda dimensão, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das

liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas.” (CUNHA JR., 2012, p. 621)

Num momento posterior, aparecem os direitos fundamentais de terceira dimensão, que outorga os chamados direitos de solidariedade, consagrando direitos pertencentes a uma coletividade, cuja titularidade é difusa ou coletiva, e não do indivíduo considerado de forma isolada. Inserem-se nesta dimensão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à autodeterminação dos povos.

Nas palavras de Dirley da Cunha Jr.:

“Como resultado de novas reivindicações do gênero humano, sobretudo ante o impacto tecnológico e o estado contínuo de beligerância, esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa. Compreendem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento.” (CUNHA Jr., 2012, p. 626-627)

Como se vê, os direitos surgidos nestas duas dimensões, em regra, não pertencem a um indivíduo apenas, mas a um grupo, que pode ser reduzido (*v.g.* os integrantes de determinada comunidade quilombola indígena) ou mais amplos (como o direito ao meio ambiente equilibrado que interessa a toda a coletividade) e, ainda quando são titularizados por um indivíduo, podem ser eles defendidos de forma coletiva.

Dessa maneira, ante o surgimento de tais direitos meta-individuais, inclusive aqueles individuais que podem ser defendidos numa única relação jurídico-processual por terem origem comum, vem a necessidade de instrumentos processuais aptos a tutelar tais direitos, tendo em vista que o processo civil até então foi moldado para atender a demandas individuais.

Como esse panorama jurídico-processual não mais refletia a realidade social, destacadamente, o surgimento de demandas de massa, que não podem ser tuteladas individualmente, surge o processo coletivo, à margem do Código de Processo Civil, através de um subsistema jurídico de processo coletivo, como já visto neste trabalho.

Conforme afirma Daniel Assumpção Amorim Neves:

“Esse desenvolvimento da tutela coletiva é compreensível. Os direitos transindividuais não podem ser efetivamente protegidos pela tutela individual, a qual, no Brasil, está essencialmente prevista no sistema processual criado pelo Código de Processo Civil. Sem as devidas adaptações de alguns institutos processuais, notadamente da legitimidade ativa e da coisa julgada, a efetiva tutela dessas espécies de direito material seria inviável. Daí a necessidade imprescindível de formação de um novo sistema, da criação e disponibilização às partes de uma nova espécie de tutela, chamada de tutela coletiva.” (NEVES, 2014)

“O que se pretende deixar claro é que a tutela coletiva é absolutamente imprescindível para a proteção de direitos difusos e coletivos, e sem ela jamais poderão ser devidamente atendidos com a aplicação da tutela individual.”(NEVES, 2014)

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. enxergam dois tipos de fundamentos para a existência das ações coletivas: um de ordem política judiciária, centrada no princípio da economia processual; e outro de ordem sociológica, vendo na ação coletiva um instrumento para facilitar o acesso à Justiça.

A justificativa sociológica, materializada pela busca do acesso à Justiça de forma efetiva, entregando com eficiência a prestação jurisdicional vindicada, é verificada pelo crescimento das chamadas demandas de massa, que envolvem os direitos pertencentes a uma coletividade ou que, ainda que individuais, podem ser defendidos coletivamente.

Consoante afirmado acima, tais demandas surgiram a partir da outorga de direitos sociais, econômicos, culturais e até de solidariedade, destacando nestes últimos a defesa do meio ambiente, que atualmente é tão manejada através de ações coletivas. Estes direitos, que surgiram como direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensão, necessitam de meios específicos para sua defesa, ante a insuficiência dos instrumentos processuais para tutelar direitos individuais. Nas palavras dos citados autores:

“As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das demandas de “massa” instigando uma “litigiosidade de massa”, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra



Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os “consumidores” do direito, as demandas individuais não faziam mais frente à nova realidade complexa da sociedade.” (DIDIER JR., ZANETTI JR., 2014, p. 32)

Isto porque, atualmente, quando se fala em princípio do acesso à Justiça, refere-se ao acesso a uma ordem jurídica justa, que seja capaz de oferecer uma resposta jurisdicional adequada, célere e eficaz à demanda posta em juízo. Esta nova visão do princípio impõe que a ciência processual encontre meios de efetivar o direito material presente na demanda da melhor forma possível.

Por tal razão é que o processo coletivo existe, com princípios e regras próprios, a fim de oferecer a resposta mais adequada às demandas de massa, que trazem direitos pertencentes a um grupo ou que podem ser tutelados num único processo. Com efeito, os instrumentos de tutela individual não são suficientes para o atendimento das demandas traduzidas pelos direitos surgidos com o fim do Estado Liberal.

Dessa maneira, acaso não existisse o ramo do processo coletivo para oferecer a tutela adequada a tais direitos, o princípio em comento, que está previsto no art. 5º, XXXV, da CF seria desrespeitado. Quando o referido dispositivo constitucional estabelece que lesão ou ameaça à direito não será excluída da apreciação do Judiciário, impõe que se crie uma ordem jurídica capaz de dar respostas a todas as pretensões postas em juízo, inclusive as demandas coletivas, que só terão respostas satisfatórias através da aplicação das normas próprias do processo coletivo.

Daniel Amorim Assumpção Neves afirma no mesmo sentido:

“A urgência na criação de uma nova forma de tutela para proteger os direitos transindividuais é explicada corretamente pela doutrina como forma de atender o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Consagrado pelo art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), o princípio da inafastabilidade tem dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no

entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material. Interessa ao presente estudo o segundo aspecto.”

“O acesso ao processo dos direitos transindividuais seria impossível com a aplicação do sistema criado para a tutela individual. E, nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrada constitucionalmente seria flagrantemente desrespeitado. A única forma de fazer valer concretamente o princípio constitucional nesse caso, portanto, seria – como foi – com a criação da tutela coletiva.” (NEVES, 2014)

De outra banda, segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. o fundamento político da existência do processo coletivo está centrado no princípio da economia processual, notadamente porque uma só relação jurídico-processual é capaz de resolver uma demanda que envolve várias pessoas e que, não fosse o processo coletivo, ensejaria a propositura de diversas demandas individuais, o que é mais perceptível na tutela de direitos individuais homogêneos, aumentando os custos para a prestação jurisdicional.

Demais disso, resolvendo-se uma demanda coletiva através de um único processo, evitam-se decisões contraditórias no âmbito do Poder Judiciário, aumentando a credibilidade e confiança deste Poder perante a sociedade e contribuindo para a pacificação e harmonização social, em virtude de oferecer mais segurança jurídica.

Na esteira do que afirmam os referidos autores:

*“As motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana. Outra conseqüência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45/04)” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2014, p. 32)*

Para oferecer as respostas satisfatórias às demandas coletivas, o processo coletivo teve de se revestir de institutos com roupagem diferente se comparado ao processo individual. De início, a legitimação ativa, que encontra disciplina rígida no CPC, segundo o qual apenas o titular do direito pode pleiteá-lo em juízo (como estabelece os

já transcritos arts. 6º do CPC/1973 e 18, *caput*, do CPC/2015), deve se abrir para que terceiros representem judicialmente os titulares dos direitos coletivos *lato sensu*.

Assim, é adotada uma legitimação extraordinária, autônoma e aberta, em que a lei passa a legitimar certas pessoas ou órgãos a atuar em juízo em prol de direitos alheios, pertencentes a um grupo ou, ainda que individuais, de origem comum. Neste aspecto, Ada Pellegrini Grinover afirma que, existindo mais de um legitimado legalmente para atuar na defesa de direitos coletivos, apesar do silêncio da legislação brasileira, a atuação deve ser do representante adequado, entendido como aquele que apresenta “as necessárias condições de seriedade e idoneidade” (2007, p. 11) para portar em juízo interesses pertencentes a um grupo, devendo o juiz verificar se aquele que está propondo a ação é realmente o representante adequado daqueles interesses.

Outro importante instituto diz respeito ao regime da coisa julgada adotado nas ações coletivas. Já que nestas ações um legitimado extraordinário atua em nome dos titulares dos direitos, é natural que a sentença nelas proferidas faça coisa julgada em relação a todas as pessoas envolvidas na relação jurídica coletiva posta em juízo, em outros termos, os representados. Por tal razão é que as sentenças nos processos coletivos, ao contrário do que ocorre no processo individual, vinculam todos os membros do grupo, em regra, mesmo que não tenham participado da relação jurídico-processual.

A legitimação extraordinária, através do representante adequado, e o regime especial da coisa julgada são os institutos mais importantes que a dogmática do processo coletivo desenvolveu para que fosse oferecida a resposta jurisdicional satisfatória para as demandas de natureza coletiva. É assim que pensa Teori Zavascki:

“Os pontos mais sensíveis para a estruturação de um processo capaz de dar resposta às exigências e aos desafios do novo tempo foram detectados desde logo: a legitimação ativa, que deveria despojar-se de seus vínculos estritamente individualistas, a fim de permitir ‘que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos’; e a coisa julgada, que também deveria assumir contornos mais objetivos, para vincular ‘a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos’. A nova compreensão desses dois institutos deu ensejo a que se percebesse, com clareza, que ‘a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode

assegurar a realização dos direitos públicos relativos a interesses difusos'." (ZAVASCKI, 2014, p. 28)

É dentro desta perspectiva que surge a ação civil pública, como um meio processual colocado à disposição dos legitimados com vistas a promover a efetiva defesa dos interesses coletivos, através de um procedimento moldado para atender adequadamente estas demandas.

## 2.4 A Ação Civil Pública

Dentre as ações coletivas previstas no nosso ordenamento jurídico, uma das que possui maior destaque é a ação civil pública, que foi instituída e regulamentada pela Lei 7.347/1985. Seja porque a Constituição da República outorgou ao Ministério Público este instrumento processual para defesa dos interesses difusos e coletivos, em seu art. 129, III, seja pela amplitude do seu objeto, de modo que os legitimados podem se valer deste tipo de ação para a proteção de quaisquer interesses difusos ou coletivos, seja por suas próprias características que possibilitam uma defesa eficaz destes direitos, a ação civil pública é uma das ações coletivas mais utilizadas no dia a dia forense.

Ação civil pública é a ação cujo procedimento está disciplinado na Lei 7.347/1985, que visa a disciplinar as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Dentro da perspectiva talhada no tópico anterior, do surgimento de novos direitos, cujos titulares não são pessoas determinadas ou mesmo sendo, os direitos possuídos possuem origem comum, a ação civil pública surge como o meio para tutelar de forma eficaz e eficiente tais direitos. São interesses que, à exceção dos direitos individuais homogêneos, não podem ser apropriados individualmente e, por tal razão, os institutos processuais existentes até então, propriamente moldados para a tutela de direitos individuais, não poderiam dar a resposta satisfatória às agressões constantes sofridas por estes novos direitos.

Nas palavras de Arruda Alvim:

“O capitalismo, de outra parte, que possivelmente encontra à sua base a industrialização, acaba implicando acentuadamente lesões a determinados bens, de que se pode dizer constituem o âmago dos bens protegidos pela Ação Civil Pública, tal como consta do elenco do seu art. 1º. Tais bens – ontologicamente insuscetíveis de apropriação individual – configuram interesses e direitos difusos, de

toda a coletividade, os quais, correlatamente às agressões que vieram, paulatina e crescentemente a sofrer, passaram a ser especialmente prezados pelo Legislador, que acorreu na defesa e tutela dos mesmos. A ação civil pública, principalmente, colima a proteção de bens e valores que vieram a ser havidos como socialmente relevantes, cuja tutela vem marcada pela indisponibilidade, tanto no plano do direito material, quanto no plano do direito processual.”

“A ação civil pública protege “novos” bens jurídicos, entronizando no ordenamento uma nova e privilegiada pauta de bens e valores, com o caráter de interesses e direitos difusos ou coletivos (sucessivamente alargada para direitos individuais homogêneos). Essa tutela é marcada com as características de indisponibilidade (direito e interesse social), regidos esses sistemas por normas cogentes ou de ordem pública. A extensão dessa proteção é ampla, e, favorável a decisão, esta revestir-se-á de imutabilidade, abrangendo a todos, com eficácia *erga omnes*”. (ARRUDA ALVIM, 2014, p. 119).

É a ação civil pública que surge como o meio processual para oferecer a resposta necessária às agressões aos novos direitos, de caráter transindividual, incorporando no ordenamento jurídico a defesa destes direitos e instrumentalizando a efetivação do direito material de natureza coletiva, que passou a estar cada vez mais presente no sistema jurídico pátrio. Direitos estes que são quase sempre inviáveis de serem defendidos individualmente, pelas pessoas integrantes do grupo atingido, por razões de ordem técnica, fática, jurídica e financeira.

O advento da Lei da Ação Civil Pública representou significativo avanço do processo coletivo no Brasil e foi de destacada importância para a adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. A lei em referência foi o primeiro diploma legislativo de tutela coletiva após a Lei 4.717/1965, conhecida como Lei da Ação Popular, e foi a primeira lei que trata sobre processo coletivo de uma série de diplomas legislativos publicados em seguida.

“Todavia, foi a Lei 7.347, de 24.07.1985, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos*. Essa Lei, conhecida como *Lei da Ação Civil Pública*, veio preencher uma importante lacuna do sistema do

processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.” (ZAVASCKI, 2014, p. 30)

Assim, a ação civil pública surge como um importante instrumento processual verdadeiramente apto para a tutela de direitos coletivos em sentido amplo, num momento em que o processo civil só havia se preocupado com a defesa de interesses meramente individuais pela atuação em juízo dos seus próprios titulares.

Nessa linha, a Lei da Ação Civil Pública estabeleceu um procedimento, marcado por institutos e características que promoveram um grande avanço no desenvolvimento do processo coletivo e na adequada proteção dos interesses transindividuais e influenciando todo o subsistema processual coletivo que viria em seguida.

Um primeiro avanço trazido pela Lei 7.347 para o desenvolvimento do processo coletivo em relação à Lei da Ação Popular foi que este tipo de ação destina-se à veiculação de pedido de anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público em sentido amplo (art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei 4.717/1965), ao passo que a ação civil pública tem por objetivo a responsabilização dos causadores de danos a quaisquer interesses difusos ou coletivos, havendo possibilidade de cumulação de pedidos de natureza preventiva, reparatória e compensatória.

Outra contribuição significativa que a LACP trouxe foi a legitimação extraordinária de determinadas pessoas e órgãos para a propositura da ação civil pública em defesa de interesses transindividuais pertencentes a pessoas que não integrarão a relação processual, porém serão diretamente atingidos pelos resultados dela advindos. Dessa maneira, a Lei 7.347, ao estabelecer o rol de legitimados para a ação civil pública, em seu art. 5º, determinou que a regra nas ações coletivas é a legitimação extraordinária, em que parte e beneficiário da ação deixam de coincidir, como se passa na legitimação ordinária, que é a regra no processo individual, como determina o art. 18, *caput*, do CPC/2015.

Não poderia ser de forma diversa, pois tendo por objeto a tutela de interesses pertencentes a determinado grupo, inclusive, com possibilidade de que titulares sejam pessoas indeterminadas (como ocorre com os direitos difusos, pela definição do art. 81, I,



do CDC), a legitimidade deve pertencer a um substituto processual que possa representar adequadamente os interesses postos em juízo através da ação civil pública.

Consoante já afirmado no presente trabalho, se se está buscando tutelar interesse pertencente a um determinado grupo de pessoas, a decisão sobrevinda da relação processual coletiva deve despojar-se dos seus limites subjetivos meramente individuais, vinculando apenas as partes que participaram do processo, para atingir toda a coletividade envolvida com aquele direito de natureza coletiva.

Desse modo, a Lei 7.347 tratou de estabelecer, em seu art. 16, que a sentença civil proferida em ação civil pública

“fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se da nova prova”.

Nesse sentido, a lei em comento determinou que, em regra, a decisão final de primeiro grau em ACP possuirá eficácia *erga omnes*, atingindo todos os interessados/envolvidos naquele direito coletivo ofendido.

Para Teori Zavascki, estas duas contribuições da LACP, a saber, a legitimação extraordinária *ex lege* de um substituto processual e o regime especial da coisa julgada, vinculando não apenas as partes do processo, foram as mais importantes para o desenvolvimento do processo coletivo e para a adequada tutela dos interesses a que esta lei se destinou a tutelar:

“Destinadas a tutelar direitos e interesses transindividuais, isto é, direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a outros grupos ou classes de pessoas, as ações civis públicas caracterizam-se por ter como legitimado ativo um substituto processual: o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos. Caracterizam-se, também, pelo especial regime da coisa julgada das sentenças nelas proferidas, que têm eficácia *erga omnes*, salvo quando nelas for proferido juízo de improcedência por falta de provas, hipótese em que qualquer dos legitimados ativos poderá

renovar a ação, à base de novos elementos probatórios” (ZAVASCKI, 2014, p. 15)

A ação civil pública é assim denominada em razão da sua legitimidade ativa, conferida ao Ministério Público, à Defensoria Pública, às pessoas jurídicas de direito público e aos demais entes da administração indireta e associações cuja finalidade coincida com o direito posto em juízo. Assim se percebe que os legitimados, à exceção das associações, fazem parte do Estado, que atuarão na defesa de interesses pertencentes a um determinado grupo, cujos integrantes não farão parte da relação jurídico-processual. Por tal razão, a ação recebeu a denominação de pública, para distinguir-se das ações civis privadas, ajuizadas individualmente por particulares para a defesa de interesses individuais próprios.

A ação civil pública faz um contraponto à ação penal pública. Foi ela moldada para que o Ministério Público tivesse um meio processual em suas mãos para o exercício das atribuições que lhe foi incumbido, notadamente, a defesa dos interesses transindividuais civilmente.

Da mesma maneira que o órgão ministerial dispunha da ação penal para efetivar seu mister de responsabilizar criminalmente aqueles suspeitos da prática de delitos, necessitava de um meio para buscar responsabilizar civilmente aqueles que cometessem atos ilícitos contra a coletividade e contrários ao interesse público, atingindo, assim, direitos de natureza transindividual, tendo em vista que o Ministério Público sempre foi o guardião do ordenamento jurídico e da sociedade. Esta conclusão é embasada pela Lei Complementar 40, de 14.12.1981, ao estabelecer, em seu art. 3º, que são funções institucionais do Ministério Público a promoção da ação penal pública e da ação civil pública.

Apesar de ser originariamente um meio processual para a atuação do Ministério Público, quis a Lei 7.347 conferir legitimidade a outros órgãos e entes, além do órgão ministerial, a fim de possibilitar uma defesa mais efetiva dos interesses transindividuais lesados. Contudo, Hugo Nigro Mazzilli afirma que a referida lei não adotou a melhor técnica ao nominar como ação civil pública a ação criada para a defesa de interesses transindividuais por outros legitimados além do Ministério Público. Isto porque, na esteira do que acabamos de expor, advoga este autor que “a rigor, sob o aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público” (MAZZILLI, 2007, p. 69). O pensamento deste autor também encontra embasamento no que dispõe a LC 40/1981.

Assim, para o referido autor, tecnicamente, só se pode falar em ação civil pública quando for ela proposta pelo Ministério Público. Caso a ação proposta pelo procedimento

da Lei 7.347/1985 for ajuizada por qualquer outro dos colegitimados, será uma ação coletiva, a exemplo das outras existentes no nosso ordenamento jurídico. Todavia, na prática forense, toda a ação para a defesa de direitos transindividuais, que estiver submetida ao rito preconizado pela Lei 7.347, deverá ser chamada ação civil pública, pois assim a nominou a lei em referência.

Diversas leis que versam sobre direitos coletivos em sentido amplo fazem referência à ação civil pública como o meio processual para a tutela de tais direitos, tendo algumas, inclusive, estabelecido específicas normas processuais em relação à LACP. Dentre estes diplomas normativos, podemos destacar a Lei 7.853/1989 (que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, disciplinando direitos coletivos destas pessoas), a Lei 8.078/1990 (que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, disciplinando a tutela de direitos transindividuais dos consumidores) e a Lei 10.741/2003 (que instituiu o Estatuto do Idoso e disciplinou a tutela de interesses coletivos de pessoas idosas). Contudo, todas as ações civis públicas ajuizadas para tutela destes interesses seguem, em sua essência, o rito previsto na Lei 7.347/1985.

A ação civil pública pode ter finalidade reparatória, como deixa claro o art. 1º, *caput*, da LACP, ao estabelecer que esta ação tem por objetivo responsabilizar os causadores de danos aos direitos difusos e coletivos, visando sua condenação a quantia correspondente para o ressarcimento devido, bem como obter provimento jurisdicional que obrigue o réu a obrigação de fazer ou não fazer, como prescreve o art. 3º.

Pode ser obtida também tutela preventiva, a fim de que seja evitado o dano a qualquer dos interesses transindividuais, apesar de o art. 4º se referir equivocadamente à “ação cautelar” para tal finalidade. O equívoco está no fato de que a tutela cautelar tem cunho provisório e existe para garantir a utilidade prática de um processo tido como principal, ao passo que o objetivo do referido dispositivo legal é a obtenção de tutela definitiva do próprio objeto principal da ação, a fim de evitar um dano, inibindo-o, possuindo, portanto, natureza preventiva e não cautelar.

Desta maneira, a ação civil pública se presta à obtenção de tutela reparatória, à condenação de fazer ou não fazer bem como a preventiva. Tais tutelas podem ser perfeitamente cumuladas numa só ação, a depender da natureza do direito material a ser protegido, apesar do uso da partícula “ou” no art. 3º, levando alguns juristas a crer que não podia ser cumulado pedido de condenação em dinheiro com cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Porém, atualmente, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que é plenamente possível essa cumulação, tendo em vista a necessidade da efetiva tutela dos interesses postos em juízo. Isto porque, ontologicamente, o processo existe para dar efetividade e instrumentalizar o direito material, razão pela qual as normas processuais devem ser interpretadas segundo a melhor maneira de atingir o fim a que se propõem. Dessa maneira, acaso seja cabível a cumulação destes dois pedidos para a efetiva tutela do interesse posto em juízo, podem ser veiculados em uma mesma ação.

Essa possibilidade de obtenção de tutela preventiva, reparatória e de prestações com natureza distinta em ação civil pública levou Teori Zavascki a afirmar que este tipo de ação é um instrumento de múltipla aptidão capaz de conferir tutela integral aos direitos transindividuais. Nas palavras do referido autor:

“Bem se vê, destarte, à luz destes dispositivos, que a ação civil pública é instrumento com múltipla aptidão, o que a torna meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais: tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (indenizações em dinheiro) ou pessoal (de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta todo o leque e provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios.” (ZAVASCKI, 2014, p. 57)

Em relação ao objeto da ACP, inicialmente o art. 1º, IV, que estabelecia ser cabível este tipo de ação para defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo, afora os interesses transindividuais especificados nos incisos anteriores, foi vetado pelo então Presidente da República, sob o argumento de que a ampla abrangência da expressão poderia causar insegurança jurídica. Contudo, após a promulgação da Carta da República de 1988, tal veto perdeu seu sentido, uma vez que, em seu art. 129, III, a Constituição conferiu ao Ministério Público a atribuição de proteger quaisquer interesses difusos ou coletivos, através da ação civil pública.

Dessa maneira, ante esta disposição constitucional, os estudiosos do tema já vinham entendendo que a ACP, proposta pelo Ministério Público ou não, também se destinava à tutela de quaisquer interesses transindividuais, e não apenas os enumerados nos incisos do art. 1º. Isto porque a vontade do legislador constituinte era a de que este instrumento processual estivesse à disposição para a defesa de todos os direitos coletivos em sentido amplo.

Dois anos após a promulgação da Constituição, a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, pôs fim as discussões existentes, ao incluir o inciso IV

no art. 1º da LACP, estabelecendo expressamente que a ação civil pública também poderia ter por objeto a proteção de outros interesses difusos ou coletivos. Porém, foi dado início a uma nova controvérsia, qual seja, a possibilidade de a ACP servir como instrumento também para a defesa dos interesses individuais homogêneos, segundo a definição traçada pelo art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/1990.

Tendo a LACP se referido somente a interesses difusos ou coletivos, surgiu corrente jurisprudencial entendendo que os únicos interesses individuais homogêneos que podem ser tutelados por meio de ação civil pública são os pertencentes aos consumidores, em razão da expressa disposição do CDC, ao estabelecer a defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, bem como, em seu art. 90, prescrever que as disposições da Lei 7.347/1985 se aplicam às ações coletivas para a defesa do consumidor.

Entretanto, para Hugo Nigro Mazzilli, qualquer tipo de interesse individual homogêneo pode ser tutelado por ação civil pública, vez que a LACP e o CDC se integram e se complementam de forma recíproca, como deixam claro os arts. 21 da Lei 7.347/1985 e 90 da Lei 8.078/1990. Assim, o que o CDC disciplina acerca da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, se aplica também aos demais direitos desta espécie, sendo defendidos pelas disposições do código consumerista e da LACP.

Nesse sentido, ao estabelecer que os interesses individuais homogêneos são uma das espécies do gênero direitos coletivos *lato sensu*, o CDC abriu a possibilidade de que quaisquer direitos individuais de origem comum fossem defendidos coletivamente. Não há razão para restringir o princípio constitucional do acesso à Justiça quando se queira defender coletivamente direitos individuais homogêneos. Nas palavras do referido autor:

“Esse entendimento restritivo não se sustenta, porém, em face do sistema conjugado da LACP e do CDC, que se integram reciprocamente. Com efeito, estão alcançados pela tutela coletiva os interesses individuais homogêneos, de qualquer natureza, relacionados ou não com a condição de consumidores dos lesados. Por isso, e em tese, cabe também a defesa de qualquer interesse individual homogêneo por meio da ação civil pública ou coletiva, até porque seria inconstitucional impedir o acesso coletivo à jurisdição.”  
(MAZZILLI, 2007, p. 668)

Para alguns que buscam maior precisão técnica-terminológica, a exemplo de Teori Zavascki, a ação civil pública se destina apenas a tutela de direitos transindividuais, dentre os quais não estão incluídos os direitos individuais homogêneos, uma vez que seus

titulares são determinados e os interesses são divisíveis, tendo, pois a possibilidade de serem defendidos individualmente (ZAVASCKI, 2014, p. 55). Por tal razão, os direitos individuais de origem comum não podem ser considerados espécie de direito coletivo, malgrado o disposto no art. 81 do CDC, que considera os interesses individuais homogêneos como espécie dos direitos metaindividuais.

Para este autor, a tutela coletiva destes direitos se daria através de ação coletiva, com esteio nos arts. 91 a 100 do CDC, mas não mediante ação civil pública propriamente dita. Apesar do seu posicionamento, o autor reconhece que esta precisão na distinção terminológica é mais didática do que prática, pois no dia a dia forense a ação civil pública é o nome dado às ações relacionadas com o processo coletivo.

Em verdade, distinguir ação civil pública e ação coletiva não traz utilidade prática à defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, uma vez que, consoante afirmam Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, tanto a ação civil pública como estabelecida pela Lei 7.347/1985 e quanto a ação coletiva disciplinada pelo CDC “significam invocar a prestação jurisdicional para tutela das mais diversas espécies de direitos coletivos” (2014, p. 506), tendo em vista que pelo disposto no CDC, direitos individuais homogêneos são uma das espécie de direitos transindividuais.

Até porque, segundo a definição proposta em tópico anterior, ação coletiva é a ação que dá origem a um processo coletivo, em que se tutela direito pertencente a um grupo, ou se afirma uma situação jurídica coletiva passiva. Conforme já dito no início deste tópico, a ação civil pública é uma espécie de ação coletiva. Tendo o CDC se referido apenas a ação coletiva de forma genérica, ao invés de falar especificamente em ação civil pública como fizeram outras leis que tutelam direitos coletivos, bem como que as disposições da LACP se aplicam à defesa coletiva do consumidor, não há porque negar, diante do cabedal normativo existente, que ação civil pública se presta à defesa de qualquer direito metaindividual.

Em reforço ao aqui defendido, anote-se que a Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União - LOMPU), em seu art. 6º, VII, e a Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - LONMP), em seu art. 25, IV, a, conferem possibilidade para que o Ministério Público instaure inquérito civil para a defesa de interesses individuais homogêneos. Se o órgão ministerial pode instaurar um procedimento preparatório investigativo, que pode desaguar na propositura de ação civil pública. Inclusive o mencionado dispositivo da LONMP estabelece que o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública para a defesa destes interesses, apesar de a LOMPU referir-se ao ajuizamento de ação coletiva para tanto, o que nos remete ao que já foi dito nos parágrafos anteriores.



Não é óbice à conclusão aqui esboçada o entendimento doutrinário de que o Ministério Público não pode atuar na defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos e até coletivos *stricto sensu*, devendo, como afirma Hugo Nigro Mazzilli, o órgão atuar apenas quando haja efetiva conveniência social. Para este autor, a conveniência social a justificar a atuação do Ministério Público deve ser aferida de acordo com os seguintes critérios:

“[...] a) Conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas, p. ex.); b) conforme a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); c) conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, questões tributárias etc.).” (MAZZILLI, 2007, p. 102)

Apesar de este apontamento apenas não se referir aos direitos difusos, são com os direitos individuais homogêneos que mais se aplica tal restrição de se verificar a conveniência social, tendo em vista a natureza indivisível dos direitos coletivos, pertencentes a uma determinada coletividade, de modo que a conveniência social restará mais evidente nestes casos.

Essa restrição à atuação ministerial na defesa de interesses individuais homogêneos não representa óbice a que tais direitos sejam sempre defendidos por ação civil pública, podendo esta ser proposta por qualquer outro dos legitimados tratados no art. 5º da Lei 7.347/1985, notadamente, as associações. Dessa maneira, reafirma-se a conclusão acima exposta de que a ação civil pública também pode ter por objeto a tutela de interesses individuais homogêneos.

Com isso, podemos concluir que a ação civil pública é meio processual para a tutela de todo e qualquer interesse transindividual, inclusive aqueles classificados como direitos individuais homogêneos, mesmo que estes sejam considerados por alguns como direitos acidentalmente coletivos.

### **3 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NA FASE DE CONHECIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

#### **3.1 Introdução**

Como visto no capítulo anterior, com a segunda e a terceira dimensões dos direitos fundamentais, foram incorporados ao ordenamento jurídico, sobretudo nas constituições, direitos sociais, econômicos, culturais e de solidariedade. Dessa maneira,

com a superação do Estado liberal, foram consagrados direito à educação, à moradia, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

A consagração destes direitos demonstrou que o modelo jurídico proposto pelo liberalismo burguês, em que pese garantisse a liberdade aos indivíduos para o exercício de direitos civis e políticos, acabava por criar situações de injustiça social, desigualdades, ofensas a bens metaindividuais, desrespeito à dignidade da pessoa humana etc.

Muitos dos direitos trazidos pela segunda e pela terceira dimensão, além de pertencerem a uma coletividade de indivíduos e não apenas a um indivíduo em si considerado, impõem obrigações ao Estado a fim de que concretize efetivamente, de forma direta ou não, tais direitos. Nesse sentido, não mais pode o Estado agir apenas garantindo o exercício das liberdades, fazendo tão somente com que os indivíduos possam alcançar seus objetivos individualmente, por seus próprios méritos. O Estado passa a ser devedor de prestações jurídicas que podem ser dele exigidas, com respaldo no ordenamento jurídico.

Podemos tirar exemplos da nossa Constituição Federal de 1988. Quando a Carta Magna consagra, em seu art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe a todos o dever de preservar o meio ambiente, bem como prevê a responsabilização dos causadores de danos a este bem. Porém, também carrega ao Estado (aqui considerado o Poder Executivo) o dever de fiscalizar a preservação e punir administrativamente os agressores, não mais podendo eximir-se desta obrigação constitucional. No mesmo sentido, como estabelece o art. 196 da Carta da República, é dever do Estado a consecução de políticas de promoção de saúde à população.

Dessa maneira, os direitos atualmente consagrados impõem um maior protagonismo do Estado na sociedade, não sendo mais cabível que apenas garanta o exercício das liberdades e permita que o mercado e os próprios indivíduos se autorregulem e regulem as relações sociais. O Estado passa a atuar ativamente, com a função de concretizar direitos.

Contudo, por diversas razões, nem sempre o Estado o faz de forma espontânea, necessitando, em diversas oportunidades, que seja compelido a imprimir políticas e ações que tenham por escopo a efetivação dos direitos previstos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, um dos meios de fazer com que o Estado atue na concretização de direitos é através da provocação do Poder Judiciário, a fim de se obter tutela jurisdicional com o intuito de obrigar os entes estatais a tanto.

Conforme afirmado no capítulo anterior, muitos desses direitos sociais, econômicos, culturais e de solidariedade, bem como os próprios direitos civis e políticos antes consagrados (que apesar de individuais podem ter origem comum), pertencem a

uma coletividade e, portanto, podem ser defendidos em juízo por meio de ações coletivas. Dentre as ações coletivas, destaca-se a ação civil pública como o meio processual posto à disposição dos seus legitimados para a tutela dos interesses metaindividuais, na esteira do que já fora demonstrado no presente trabalho.

Dessa maneira, não são raras as ações civis públicas propostas contra o Estado, a fim de compeli-lo a cumprir suas obrigações, notadamente, para a tutela de interesses coletivos em sentido amplo a cargo do Estado.

Nessa linha, não é difícil encontrar ação ajuizada em face do Estado cujo pedido seja a recuperação e a preservação de uma Área de Preservação Permanente degradada, nos limites de cada ente federativo, uma vez que os entes estatais, diretamente ou através de seus órgãos ou entes da administração indireta, devem fiscalizar e zelar pelo direito da população ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. De igual maneira, pode ser ajuizada ação civil pública para que o Estado seja obrigado a consertar uma máquina de quimioterapia de um hospital público ou a fornecer determinado medicamento a um grupo de pacientes. Estas são ilustrações de como geralmente as ações civis públicas são ajuizadas em desfavor do Estado.

Esta pequena introdução deste capítulo serve para demonstrar a importância do que será aqui trabalhado. Com efeito, a fim de proteger o erário, ante a supremacia do interesse público sobre o privado, bem como para garantir a efetivação do princípio da isonomia processual, no plano material, passaram a existir prerrogativas processuais a favor do Estado.

Este capítulo se destina a analisar algumas das principais prerrogativas estatais na fase de conhecimento da ação civil pública, e que, de certa forma, influenciam na tramitação deste tipo de ação e na certificação judicial dos direitos que ela se destina a tutelar, para a efetivação destes interesses. Assim, quando nos referirmos aqui a prerrogativas processuais, estamos aludindo somente àquelas verificadas na fase de conhecimento do processo.

Em que pese alguns autores usarem o termo “privilégios” para designar as vantagens processuais que o Estado possui, no presente trabalho, adotar-se-á o termo prerrogativas, seguindo o pensamento de Leonardo Carneiro da Cunha. Para este autor os privilégios:

“consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As ‘vantagens’ processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matriz de

*prerrogativas*, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.” (CUNHA, 2011, p. 35)

Apesar do posicionamento do autor, etimologicamente essa distinção entre os dois termos faz sentido, uma vez que pela definição trazida pelos dicionários, privilégio é uma vantagem concedida a alguém, seja com ou sem fundamento/justificativa. Inclusive, o termo prerrogativa é apontado como sinônimo de privilégio em alguns dicionários da língua portuguesa.

Aliás, não apenas em dicionários, mas também no mundo jurídico. Tomemos como exemplo quando nos referimos a foro privilegiado como sinônimo de foro por prerrogativa de função para designar o juízo competente para o processamento de ações penais ou civis contra determinadas autoridades, denotando a similitude entre os dois termos. A título ilustrativo, registre-se que Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar utilizam estas duas expressões como sinônimas em sua obra (2014, p. 354). Além disso, se se fala em foro privilegiado, afirma-se que é dado um privilégio a algumas autoridades, em que, certamente, há uma justificativa para o seu estabelecimento, que não cabe aqui ser discutida.

Apesar destas considerações, será utilizado o termo “prerrogativas”, em virtude da força do pensamento dos autores que entendem ser apenas esse o termo correto para se referir às vantagens processuais do Estado, malgrado ter o mesmo significado de “privilégios”.

Outrossim, a despeito de o termo “Fazenda Pública” estar relacionado às finanças estatais, processualmente convencionou-se identificar a expressão com o “Estado em juízo”. Inclusive, muitos diplomas normativos usam o termo “Fazenda Pública” para se referir aos entes da administração pública em juízo, como o fazia o art. 188 do CPC/1973 (apesar de o CPC/2015 se referir no art. 183, dispositivo correspondente, a “a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público”). Por tal razão, a expressão “Fazenda Pública” será usada como sinônimo do Estado em juízo como destinatário das prerrogativas processuais.

### 3.2 Destinatários das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública

Inicialmente, cumpre delimitar quais os entes da administração pública que serão beneficiados pelas prerrogativas processuais destinadas à Fazenda Pública.

O termo Fazenda Pública remete aos entes da administração pública que possuem personalidade jurídica de direito público. Dessa maneira, possuem o chamado

“regime de Fazenda Pública”, com todas as prerrogativas e limitações aplicáveis, os entes federativos (a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal), as suas autarquias e as suas fundações de direito público, os dois únicos entes descentralizados que possuem personalidade de direito público.

Em relação às fundações, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que, a depender do seu objeto de atuação, as fundações podem possuir natureza de direito privado ou de direito público. Neste último caso serão chamadas de autarquias fundacionais, uma vez que, apesar de criadas nos moldes de uma fundação, exercem atribuições típicas de Estado, que foram descentralizadas quando do ente fundacional, sendo, pois, equiparadas às autarquias. Dessa maneira, quando a fundação tiver natureza de direito público, lhe será aplicado o regime da Fazenda Pública, inclusive, gozando das prerrogativas processuais próprias do Estado.

As agências reguladoras, criadas para fiscalizar, regular, normatizar a prestação de serviços públicos ou de atividades econômicas exercidas por particulares, mas de interesse da coletividade, também fazem parte da Fazenda Pública. Não poderia ser de forma diversa, uma vez que as agências reguladoras são criadas da mesma forma que as autarquias, porém, para garantir o cumprimento de suas finalidades, estão submetidas a um regime especial, que lhes confere maior independência e autonomia financeira e administrativa. São, em verdade, autarquias especiais, razão pela qual estão submetidas ao regime da Fazenda Pública, gozando das prerrogativas processuais.

De igual maneira, as agências executivas também possuem natureza de Fazenda Pública, sendo, de igual modo, consideradas autarquias especiais. Estas agências são autarquias ou fundações públicas que, por demonstrarem ineficiência no desempenho de suas atribuições, celebram contrato de gestão com a Administração Pública Direta, recebendo mais verbas e mais autonomia e, em contrapartida, comprometendo-se a aumentar sua eficiência através das medidas estabelecidas no próprio contrato de gestão. Possuindo a condição de autarquias ou fundações de direito público, mesmo que temporariamente ganhando denominação diversa, não há dúvidas de que fazem parte da Fazenda Pública e gozam das prerrogativas processuais.

Leonardo Carneiro da Cunha trata sobre esta qualificação dada às agências executivas e as agências reguladoras:

“A esse rol de pessoas jurídicas de direito público acrescem as agências, às quais se tem atribuído a natureza jurídica de autarquias especiais, significando dizer que tais agências se constituem de

“pessoas jurídicas de direito público, destinadas a desempenhar atividade pública. As agências podem ser executivas ou reguladoras.” (CUNHA, 2011, p. 17)

Ademais, os consórcios públicos, firmados com respaldo na Lei 11.107/2005, mediante a constituição de uma associação pública, também participa da definição de Fazenda Pública, por adquirirem personalidade jurídica de direito público e fazerem parte da Administração Pública Indireta dos entes políticos que os instituíram. Dessa maneira, também gozam das prerrogativas processuais do Estado.

Em relação às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), há de ser feita uma diferenciação. Estas empresas, apesar de fazerem parte da administração pública indireta e estarem submetidas às restrições administrativas impostas à Administração Pública, possuem natureza de direito privado. Segundo estabelece o art. 173, § 1º da Constituição Federal, elas podem ser criadas para a consecução de dois objetivos, quais sejam: 1) a exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens; 2) a prestação de serviços públicos.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, quaisquer empresas estatais não fazem parte do conceito de Fazenda Pública, por possuírem natureza jurídica de direito privado, mesmo que sejam criadas para a prestação de serviços públicos, não gozando, pois, das prerrogativas processuais conferidas ao Estado. Nas palavras do referido autor:

“À evidência, estão excluídas do conceito de Fazenda Pública as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Embora integrem a Administração Pública indireta, não ostentam natureza jurídica de direito público, revestindo-se da condição de pessoas jurídicas de direito privado, a cujo regime estão subordinadas. Então, quando se alude à Fazenda Pública, na expressão não estão incluídas as sociedades de economia mista nem as empresas públicas, sujeitas que são ao regime geral das pessoas jurídicas de direito privado.” (CUNHA, 2011, p. 18)

Aqueles que entendem desta maneira buscam respaldo no art. 173, § 1º, II da Magna Carta, que determina que as empresas estatais, seja qual for o seu objetivo, sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Argumentam que quando o referido dispositivo legal alude a “prestação de serviços” faz menção a serviços públicos também, e não só aos serviços privados oferecidos no mercado econômico de livre concorrência.

Assim, não haveria que se falar em privilégios processuais aplicáveis à Fazenda Pública, eis que estas empresas se submetem às regras de mercado e não pode haver



privilégios a elas em detrimento das demais empresas privadas, que concorrem com elas, como, inclusive, estabelece o art. 173, § 2º da Constituição da República. Com isso, José dos Santos Carvalho Filho entende que as empresas estatais, mesmo aquelas que prestam serviços públicos não devem ser beneficiadas pelas vantagens processuais da Fazenda Pública:

“Em outras palavras, não devem ter privilégios que as beneficiem, sem serem estendidos às empresas privadas, pois que isso provocaria desequilíbrio no setor econômico em que ambas as categorias atuam. Veda-se ao Estado-empresário a obtenção de vantagens que também não possam usufruir as empresas da iniciativa privada. Inexistem, pois, privilégios materiais e processuais, como os atribuídos às entidades públicas, de que são exemplos as autarquias.”  
(CARVALHO FILHO, 2013, p. 503)

Contudo, há forte corrente no direito administrativo advogando que o art. 173, § 1º da CF não se aplica às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, uma vez que, ao referir-se a “prestação de serviços”, este dispositivo alude somente aos serviços de natureza privada, entendidos como a atividade fornecida ao mercado de consumo, estando, portanto, excluídos os serviços públicos do campo de incidência do referido artigo.

Dessa maneira, para os que seguem esta corrente, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos merecem um tratamento diferente daquelas que exercem atividade econômica, devendo ser submetidas aos regramentos do art. 175, que trata sobre as formas como os serviços públicos poderão ser prestados. Este dispositivo, ao estabelecer que o Poder Público deverá prestar os serviços públicos diretamente ou através de concessão ou permissão, já estaria incluindo aí a os serviços oferecidos através das empresas estatais.

Maria Sylvia Zanella de Pietro escreve nesse sentido, defendendo um tratamento diferenciado às empresas do Estado que prestarem serviços públicos em relação as que exploram atividade econômica:

“Como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial)mas assumida pelo

Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (DI PIETRO, 2012, p. 443-444).

Com isso, a jurisprudência e a doutrina têm aproximado cada vez mais o regime das empresas estatais prestadoras de serviço público das pessoas jurídicas de direito público, conferindo prerrogativas típicas do regime da Fazenda Pública, considerando a supremacia do interesse público e o princípio da continuidade do serviço público, tão caros à atuação estatal. Nesse sentido, Thiago Emmanuel Chaves de Lima:

“Como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza Privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (LIMA)

O Supremo Tribunal Federal vem encampando a corrente segundo a qual o art. 173, § 1º da CF não se aplica às empresas estatais que prestam serviços públicos, merecendo, pois, um tratamento mais próximo daquele oferecido aos entes administrativos de direito público. O posicionamento da Suprema Corte pode ser verificado no julgamento da ADI 1.642, em 03.04.2008, de relatoria do Ministro Eros Grau.

Nesse sentido, o Supremo tem decidido reiteradamente pela impenhorabilidade dos bens das empresas estatais prestadoras de serviços públicos, devendo a execução dirigida contra elas ser feita pelo sistema de precatórios previsto no art. 100 da CF, a exemplo do que ocorre com as pessoas jurídicas de direito público. Isso deve ocorrer, em especial, quando os bens que seriam penhorados estão atrelados à prestação do serviço público e, por conseguinte, a constrição patrimonial pode comprometer o exercício desta função, tendo em vista a supremacia do interesse público e o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos.

Foi como decidiu a Suprema Corte no julgamento do RE 712.648-DF, julgado em 12.02.2012, que teve como relatora a Ministra Carmen Lúcia, entendendo que as

empresas estatais que prestam serviços públicos em regime não concorrencial devem ter suas execuções efetuadas mediante o sistema de precatórios.

Isto se torna mais evidenciado quando a empresa presta serviço público em regime de monopólio, não havendo concorrência de empresas privadas naquela atividade. Assim, aqui não se sustenta o argumento de que o oferecimento de prerrogativas causaria desequilíbrio e favorecimento indevido das empresas estatais, vez que elas não têm concorrência no ramo da sua atividade. Por tal razão, não há óbice a que sejam beneficiadas com as vantagens dadas à Fazenda Pública.

Inclusive, o STF tem equiparado a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos à Fazenda Pública quanto ao gozo das prerrogativas aplicáveis a ela, em razão de prestar serviço público obrigatório e exclusivo do Estado, como ficou assentado no julgamento do RE 220.906.

Com efeito, as empresas estatais prestadoras de serviço público, ainda que ostentem a natureza de direito privado por conveniência administrativa, exercem atividade típica de Estado, merecendo, portanto, ser beneficiados pelas vantagens conferidas à Fazenda Pública. Isto porque os fundamentos que justificam as prerrogativas da Fazenda Pública no campo processual podem ser perfeitamente aplicados para as empresas que prestam serviços públicos, que aqui adiantamos o conteúdo do próximo tópico. Estes fundamentos são, em suma, a igualdade entre as partes no plano material, a supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Inclusive, algumas decisões vêm aplicando algumas das prerrogativas processuais da Fazenda Pública a empresas estatais prestadoras de serviços públicos, em especial, quando prestam serviços de natureza essencial e em regime de monopólio. Nessa linha, a tais empresas deve ser concedido não só o benefício de ter suas dívidas executadas pelo regime de precatórios, mas também as prerrogativas aplicáveis na fase de conhecimento do processo, que é o objeto do presente capítulo.

Dessa maneira, conclui-se que os destinatários das prerrogativas processuais da Fazenda Pública são os entes federativos, as autarquias (incluídas as agências executivas e as agências reguladoras), as fundações de direito público, os consórcios públicos e as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, mormente quando exercem esta atividade em regime de monopólio.

### 3.3 Fundamentos das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública

Cabe aqui discutir os fundamentos que justificam a criação legislativa das vantagens processuais conferidas à Fazenda Pública a fim de possibilitar a análise da sua razoabilidade na ação civil pública, ante a natureza dos interesses tutelados por este tipo de ação.

Como primeiro fundamento, podemos apontar o princípio da igualdade, em sua acepção material, aplicada às relações processuais. A igualdade material representa a fórmula aristotélica segundo a qual igualdade significa tratar os iguais de forma igual e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade. Esta concepção de isonomia material foi desenvolvida a partir da constatação de que a igualdade formal, que a todos trata igualmente pela letra da lei, sem considerar as diferenças entre as pessoas, causa, em verdade, situações de flagrante desigualdade.

Tal princípio é dirigido aos aplicadores do direito bem como aos legisladores, que só estão autorizados a criar por lei situações de desigualdade quando haja razoabilidade na instituição de tratamento diferenciado a certas pessoas, grupos, entes etc. Assim, há de ser verificado se o privilégio criado em nome da igualdade material é razoável considerando a extensão do privilégio frente ao interesse que se busca proteger diante de uma situação fática de desigualdade.

Como afirma José Afonso da Silva:

“Por que existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob ‘o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte], teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais’ [...]” (SILVA, 2007, p. 213-214)

Em sede processual, verificamos o estabelecimento de regras processuais diferenciadas para determinados grupos, a fim de que as partes litigantes tenham reais condições de participar do processo efetivamente em condição de paridade, e possam exercer o contraditório de maneira substancialmente igual, participando em igual medida da formação do convencimento do juiz.

Com isso, foram criadas normas processuais que favorecessem os incapazes, aos pobres na forma da lei, aos consumidores, à atuação processual da Defensoria Pública, do Ministério Público e, como não poderia deixar de ser, da Fazenda Pública, a fim de que estas pessoas pudessem participar com igualdade de armas da relação processual. Tratar estas pessoas de maneira formalmente igual em relação a outras implicaria em criar situações de desigualdade e injustiça, vez que tais categorias encontram-se em nítida posição de hipossuficiência econômica e/ou processual diante da outra parte.

Neste sentido, Misael Montenegro Filho:

“Em resumo: o fato de pessoas que estão em situações fáticas diferenciadas serem tratadas de forma igualitária infringiria o princípio da isonomia. A diferença definida na lei processual ou na legislação esparsa pode referir-se a uma desqualificação econômica ou processual da parte, justificando o tratamento diferenciado, em seu benefício.” (MONTENEGRO FILHO, 2013, p. 27)

Este ideal de tratar os desiguais de forma desigual é que norteia a criação das prerrogativas processuais a favor da Fazenda Pública, com o intuito de conferir igualdade material nas relações processuais que envolvem o Estado.

Dessa maneira, é de se observar que a atuação da advocacia pública está atrelada a uma estrutura burocrática que é ínsita à Administração Pública do Estado contemporâneo. Nesse sentido, aqueles que defendem em juízo a Fazenda Pública não possuem as mesmas condições que os advogados que representam particulares, uma vez que a burocracia dificulta a que os advogados públicos tenham acesso a documentos, fatos e outros elementos que sejam necessários à defesa da Fazenda Pública em juízo.

Como aponta Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues:

“Neste sentido, é importante ressaltar que, por vezes, a Administração Pública se vê em situação desfavorável, em virtude de sua própria estrutura burocrática. Tal se verifica com mais clareza em âmbito federal, onde os inúmeros órgãos, departamentos e demais desconcentrações administrativas da União por vezes produzem delongas no tráfego de informações, provas e documentos à sua Advocacia-Geral” (RODRIGUES)

Do mesmo modo, há de ser destacado o grande volume de trabalho recebido pelos advogados públicos, ante a quantidade de ações ajuizadas em desfavor do Poder

Público. Outrossim, como ressalta Leonardo Carneiro da Cunha, “enquanto um advogado particular pode selecionar suas causas, recusando aqueles que não lhe convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder à defesa da Fazenda Pública” (CUNHA, 2011, p. 36).

Nesse sentido, é necessária a criação de vantagens processuais para que os advogados públicos possam dar conta de todos os processos que envolvem a respectiva Fazenda Pública, a fim de que o Estado participe de forma igual da relação jurídico-processual e seus interesses possam ser defendidos de forma mais eficaz pelos seus representantes judiciais.

Desse modo, é com o intuito de igualar as partes e conferir paridade de armas aos litigantes, diante da nítida situação de deficiência da estrutura organizacional que a advocacia pública dispõe, que se justificam as prerrogativas processuais da Fazenda Pública sob uma primeira ótica.

Como segundo fundamento, pode ser destacado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, notadamente, no que atine à defesa do erário público, eis que é o subsídio da atuação estatal em prol da coletividade.

O referido princípio não está previsto expressamente na Constituição ou em qualquer lei, mas decorre do regime jurídico da Administração Pública, que estabelece prerrogativas e restrições à atuação dos administradores. Significa que numa situação de conflito entre um interesse de um particular e o interesse de toda a coletividade, deve prevalecer este último. O interesse privado deve sempre ceder quando se choca com o interesse público, uma vez que o destinatário da atividade estatal não é o indivíduo em si considerado, mas todo o conjunto de administrados, a fim de se garantir o bem estar social.

Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

“Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social como um todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *WelfareState* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 33)

Nessa linha, o Estado não é o detentor do interesse público, mas é ele o representante dos interesses da coletividade e é ele que deve buscar preservar o interesse público e dirigir suas ações em prol do bem comum. Com isso, quando a Fazenda Pública



se encontra em juízo, não está defendendo um interesse próprio, como o fazem os particulares, mas defende o erário, que é de interesse de todos os cidadãos.

Sérgio Shimura, valendo-se de apontamento de Jorge Tosta, faz uma relação entre o primeiro fundamento apontado (necessidade de aplicação da igualdade material na relação processual) e o presente fundamento, atinente à defesa do interesse de toda a coletividade:

“Jorge Tosta observa que as diferenças substanciais entre os interesses ou valores que o Estado representa ou deseja preservar e os interesses particulares justificam plenamente a aplicação do princípio da igualdade material, a exigir a criação de instrumentos e mecanismos capazes de, por meio de um tratamento normativo desigual, restabelecer e a justiça em face da própria desigualdade real dos sujeitos ou das situações.” (SHIMURA, 2007, p. 347)

Com efeito, quando o Estado sofre uma condenação judicial, por exemplo, quem sofrerá a perda econômica correspondente será o erário, formado pelas contribuições de todos os cidadãos. O numerário correspondente ao pagamento da condenação deixará de ser revertido para o funcionamento do próprio Estado e para a prestação de serviços públicos à população, no interesse do bem comum.

O que se quer afirmar é que quando o Estado sofre uma “derrota” judicial, ao contrário das pessoas privadas, quem arcará não será o próprio Estado em si ou o administrador público, mas, em última análise, a população como um todo, tendo em vista que o Estado não defende um interesse próprio, e sim de toda a coletividade, que sofrerá, mesmo que indiretamente, com aquela perda patrimonial.

Esta situação, em que a Fazenda Pública quando está em juízo representa um interesse de todos, justificaria a concessão de vantagens processuais, com o fito de possibilitar uma defesa eficaz do interesse público, eis que uma atuação falha do Estado num processo judicial pode acarretar significativo prejuízo ao erário e prejudicar toda uma coletividade, à exceção da parte que saiu vencedora do processo. Isto porque o interesse da coletividade deve sempre preponderar sobre os interesses dos particulares, como estatui o princípio aqui comentado.

Como afirma Leonardo Carneiro da Cunha:

“Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o

exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como “privilégios” (CUNHA, 2011, p. 35)

Dessa maneira, sob esta ótica, justificam-se as vantagens processuais da Fazenda Pública pela importância do interesse que ela defende e pelo fato de as condenações sofridas pelo Poder Público atingirem toda a coletividade, devendo-se garantir meios e mecanismos para que o Estado possa defender de forma eficaz o interesse público.

O terceiro fundamento das prerrogativas processuais é, em verdade, um corolário do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e das considerações relacionadas a ele que tecemos até agora a respeito da preservação do interesse comum. Trata-se do princípio da continuidade do serviço público.

O princípio em referência, para alguns autores considerado um subprincípio do princípio da obrigatoriedade da atividade pública, enuncia que a atividade administrativa, em especial, o oferecimento de serviços públicos não pode sofrer descontinuidade, a fim de não se deixar a população desamparada, sem a prestação de serviços muitas vezes essenciais.

Este princípio guarda semelhança com o primado constitucional da eficiência na Administração Pública, uma vez que serviço eficiente pode ser considerado aquele que não sofre interrupção, tendo em vista que uma das balizas para se considerar um serviço como de qualidade é a continuidade no seu fornecimento, a fim de não prejudicar a população.

Nas palavras de Matheus Carvalho:

“Traduz-se na ideia de prestação ininterrupta da atividade administrativa. Trata-se, portanto, de exigência no sentido de que a atividade do Estado seja contínua, não podendo parar a prestação dos serviços, não comportando falhas ou interrupções já que muitas necessidades da sociedade são inadiáveis, como é o exemplo dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica à população em

geral. Tal princípio está expresso no art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995, como necessário para que o serviço público seja considerado adequado, em sua execução e implícito no texto constitucional. Vale ressaltar que o princípio da continuidade está intimamente ligado ao princípio da eficiência, haja vista tratar-se de garantia de busca por resultados positivos.” (CARVALHO, 2015, p. 76)

É fácil perceber porque o princípio em tela é um corolário do princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista que, como afirma José dos Santos Carvalho Filho “em ambos se pretende que a coletividade não sofra prejuízos em razão de eventual realce a interesses particulares” (2013, p. 36).

Da mesma forma que a supremacia do interesse público justifica as prerrogativas processuais em razão da prevalência do interesse coletivo, o princípio da continuidade fundamenta as vantagens processuais da Fazenda Pública em virtude da necessidade de garantir ao Estado os meios necessários para que continue exercendo sua atividade e prestando o serviço de forma adequada e ininterrupta a toda a coletividade.

Com efeito, para que o Poder Público preste os serviços a seu cargo com qualidade, é necessário ter recursos financeiros para tanto, bem como que os bens afetados para o desenvolvimento desta atividade estatal continuem em poder do Estado e destinados a tanto. Justamente por este motivo que são necessárias prerrogativas a fim de que a Fazenda Pública possa ser defendida em juízo de forma eficaz, a fim de evitar condenações indevidas que venham comprometer o erário e afetar a prestação dos serviços, atingindo toda a coletividade.

Em verdade, este fundamento é mais sensível para justificar as prerrogativas da Fazenda Pública na fase de execução ou de cumprimento de sentença, tais como a existência de um procedimento de execução específico, previsto na Lei 6.830/1980, quando o Estado estiver sendo, bem como a impenhorabilidade dos bens públicos, com o pagamento das condenações pela sistemática de precatórios (CF, art. 100). Com tais prerrogativas evita-se que os bens afetados à prestação do serviço público saia das mãos do Estado, bem como que seu erário seja desfalcado sem qualquer limite, a ponto de atrapalhar a execução da atividade estatal.

Porém, em menor medida, também serve o princípio em tela para fundamentar as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública durante a fase de conhecimento do processo, e que são o objeto do presente capítulo. Como exemplo, percebe-se que a proteção ao erário é a justificativa para o reexame necessário. De igual maneira, os benefícios previstos

na Lei 8.437/1992, sobretudo a oitiva prévia de ente estatal antes da concessão de liminares e o incidente de suspensão da liminar, têm como fundamento, em última análise, a preservação do patrimônio do Estado. Não é diferente a questão dos prazos processuais alargados, criados a fim de que os advogados públicos tenham melhores condições de defender a Fazenda Pública de maneira eficaz e evitar condenações injustas ou indevidas.

Nesse sentido, sempre que se fala em proteção ao erário, está-se a preservar a manutenção da atividade estatal e a buscar garantir a continuidade dos serviços oferecidos à população. Dessa maneira, o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos serve de base teórica fundamental para a existência das prerrogativas processuais do Estado, inclusive aquelas conferidas na fase de conhecimento.

Portanto, a justificativa das vantagens processuais conferidas à Fazenda Pública se dá pela associação dos três fundamentos aqui trabalhados, que aqui listamos numa síntese conclusiva: o princípio da isonomia em sua acepção material, aplicada no processo; o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; e o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos (ou da atividade estatal).

Concluindo: considerando a importância dos interesses defendidos pelo Estado, que diz respeito ao interesse da coletividade, razão pela qual prepondera sobre os interesses privados, a fim de que o Poder Público possa continuar exercendo suas atividades e prestando serviços a favor de toda a população, a lei cria prerrogativas processuais com o fito de equilibrar o jogo processual, para que a advocacia pública, notadamente deficitária frente à advocacia privada, possa defender de forma eficaz os interesses do Estado.

### 3.4 Reexame Necessário

O reexame necessário, também conhecido como remessa necessária ou obrigatória, recurso de ofício e duplo grau de jurisdição obrigatório, consiste na remessa da sentença proferida contra a Fazenda Pública ao tribunal imediatamente superior, a fim de que seja reapreciada por um órgão colegiado, composto por magistrados, em regra, mais experientes, só ganhando eficácia após ser confirmada pelo respectivo tribunal. Dessa maneira, a causa em que a Fazenda Pública saiu derrotada passa por novo julgamento, a fim de diminuir as chances de que o erário sofra desfalques por uma condenação judicial indevida.

A respeito da origem deste instituto processual, Sérgio Shimura afirma que:

“Havia a previsão no antigo processo penal português, com as Ordenações Afonsinas (art. 1.355), nas hipóteses em que o juiz poderia iniciar o procedimento de ofício. No processo civil, ao que

consta, o reexame necessário surgiu com a lei de 04.10.1831 (art. 90), como forma de evitar o abuso, a desídia ou a má-fé dos procuradores da Fazenda Pública, que deixavam de recorrer contra sentenças injustas proferidas contra os cofres públicos.”(SHIMURA, 2007, p. 349)

Apesar de ser também conhecido como recurso de ofício, não se trata de uma espécie recursal típica. Isto porque, para que um recurso seja admitido, é necessário que o recorrente demonstre ter interesse recursal, caracterizado pela sucumbência, ou seja, o gravame suportado em virtude da decisão que se busca combater com a peça recursal.

Com efeito, a remessa necessária é realizada pelo juiz que, ao proferir sentença contra a Fazenda Pública, deve remeter de ofício ao tribunal, a fim de que toda a matéria seja reapreciada. Logicamente, o juiz de primeiro grau não é sucumbente, bem como ele não possui vontade de impugnar uma decisão que ele mesmo proferiu. Nesse sentido afirma Misael Montenegro Filho:

“As considerações são necessárias para demonstrar que o reexame necessário não é espécie recursal, por lhe faltarem requisitos necessários a que se qualifique como tal. Neste particular, percebemos que é apresentado pelo próprio juiz que profere a sentença, sem que se possa sustentar que a autoridade teria legitimidade e interesse para combater a decisão por ele proferida.” (MONTENEGRO FILHO, 2014a, p. 20)

Além disso, levando em consideração o princípio da taxatividade, segundo o qual só podem ser considerados recursos aqueles que estiverem dispostos no art. 994 do CPC/2015 ou nas demais leis processuais, o reexame necessário não pode ser considerado recurso justamente por não estar previsto em nenhum diploma normativo como tal. Em verdade, o artigo do novo CPC que disciplina a remessa obrigatória encontra-se inserido no Capítulo XIII desta codificação, que trata sobre a sentença e a coisa julgada.

Outro princípio recursal impede que o reexame necessário seja reconhecido como recurso, a saber, o princípio da unirecorribilidade das decisões, que estatui que para cada tipo de decisão há apenas uma espécie de recurso para impugná-la. Considerando que das sentenças sujeitas à remessa obrigatória cabe apelação, assim como contra toda decisão deste tipo, o reexame necessário não pode ser considerado recurso, uma vez que seriam cabíveis dois recursos contra essas decisões.

Outrossim, carece à remessa necessária o requisito da regularidade formal, que exige que os recursos sejam interpostos na forma preconizada por lei, dirigida à autoridade competente à sua apreciação e com as razões pelas quais se deseja combater a decisão impugnada, ao passo que no reexame necessário apenas há a remessa da sentença pelo próprio juiz ao tribunal para a sua apreciação.

Ante tais argumentos, conclui-se que o reexame necessário é condição de eficácia da sentença, estabelecida como uma prerrogativa em favor da Fazenda Pública para a salvaguarda do seu patrimônio e do interesse público que ela representa, como uma maneira de melhor apreciar as condenações sofridas pela Fazenda Pública, na esteira do que foi dito no tópico anterior. É nesse sentido que afirma Leonardo Carneiro da Cunha, destacando ainda a necessidade de ser feito o reexame para que a sentença transite em julgado:

“O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia. Desse modo, não havendo o reexame e, conseqüentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível a ação rescisória. Eis mais uma razão pela qual o reexame necessário não pode ser tido como recurso. Não interposto o recurso contra a sentença, esta irá transitar em julgado, cabendo ação rescisória pelo prazo de 2 (dois) anos. No caso do reexame, caso não venha a ser determinado na sentença, esta não irá transitar em julgado, sendo despropositado o manejo de ação rescisória, à míngua de pressuposto específico.

Conclui-se, por tudo isso, que o reexame necessário reveste-se da natureza de condição de eficácia da sentença, não ostentando o timbre de recurso.” (CUNHA, 2011, p. 207-208)

No novo CPC, o reexame necessário é disciplinado pelo art. 496, que assim estabelece:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;



II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1o Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2o Em qualquer dos casos referidos no § 1o, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3o Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4o Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Como se extrai dos incisos do caput do artigo transcrito, deverão ser submetidas ao reexame necessário as sentenças proferidas contra a Fazenda Pública bem como as que

julgarem procedentes os embargos à execução fiscal. Neste aspecto, a nova codificação não inovou em relação ao CPC/1973, mantendo as mesmas hipóteses de cabimento do instituto.

Alguns autores defendem que as decisões interlocutórias que concedem antecipação dos efeitos da tutela também devem ser submetidas ao reexame necessário, por terem natureza satisfativa, entregando ao autor parte ou a totalidade da sua pretensão. Contudo, a maior parte da doutrina prefere interpretar gramaticalmente o dispositivo que fala apenas em “sentença”, de modo que somente este tipo de decisão está sujeita à remessa obrigatória. Nesse sentido, concluem Misael Montenegro Filho (2014a, p. 22) e Leonardo Carneiro da Cunha (2011, p. 208).

Outro ponto controvertido diz respeito à submissão ao reexame necessário das sentenças terminativas prolatadas em ações ajuizadas pela Fazenda Pública, sob o argumento de que tais decisões seriam desfavoráveis ao Estado. Para Leonardo Carneiro da Cunha, qualquer sentença desfavorável à Fazenda Pública está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, dentre as quais se incluem as sentenças terminativas em desfavor do Estado (CUNHA, 2011, p. 211).

Contudo, para Sérgio Shimura, o dispositivo legal que estabelece o reexame necessário tem cunho excepcional e, como tal, deve ser interpretado restritivamente, razão pela qual apenas a sentença de mérito desfavorável à Fazenda Pública deve ser submetida à remessa obrigatória (SHIMURA, 2007, p. 349). O Superior Tribunal de Justiça acompanha este entendimento, uma vez que não há sentença proferida contra o autor, apenas contra o réu, de modo que só estão submetidas ao reexame as sentenças definitivas e em que a Fazenda for ré. Nesse sentido, a Corte decidiu no julgamento dos Recursos Especiais de n. 659.200/DF e 815.360/RS.

Comparando o dispositivo legal supratranscrito com o seu correspondente no CPC/1973, o art. 475 desta codificação, percebe-se que foram ampliadas as hipóteses de dispensa de submissão do reexame. Com efeito, o código antigo previa que não se submetem à remessa obrigatória as condenações que não excederem 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor (art. 475, § 2º). De forma diversa, a novel legislação estatui que estão dispensadas do reexame necessário as condenações que forem inferiores a 100 (cem) salários mínimos em desfavor da Fazenda Pública Municipal, 500 (quinhentos) salários mínimos, da Fazenda Estadual e 1.000 (mil) salários mínimos, da Fazenda Federal (art. 496, § 3º).

De igual maneira, o CPC/2015 ampliou as hipóteses de dispensa do reexame quando a sentença seguir entendimento jurisprudencial. O CPC antigo, em seu art. 475, §

3º, estabelecia que não estão sujeitas ao reexame as sentenças fundadas em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal superior competente. Enquanto isso, o novo CPC, no art. 496, § 4º, dispensa da remessa obrigatória as sentenças fundadas em I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Deste rol, destaca-se a hipótese do inciso III, que reflete a proposta do novo CPC de valorização dos precedentes judiciais.

Como se vê, ao ampliar as hipóteses e os limites de dispensa do reexame necessário, o novo CPC reduziu consideravelmente o campo de abrangência deste instituto, diminuindo, assim, a importância desta prerrogativa processual da Fazenda Pública. Para Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, esta postura no CPC/2015 se mostra razoável, considerando os avanços obtidos na estruturação das advocacias públicas, tendo, portanto, reduzido as diferenças com a advocacia privada, bem como levando em consideração a necessidade de se garantir um processo célere e efetivo:

“Conforme já consignado no item 1.1 *supra*, os desiguais devem ser tratados de forma desigual na exata medida de suas diferenças. Uma vez constatada a redução da diferença até então existente, nada mais natural do que o restabelecimento do equilíbrio mediante a suavização do *discrimen* na medida mais próxima possível dessa nova realidade.

Demais disso, a restrição das hipóteses de cabimento de reexame necessário é medida que se impõe na busca por uma maior efetividade do processo. Fala-se aqui em maior eficiência da máquina judiciária como um todo, e não apenas na maior agilidade na tramitação dos processos que envolvam entes públicos.”(RODRIGUES)

Dessa maneira, considerando a redução das desigualdades existentes entre a advocacia pública e a advocacia privada, sobretudo quanto à estrutura oferecida, e, em nome da efetividade dos direitos e da celeridade na prestação jurisdicional, que envolve a subida de um número menor de processos aos tribunais em razão da remessa obrigatória, avista-se a tendência da nova codificação em reduzir as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, a fim de propiciar cada vez mais um processo de resultados efetivos.

Assim, em prol do atingimento do ideal de um processo que possa efetivamente garantir os direitos materiais, o CPC indica a linha a ser seguida pelo direito processual, reduzindo prerrogativas e mantendo as que somente continuam com justificativas válidas, como se infere do aumento das hipóteses de dispensa do reexame necessário.

### 3.5 Prerrogativas Processuais Conferidas pela Lei 8.437/1992

Conforme destacado no início do presente capítulo, o objetivo aqui é tratar das prerrogativas processuais presentes na ação civil pública, conferidas à Fazenda Pública, durante a fase de conhecimento. Por tal razão, serão tratados no presente tópico apenas as vantagens processuais estabelecidas pela Lei 8.437/1992 que digam respeito à ação civil pública e que tenham aplicação na fase de conhecimento deste tipo de ação.

A Lei 7.347/1985, ao instituir o procedimento da ação civil pública, buscou dotar esta ação de mecanismos processuais, alguns até inéditos no ordenamento jurídico pátrio, que pudessem garantir a proteção eficaz dos interesses transindividuais, que ela se destina a proteger. Como já afirmado quando tratamos sobre a ação civil pública, as peculiaridades deste tipo de ação levaram Teori Zavascki a afirmar que a ação civil pública é instrumento processual de múltipla aptidão, que busca proporcionar cognição integral dos direitos coletivos, ao trazer mecanismos processuais que pudessem tutelar os direitos coletivos de variadas formas, de acordo com o que o caso concreto exigir (2014, p. 57).

Neste sentido, o art. 4º desta lei previu a possibilidade de tutela preventiva, que equivocadamente chamou de ação cautelar, a fim de evitar danos aos interesses metaindividuais. De igual maneira, o art. 11 estabeleceu a possibilidade de execução específica nas obrigações de fazer ou não fazer, o que à época foi inovador no sistema processual brasileiro, só sendo incorporado este instituto ao CPC/1973 posteriormente, quando da nova redação dada ao art. 461 deste código, dada pela Lei 8.952/1994. Seguindo esta linha, a LACP previu a possibilidade da concessão de mandado liminar, próximo ao que conhece hoje como tutela antecipada, antes mesmo que este mecanismo encontrasse previsão no art. 273 do CPC/1973, o que só ocorrera com a edição da Lei 8.952/1994.

Além destas previsões, devem ser aplicados os outros mecanismos processuais previstos nas outras leis, em especial, no Código de Processo Civil, que tem aplicação subsidiária no procedimento da ACP, como dispõe o art. 19 deste diploma legislativo. Neste sentido, Teori Zavascki afirma:

“Todos esses mecanismos demonstram a especial preocupação do legislador de dotar a ação civil pública de mecanismos processuais avançados, adequados para a pronta e efetiva tutela dos direitos difusos e coletivos. Essas pioneiras inovações estão atualmente

incorporadas ao Código de Processo Civil e, conseqüentemente, atendem à universalidade dos direitos tutelados em juízo. Considerando que as disposições do Código aplicam-se subsidiariamente à ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 19), pode-se afirmar que não apenas as medidas cautelares e antecipatórias contempladas especificamente nessa Lei, mas todas as demais medidas da mesma natureza, previstas em nosso sistema processual, podem ser adotadas nesse procedimento especial.” (ZAVASCKI, 2014, p. 72)

Feitas tais considerações, voltemos ao objeto deste tópico. Receoso com a amplitude das decisões liminares que poderiam ser proferidas contra o Poder Público em processos coletivos, o legislador editou a Lei 8.437/1992, trazendo limitações à concessão de medidas liminares em desfavor da Fazenda Pública, bem como em relação a sua eficácia, consubstanciando nítidas prerrogativas processuais em favor do Estado, tendo como justificativas os fundamentos apontados em tópico anterior deste trabalho.

Em verdade, no próprio texto original da Lei 7.347/1985 já havia limitação a liminares, no que atine a sua eficácia. O art. 12, § 1º desta lei previa a possibilidade de que a Fazenda Pública interessada poderia requerer a suspensão da execução da liminar ao Presidente do Tribunal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Contudo, não restam dúvidas de que a Lei 8.347/1992 ampliou significativamente as restrições às liminares contra o Poder Público, estabelecendo novas prerrogativas processuais em favor do Estado relativas a concessão e a eficácia das liminares.

Ao que nos interessa, a respeito dos institutos aplicáveis à ação civil pública, devem ser analisados os arts. 2º e 4º da Lei 8.437/1992, que tratam, respectivamente, da necessidade de oitiva do ente público previamente à concessão de medida liminar, e do incidente de suspensão de execução de liminar, que, por disposição do art. 4º, §1º também alcança as sentenças proferidas nas ações civis públicas.

Estabelece o art. 2º. da Lei em questão:

Art. 2º. No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Dessa maneira, o ente da Fazenda Pública deve ser ouvido previamente ao deferimento de medida liminar, qualquer que seja sua natureza, sob pena de ser considerada nula acaso não seja respeitada esta determinação legal, como já decidiu o STJ no julgamento do REsp nº. 88.583/SP.

Quis o legislador conferir maior proteção à Fazenda Pública, levando em consideração os fundamentos trabalhados em tópico anterior, dando a oportunidade de que o Poder Público exerça o contraditório, mesmo em uma tutela de urgência, que reclama uma resposta célere do Judiciário. Em verdade, acaba-se por desnaturar a essência da medida liminar, que pressupõe a sua análise *initio litis*, ou seja, tão logo o magistrado toma conhecimento do processo, sendo provocado a decidir sobre a tutela de urgência sem que a parte contrária se manifeste, para garantir o atendimento deste tipo de situação.

Comentando sobre esta prerrogativa da Fazenda Pública, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. afirmam:

*"A ratio essendi do artigo é a defesa do patrimônio público contra a amplitude da liminar em processos coletivos. Existe a proposição legislativa em busca de um necessário equilíbrio, uma ponderação entre os valores contrapostos. Decorre este dispositivo justamente do reconhecimento da inegável força e poder que o ato do magistrado, em se tratando de ações coletivas, exerce em uma massa indeterminada de pessoas (ou pelo menos ainda não determinada) bem como sobre o Poder Público. Aqui se percebe que retoma fôlego o argumento pelo contraditório anterior à prolação da decisão, mínimo que seja, para permitir ao juiz maiores elementos (e, mesmo muitas vezes, os elementos necessários para concessão da liminar requerida) e segurança na concessão da medida. Trata-se do reconhecido expediente do *processo cooperativo*, já denominado *contraditório preventivo*, evitando a surpresa e aprofundando o compromisso dialético do juiz com as partes."* (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2014, 299).

A doutrina vem entendendo que este mandamento de oitiva prévia também deve ser aplicado quando da análise de pedidos de tutela antecipada, mesmo que não sejam feitos na inicial, em razão da consagração do princípio da fungibilidade entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar (CUNHA, 2011, p. 257)

Por seu turno, o art. 4º assim dispõe:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho



fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do

direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

O dispositivo transcrito trata sobre o incidente de suspensão da execução de liminar proferida contra a Fazenda Pública. Como estabelece o §1º deste artigo, o incidente também é cabível para suspender a execução de sentenças prolatadas em ACPs ainda não transitadas em julgado, pelos mesmos motivos que é cabível o requerimento de suspensão da liminar.

Como se vê, o dispositivo legal mantém o instituto criado pelo malfadado art. 12, §1º, da Lei 7.347/1985, e amplia a sua incidência e os meios colocados à disposição da Fazenda para buscar a suspensão da liminar, além de acrescentar a possibilidade de se suspender a execução das sentenças não transitadas em julgado. No caso das sentenças, não se olvide que, em regra, elas estarão também sujeitas ao reexame necessário, consoante tratado no tópico anterior, só produzindo efeitos após ser confirmada pelo Tribunal competente.

Este instituto processual não é um recurso, em que se requer a reforma ou a anulação de uma decisão judicial, mas um incidente dirigido ao Presidente do Tribunal, em que se pleiteia tão-somente a suspensão da execução da medida liminar ou da sentença não transitada em julgado. Nesse sentido, este mecanismo não prejudica o princípio da unirecorribilidade das decisões, pois não se trata de uma espécie recursal.

Dessa forma, nada impede que a Fazenda Pública também interponha o agravo de instrumento, para o combate de decisões interlocutórias liminares, de caráter provisório (com fulcro no art. 1.015, I do CPC/2015) e apelação contra as sentenças (por força do art. 1.009 do CPC/2015), tendo, pois, a sua disposição meio de impugnar tais decisões, bem como de buscar a suspensão da sua execução.

Isto resta claro pelo que dispõe o art. 4º, § 6º, da Lei 8.437/1992, que prescreve que o agravo de instrumento interposto contra a liminar não prejudica nem condiciona o julgamento do incidente de suspensão. Não poderia ser diferente, não só porque o agravo

e o incidente de suspensão têm finalidades diversas, mas também porque no julgamento desta espécie recursal será apreciado o mérito da decisão impugnada, ao passo que no incidente somente se analisa a presença dos requisitos que autorizam a suspensão da liminar.

Não se olvide que, segundo dispõe o art. 995, parágrafo único, do CPC/2015, o relator poderá dar efeito suspensivo aos recursos, se considerar que “da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso”. Interessante lembrar também que, em regra, a apelação possui efeito suspensivo (art. 1.012, *caput*, CPC/2015) e, mesmo nos casos enumerados no §1º do art. 1.012, em que não se suspende a eficácia da decisão, o recorrente poderá obter a suspensão dos efeitos da sentença se demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou, se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º).

Com isso, deseja-se afirmar que a Fazenda Pública, assim como todas as partes, já dispõe de mecanismos processuais - de tramitação célere, eis que o relator é quem concede o efeito suspensivo tão logo tem contato com o recurso, para suspender a eficácia da sentença, de modo que o benefício instituído pela Lei 8.437/1992 constitui uma segunda opção de que dispõe o Poder Público para tal desiderato.

Em verdade, a Fazenda Pública conta não só com um mecanismo para conseguir a suspensão, além da via recursal. Com efeito, num primeiro momento, o Poder Público apresenta o incidente de suspensão ao Presidente do Tribunal, requerendo a ele que suspenda os efeitos da decisão (art. 4º, *caput*, da Lei 8.437/1992). Se este requerimento for negado, caberá agravo interno dirigido ao tribunal, constituindo uma segunda oportunidade para obtenção da suspensão (art. 4º, § 3º). Acaso a Fazenda Pública não saia vencedora desta decisão do tribunal, poderá fazer novo requerimento de suspensão ao Presidente do STF ou do STJ, variando conforme o caso (art. 4º, § 4º). Além disso, o Poder Público também pode fazer este requerimento aos Tribunais Superiores quando for negado provimento ao agravo de instrumento (art. 4º, § 5º).

Como se pode perceber, são diversos os meios processuais que a Fazenda Pública possui para pleitear a suspensão dos efeitos de medidas liminares e de sentenças não transitadas em julgado proferidas em ações civis públicas, constituindo nítida prerrogativa processual em favor do Estado.

Entretanto, merece atenção a excepcionalidade deste incidente, como se depreende dos seus requisitos. Para a suspensão da decisão, é necessária,

cumulativamente, a presença de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade no ato judicial, assim como que a decisão possa trazer grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Tal circunstância de excepcionalidade, aliada às outras possibilidades de o Estado obter a suspensão das decisões pelos próprios recursos, levou Teori Zavascki a advertir acerca da cautela que deve estar presente na aplicação deste instituto. Analisando-o, o autor afirma:

O pedido de suspensão não tem natureza de recurso. Nele não se pedem nem a reforma, nem a anulação do ato judicial. Pede-se, simplesmente, a suspensão da sua execução. Trata-se de incidente de caráter excepcional, em defesa de “interesses superiores”, de “altos valores protegidos pela norma”. Embora reconhecida sua constitucionalidade, mesmo após a Constituição de 1988, entende nossa Corte Suprema que o instituto deve ser aplicado “com parcimônia” e à base de “interpretação estrita”, dada essa sua peculiar natureza. (ZAVASCKI, 2014, p. 73).

São estas duas prerrogativas processuais conferidas pela Lei 8.437/1992 que interessam ao desenvolvimento do presente trabalho, a saber, a oitiva prévia do ente público à concessão de liminares, e o incidente de suspensão dos efeitos de liminares e sentenças, que são, indubitavelmente, vantagens processuais conferidas à Fazenda Pública, frente aos particulares.

Ao contrário do possa parecer, o art. 1º, §3º desta Lei, que enuncia não ser cabível liminar que esgote total ou parcialmente o objeto da demanda não constitui uma prerrogativa processual. Com efeito, este dispositivo apenas reforça o que dispõe o art. 300, § 3º do CPC/2015, que praticamente reproduziu o teor do art. 273, § 2º do CPC/1973, impedindo a concessão de tutela antecipada quando houver risco de irreversibilidade da medida. Assim, é um instituto previsto para todas as partes, não apenas para a Fazenda Pública, de modo que não pode ser considerada uma vantagem processual do Poder Público. Como afirma Leonardo Carneiro da Cunha, ainda sob a égide do antigo CPC:

“A regra, aplicável às medidas cautelares, não tem muito sentido quanto às tutelas antecipadas, já que estas são, em essência, satisfativas. Parece, contudo, que a aplicação de tal vedação à tutela antecipada reforça, apenas, o que já está contido no parágrafo 2º do art. 273 do CPC, ou seja, não se permite a antecipação dos efeitos da tutela, quando houver risco de Irreversibilidade. Assim, se a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública determinar, por

exemplo, a liberação de uma mercadoria apreendida, não se poderá antecipar a tutela, em razão da irreversibilidade da medida. Aplica-se, nesse ponto, o princípio da proporcionalidade, pois se a denegação da medida revela-se mais irreversível do que sua concessão, deve-se suplantá-la e concedê-la.” (CUNHA, 2011, p. 265-266)

Considerando que liminarmente pode ser obtida tutela antecipatória ou tutela cautelar, o dispositivo refere-se à antecipação de tutela, inclusive em ações cautelares, que, entre estes dois tipos de tutela, é a que possui natureza satisfativa e esgota o objeto da demanda no todo ou em parte.

### 3.6 Prazos Dilatados de que Dispõe a Fazenda Pública

Esta prerrogativa é basicamente justificada pelo princípio da isonomia e, por conseguinte, pela necessidade de compensar as deficiências que a advocacia pública enfrenta em comparação à advocacia privada, razão pela qual os prazos do Poder Público devem ser maiores para possibilitar uma melhor atuação do Estado em defesa do interesse público.

É nesta vantagem processual que se mostra mais acentuada a presença deste fundamento, uma vez que a Fazenda Pública necessitaria de maior prazo em relação aos particulares, em razão de sua estrutura burocrática, que dificulta a obtenção de documentos e informações, bem como em virtude do volume de demandas recebidas pela advocacia pública e sua estrutura deficitária. Por tal razão, não se poderia tratar de forma igual os advogados públicos e os advogados particulares, vez que os primeiros se encontram em situação de significativa desvantagem.

Nesse sentido, ao que interessa o presente trabalho, dispõe o art. 183 do CPC/2015:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Por um lado, o novo CPC reduziu esta vantagem da Fazenda Pública em relação ao código anterior, que previa, em seu art. 188, que o Poder Público possuía prazo em quádruplo pra contestar e em dobro para recorrer. Por outro lado, o CPC/2015 estendeu esta vantagem a todos os prazos da Fazenda Pública, não somente aos prazos pra contestar e recorrer.

Dessa maneira, à Fazenda Pública foi dada esta prerrogativa processual de dilação dos seus prazos para manifestar-se no processo, apenas não incidindo quando a lei estipula um prazo próprio para o ente público (art. 183, § 2º). Além disso, há de se destacar que se exige a intimação pessoal dos procuradores da Fazenda Pública, para que o prazo comece a ser computado (art. 183, § 1º).

#### **4 IMPACTOS DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NA CERTIFICAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TUTELADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A RAZOABILIDADE DA SUA EXISTÊNCIA NESTE TIPO DE AÇÃO.**

##### 4.1 Introdução

Neste capítulo se buscará analisar como as prerrogativas processuais da Fazenda Pública destacadas no capítulo anterior influenciam e causam impactos na certificação e na efetivação dos direitos que são tutelados pela ação civil pública. Recorde-se que no capítulo precedente foram trabalhadas algumas das principais vantagens processuais do Estado, verificadas na ação civil pública, na fase em que se busca a certificação do direito posto em juízo, a saber, o reexame necessário, as prerrogativas conferidas pela Lei 8.437/1992, e os prazos dilatados.

Para facilitar a verificação dos impactos que estas prerrogativas causam, serão analisados dados coletados sobre ações civis públicas ajuizadas pela Procuradoria da República em Sergipe para garantir o fornecimento provisório de água potável a comunidades indígenas e comunidades quilombolas em Sergipe, entre os anos de 2012 e 2015. Os dados coletados estão disponíveis no sítio eletrônico da Justiça Federal em Sergipe, através de consulta pública ao sistema Tebas (<[http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/cons\\_proca.asp](http://consulta.jfse.jus.br/Consulta/cons_proca.asp)>) e ao sistema PJe (<<https://pje.jfse.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>>). Os dados foram colhidos até o dia 01/03/2016, razão pela qual serão analisadas as intercorrências registradas até este dia nos referidos sistemas de consulta processual.

Há de se considerar que, quando se trabalha com as datas de ocorrência dos atos processuais, devem e ser incluídos neste cômputo os dias que levam para que os autos



sejam levados aos entes públicos ou ao Ministério Público, já que a sua intimação deve ser sempre pessoal, quando se tratar de autos físicos, bem como os dias que pode levar da intimação até que o representante do Estado ou do MP abra a intimação por meio do sistema, até o máximo de dez dias, quando considerar-se-á intimado, nos termos da Lei 11.419/2006, quando o processo for eletrônico.

Contudo, este tempo que leva até a intimação efetiva não prejudica a análise a ser feita aqui, uma vez que é ela uma decorrência lógica e necessária da prática desses atos processuais que envolvem as vantagens processuais da Fazenda Pública. Em outros termos, para a observância destas prerrogativas, leva-se um tempo necessário e natural para tanto, que decorre dos dias necessários para a intimação dos atos processuais, e este tempo deve fazer parte de uma análise que se propõe a refletir sobre os impactos destas vantagens processuais, assim como o tempo despendido naturalmente para que os processos estejam conclusos para que o magistrado profira decisões.

Esta análise tem apenas um caráter ilustrativo, e não conclusivo, de como as prerrogativas da Fazenda Pública causam impactos na tramitação de ações civis públicas. Serve, pois, para demonstrar empiricamente e de modo mais concreto esta influência, porém, em virtude de limitações referentes ao campo de abrangência e ao número de ações analisadas, não se presta a uma conclusão do tema.

Não serão analisados os dados referentes à interposição de eventuais recursos de agravo de instrumento, em razão de, em regra, eles não possuírem efeito suspensivo.

Em seguida, tomando as conclusões extraídas da análise dos dados destas ações, será examinada a razoabilidade da existência das prerrogativas processuais aqui tratadas na ação civil pública, considerando os fundamentos que trabalhamos para estas vantagens, bem como a importância e a natureza dos interesses tutelados pela ação civil pública, ante o que foi tratado no primeiro capítulo.

4.2 Análise dos dados colhidos dos processos iniciados por ações civis públicas ajuizadas pela Procuradoria da República em Sergipe para obter o fornecimento de água potável a comunidades indígenas e comunidades quilombolas, entre os anos de 2012 e 2015.

4.2.1 Análise dos dados do processo de número 0006798-89.2012.4.05.8500

Tendo conhecimento de que os índios Xocós, residentes na Ilha de São Pedro no Estado de Sergipe, não estavam tendo acesso a água potável de maneira adequada, a Procuradoria da República em Sergipe instaurou o Inquérito Civil nº. 1.35.000.000000257/2011-51, a fim de tratar sobre esta problemática. A partir do que foi

apurado por meio deste procedimento administrativo, foi ajuizada ação civil pública, em desfavor da União, para garantir o fornecimento de água tratada à mencionada comunidade indígena. Esta ação deu origem ao processo registrado sob o número 0006798-89.2012.4.05.8500, que tramita na 3ª Vara da Justiça Federal em Sergipe.

Esta ação foi ajuizada em 10/12/2012 e nela foi requerida a antecipação dos efeitos da tutela, pleiteando, liminarmente, que a União fosse condenada a fornecer água potável suficiente aos índios da Comunidade Xocó. A título de tutela definitiva, foi requerida a condenação da União à instalação de estação de tratamento de água na referida comunidade indígena, a fim de que seus integrantes pudessem ter acesso a água potável.

A ação foi recebida pelo juiz da 3ª Vara Federal e, em obediência ao disposto no art. 2º da Lei 8.437/1992, determinou, em despacho publicado em 29/01/2013, que a União fosse intimada para se manifestar em setenta e duas horas acerca do pedido de caráter liminar. Este ente federado apresentou a manifestação em 05/02/2013.

Em nome do princípio do contraditório, apesar de não haver disposição legal nesse sentido, o magistrado determinou, no dia seguinte, que o Ministério Público Federal, na condição de autor da ação, fosse intimado para se manifestar sobre as informações apresentadas pela União, concedendo, para tanto, prazo de dez dias. O órgão ministerial apresentou manifestação em 18/02/2013. O magistrado entendeu ser conveniente ouvir a União novamente, e assim o fez em 08/03/2013, tendo a União se manifestado em 14/03/2013. Em 21/03/2013, foi proferida decisão interlocutória deferindo o pedido de medida liminar, nos exatos termos em que foi requerida.

Em 02/04/2013, a União foi intimada da decisão que antecipou os efeitos da tutela e foi instada a apresentar contestação, tendo oferecido esta peça defensiva em 29/04/2013.

O processo teve seu trâmite regular, tendo sido prolatada sentença e publicada em 13/01/2015, determinando que a União instalasse estação de tratamento de água na comunidade indígena, consoante requerido na petição inicial. O magistrado sentenciante sujeitou esta decisão ao reexame necessário, atendendo ao disposto no art. 475 do CPC/1973, ainda vigente à época. Posteriormente, após algumas manifestações das partes que não interessam à presente análise, a União interpôs apelação contra essa decisão, e o juiz de primeiro grau recebeu este recurso em ambos os efeitos e, após a apresentação das contrarrazões, remeteu os autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 17/09/2015.

Este Tribunal negou provimento à apelação e à remessa necessária, em 17/12/2015, tendo esta decisão transitado em julgado no dia 15/02/2016. Esta Corte

remeteu os autos ao juízo de origem, em 19/02/2016, para que fosse dado cumprimento à sentença.

Cotejando os dados aqui expostos, verifica-se que, das prerrogativas tratadas no capítulo anterior, a que impactou de forma substancial no deslinde processual e na efetivação da pretensão posta em juízo, foi a oitiva prévia à concessão de medidas liminares, prevista no art. 2º da Lei 8.437/1992. Com efeito, não houve o incidente de suspensão de liminar, previsto no art. 4º, *caput*, desta Lei, além de que o reexame necessário não fez diferença neste caso, em razão de ter sido interposta apelação combatendo toda a sentença, bem como este recurso foi recebido com duplo efeito.

Nesse sentido, organizamos os dados na linha do tempo abaixo, para melhor analisar o impacto da prerrogativa da oitiva prévia do Estado:

10/12/2012	29/01/2013	05/02/2013	18/02/2013	14/03/2013	21/03/2013
Ajuizamento ação	Despacho manifestação 72h	Informações União	Manifestação do MPF às Informações da União	Nova manifestação da União	Decisão que concedeu a liminar

Quando se requer uma medida liminar, o autor deseja que ela seja apreciada pelo magistrado tão logo ele tenha contato com o processo, em razão da urgência deste provimento, e pela própria natureza deste tipo de medida, a ser analisada sem a oitiva da parte contrária. Contudo, em virtude da disposição do art. 2º da Lei 8.437/1992, os entes públicos devem ser ouvidos previamente, descaracterizando, inclusive, a natureza liminar da medida requerida.

Assim, neste processo, caso não existisse esta vantagem processual, a liminar poderia ter sido concedida em 29/01/2013, quando o magistrado teve o primeiro contato com o processo, e despachou para oportunizar a oitiva da União. Entretanto, só foi deferida em 21/03/2013, quase dois meses depois. Pode-se concluir que se trata de um impacto significativo, de cinquenta e dois dias para o deferimento de uma medida de urgência.

Em relação aos prazos dilatados de que a Fazenda Pública dispõe nessa fase (em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, como estabelecia o art. 188 do CPC/1973, vigente à época), só é possível analisar a influência do prazo alargado para a

contestação, pois, anteriormente à apresentação da apelação, ocorreram eventos que acarretaram o alongamento do prazo final para a apresentação da peça recursal e que fogem a esta análise.

Nesse sentido, pode-se concluir que o impacto gerado pelo prazo dilatado para a contestação não proporcionou impacto significativo ao processo, uma vez que transcorreram vinte e sete dias entre a intimação e o oferecimento da contestação, apenas doze dias a mais do que o prazo comum de quinze dias, nos termos do art. 297 do CPC/1973. Considerando que a sentença só foi prolatada dois anos após o ajuizamento da ação, pode-se concluir que os doze dias que a União teve a mais para contestar não influenciaram consideravelmente no deslinde do feito.

#### 4.2.2 Da análise dos dados do processo de número 0801265-48.2014.4.05.8500

Restando apurado, por meio do Inquérito Civil nº. 1.35.000.000709/2011-03, que a comunidade quilombola Pontal da Barra, no Município de Barra dos Coqueiros/SE, não possuía acesso à água potável em quantidade suficiente para todos os seus integrantes, a Procuradoria da República em Sergipe ajuizou ação civil pública, em desfavor da Companhia de Saneamento do Estado de Sergipe – DESO, para garantir o fornecimento deste bem aos quilombolas. Esta ação deu origem ao processo de número 0801265-48.2014.4.05.8500, que tramita perante a 3ª Vara da Justiça Federal em Sergipe.

A DESO é uma sociedade de economia mista, cujo principal acionista é o Estado de Sergipe e que presta serviço de fornecimento de água e manejo de esgoto. Atua em setenta e um dos setenta e cinco Municípios de Sergipe, prestando tais serviços públicos em regime de exclusividade (informações disponíveis em <http://www.deso-se.com.br/v2/index.php/institucional/quem-somos>).

A ação em referência foi ajuizada em 11/06/2014, tendo sido requerida medida liminar de antecipação dos efeitos da tutela para que a ré fosse condenada a fornecer aos habitantes da comunidade Pontal da Barra dois caminhões-pipa por semana, até que o abastecimento de água estivesse regularizado, o que, segundo os órgãos responsáveis, estava em andamento. A título de tutela definitiva, foi pleiteada a mesma pretensão.

Em 13/06/2014, o juiz determinou que a DESO fosse intimada para se manifestar sobre o pedido de medida liminar, aplicando o art. 2º da Lei 8.437/1992, mesmo sendo a companhia uma sociedade de economia mista, adotando aquilo que defendemos no capítulo anterior, em razão desta empresa estatal prestar serviços públicos e, mormente, em regime não concorrencial. A DESO apresentou as informações em 07/07/2014. O magistrado deferiu a antecipação de tutela nos exatos termos em que foi requerida, em decisão interlocutória publicada em 24/07/2014.

A DESO foi efetivamente intimada da decisão e instada a apresentar contestação em 01/09/2014, tendo oferecido a peça defensiva em 16/09/2014. Após a regular tramitação do feito foi proferida sentença, em 30/04/2015, confirmando a decisão que antecipou os efeitos da tutela, ao condenar, em definitivo, a DESO ao fornecimento de dois caminhões-pipa por semana. O magistrado submeteu esta decisão ao reexame necessário, seguindo a linha de se considerar empresas estatais prestadoras de serviços públicos como destinatárias das prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

A Companhia foi efetivamente intimada da sentença em 11/05/2015, e interpôs apelação em 09/06/2015. O recurso foi recebido pelo juízo de primeiro grau em ambos os efeitos, apesar de a sentença ter confirmado a antecipação dos efeitos da tutela de maneira integral. Os autos foram remetidos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, para a apreciação da apelação e para dar cumprimento à remessa obrigatória. Os autos ainda se encontravam no aludido tribunal, sendo informado que o processo se encontrava concluso pra julgamento, até a data de conclusão deste trabalho.

Analisando os dados aqui apresentados, verificamos que das prerrogativas conferidas pela Lei 8.437/1992, a oitiva prévia do ente estatal foi a única que representou impacto na tramitação deste processo, uma vez que não foi apresentado incidente de suspensão da liminar ou da sentença. Vejamos a linha do tempo abaixo para analisar com mais exatidão a influência da exigência legal da oitiva prévia:

11/06/2014	13/06/2014	07/07/2014	24/07/2104
Ajuizamento da ação	Despacho manifestação 72h	Informações da DESO	Deferimento da liminar

Não fosse a exigência legal da oitiva prévia da Fazenda Pública para o deferimento de medida liminar, esta deveria ser apreciada no primeiro contato que o juiz tivesse com o processo, em vista da urgência para garantir o fornecimento de um bem tão caro à vida humana, de que a comunidade quilombola encontrava-se desprovida.

Assim sendo, o pedido de liminar deveria ter sido julgado em 13/06/2014, contudo, em razão da oitiva prévia e todas as decorrências que a acompanham (o tempo para efetivar a intimação e para que os autos voltassem conclusos ao magistrado), o pedido só foi apreciado em 24/07/2014, quarenta e um dias após o primeiro contato do magistrado com o processo. Este tempo, para o deferimento de uma medida de urgência

é bastante considerável e, neste caso, esta vantagem processual influenciou sobremaneira na efetivação dos direitos pleiteados na ação.

Em relação ao reexame necessário, poderia ter influenciado no caso em análise, uma vez que a apelação deveria ter sido recebida apenas no efeito devolutivo, em virtude de a sentença ter confirmado a decisão que antecipou os efeitos da tutela, consoante dispunha o art. 520, VII, do CPC/1973. No entanto, como o magistrado recebeu a apelação em ambos os efeitos, o reexame necessário não impactou neste caso.

A respeito dos prazos dilatados para contestar e para recorrer, a DESO apenas gozou do seu prazo mais alargado para interpor a apelação. Foi ela efetivamente intimada em 11/05/2015, e apresentou seu recurso em 09/06/2015, utilizando praticamente todo o prazo de que dispunha. Foram catorze dias a mais que a companhia teve para recorrer, num processo que durou pouco mais de um ano e três meses do ajuizamento da ação até a prolação da sentença.

#### 4.2.3 Da análise dos dados do processo de número 0801482-91.2014.4.05.8500

A Procuradoria da República em Sergipe apurou, através do Inquérito Civil nº. 1.35.000.000704/2011-72, que a comunidade quilombola Lagoa dos Campinhos, no município de Amparo do São Francisco/SE, vinha sofrendo com a falta de água potável em quantidade suficiente para todos os seus integrantes. Com isso, valendo-se do que foi investigado neste procedimento administrativo, ajuizou ação civil pública, em desfavor da DESO, para garantir o abastecimento de água nesta comunidade. Esta demanda deu origem ao processo de número 0801482-91.2014.4.05.8500, que tramitou inicialmente na 3ª Vara da Justiça Federal em Sergipe, e depois foi remetido à 9ª Vara, quando esta foi criada.

Esta demanda foi proposta em 03/07/2014, requerendo, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela para que a DESO fosse obrigada a fornecer dois caminhões-pipa à comunidade quilombola por semana até que o abastecimento de água estivesse regularizado. Como tutela definitiva, foi pleiteado o mesmo do pedido liminar.

Em 08/07/2014, o magistrado oportunizou que a DESO se manifestasse sobre o pedido de medida liminar, em obediência ao art. 2º da Lei 8.437/1992. A companhia apresentou tais informações em 25/07/2014. Em virtude da criação da 9ª Vara, na cidade de Propriá, este processo foi remetido, no dia 04/08/2014, a este juízo, em função da sua competência territorial para o processamento deste feito.

Tendo a DESO, ao apresentar sua manifestação, realizado pedido de denunciação à lide e juntado documentos, o magistrado deu oportunidade a que o MPF



se manifestasse antes da apreciação da medida liminar. O órgão ministerial apresentou sua manifestação em 25/11/2014.

Em 11/12/2014, o magistrado concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, nos moldes como foi requerido na peça inicial. Apesar de devidamente citado, a DESO não apresentou contestação, razão pela qual foi decretada a sua revelia neste processo.

O magistrado proferiu sentença em 24/07/2015, confirmando, integralmente, a decisão que antecipou os efeitos da tutela. Este juiz entendeu não ser o caso de submeter a sentença ao duplo grau obrigatório, tendo determinado que a ré comprovasse o cumprimento da obrigação que foi cominada na decisão interlocutória que deferiu a liminar e que foi confirmada na sentença. A DESO interpôs apelação intempestivamente, razão pela qual seu recurso não foi recebido.

Neste processo, a única prerrogativa cujos efeitos podem ser analisados é a oitiva prévia do ente estatal, uma vez que a DESO não contestou a ação, bem como interpôs intempestivamente a apelação, além de que não houve incidente de suspensão da liminar, e a sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Desse modo, analisemos o impacto que a exigência legal da oitiva prévia do ente estatal acarretou neste processo, através da sistematização dos dados aqui apresentados na linha do tempo abaixo:

03/07/2014	08/07/2014	25/07/2014	04/08/2014	25/11/2014	11/12/2014
Ajuizamento da ação	Despacho manifestação 72h	Informações da DESO	Remessa dos autos à 9ª Vara	Manifestação do MPF às Informações da União	Deferimento da liminar

Valendo-nos das considerações já feitas na análise dos dois processos anteriores, a liminar requerida poderia ter sido apreciada e deferida em 08/07/2014, contudo, em razão da necessidade de oitiva da companhia de saneamento, apenas em 11/12/2014, mais de cinco meses após, foi concedida a tutela antecipada.

Em que pese esta demora ter sido ocasionada também pela remessa do processo à 9ª Vara, a comunidade já poderia estar recebendo os caminhões-pipa quando os autos foram remetidos, não fosse a exigência da oitiva prévia. Isto porque há de se

recordar que o juízo competente à época da propositura da ação e do despacho inicial era a 3ª Vara, razão pela qual a decisão interlocutória que concedesse a medida liminar seria válida e legítima, podendo, no máximo, ser revista quando os autos fossem remetidos à 9ª Vara.

Dessa maneira, esta demora no deferimento da tutela de urgência pleiteada deve ser imputada ao instituto processual previsto no art. 2º da Lei 8.437/1992. Foram cento e cinquenta e seis dias para que a liminar fosse apreciada, um tempo bastante considerável, levando-se em conta tratar-se de uma situação de urgência, para proporcionar o acesso adequado a um bem essencial à vida, bem como que sua carência estava devidamente comprovada, eis que foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

#### 4.2.4 Conclusões das análises

Em nenhum dos três processos houve o incidente de suspensão da liminar ou da sentença, previsto no art. 4º da Lei 8.437/1992, razão pela qual não foi possível verificar empiricamente por meio desta análise o impacto desta prerrogativa processual. Sabe-se que este instituto é muito utilizado pela Fazenda em casos de grande repercussão e que acarretam considerável atingimento do erário, contudo, nos processos analisados, os entes públicos buscaram a suspensão das decisões através dos próprios recursos interpostos.

De igual forma, não foi possível analisar a interferência do reexame necessário, mesmo tendo o magistrado submetido a sentença ao duplo obrigatório em dois dos três processos aqui analisados. Isto porque, nestes processos, os réus interpuseram recurso de apelação e, apesar de a sentença ter confirmado a decisão que antecipou a tutela, as apelações foram recebidas em ambos os efeitos. Assim, a sentença teve seus efeitos suspensos em razão da interposição da apelação, razão pela qual não foi possível analisar o impacto que a remessa obrigatória teria nestes processos.

Em relação aos prazos dilatados para a Fazenda Pública, pelo que, à época, segundo determinava o CPC/1973, os entes públicos dispunham de prazo em quádruplo pra contestar e em dobro pra recorrer, foi possível perceber que os dois primeiros processos analisados tiveram sua marcha alongada em razão desses prazos alargados. Pelo que foi possível analisar, no primeiro processo, a União utilizou doze dias a mais do prazo comum de quinze dias para apresentar a contestação, em um processo que levou mais de dois anos para a prolação da sentença. No segundo processo, a DESO levou vinte e nove dias para interpor a apelação, catorze dias a mais que o prazo geral estabelecido pelo CPC vigente à época.

É necessário recordar que no primeiro caso a tutela antecipada já havia sido deferida, de modo que, durante os doze dias a mais que a União levou para contestar, a comunidade já estava sendo beneficiada pelo deferimento do pedido de tutela antecipada.

Nessa linha, conclui-se que os prazos dilatados obviamente acabam influenciando no tempo levado para a tramitação do processo, porém, olhando a partir do todo, não é um impacto tão significativo, principalmente quando há a antecipação dos efeitos da tutela.

Entretanto, sem dúvidas, o maior impacto entre as prerrogativas aqui trabalhadas foi a exigência da oitiva prévia para a concessão de liminar em situações que reivindicavam intervenção urgente para fornecer acesso a bem essencial para a sobrevivência humana. Como se viu, em razão desta exigência legal, a tutela antecipada levou cinquenta e dois dias a mais, no primeiro processo, entre o primeiro contato do magistrado com o processo e o seu deferimento; quarenta e um dias, no segundo processo; e cento e cinquenta e seis, no terceiro.

Portanto, em todos os processos foram verificados impactos bastante significativos desta vantagem processual da Fazenda no tempo levado para a apreciação do pedido de medida liminar. Todos esses dias influenciaram consideravelmente em uma tutela de urgência caracterizada por situação de carência de água nas comunidades indígena e quilombolas, reclamando, portanto, uma rápida resposta do Judiciário, o que não foi possível em razão desta prerrogativa processual da Fazenda Pública.

Desse modo, em relação à vantagem processual prevista no art. 2º da Lei 8.437/1992, conclui-se que esta prerrogativa impactou sensivelmente na efetivação célere dos direitos fundamentais pleiteados nestas ações.

#### 4.3 A irrazoabilidade das prerrogativas processuais do Estado na ação civil pública

Como visto no primeiro capítulo, a disciplina do direito processual coletivo surge para servir como instrumento de concretização dos direitos transindividuais que passaram a ser consagrados no ordenamento pátrio. Dentre as ações coletivas, a que possui maior destaque e tem se apresentado como o meio eficaz para a tutela dos interesses coletivos é a ação civil pública, em razão das considerações feitas no primeiro capítulo.

Muitos dos direitos coletivos constituem direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. A título de exemplo, cite-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Magna Carta, e considerado pela doutrina como direito fundamental. De igual forma, direitos fundamentais como saúde, educação, saneamento básico, moradia e outros relacionados à efetivação da dignidade da pessoa humana podem se apresentar, não raras vezes, como direitos coletivos.

Na condição de interesses metaindividuais, estes direitos fundamentais podem ser defendidos pela ação civil pública. Nesse sentido, a ação civil pública se apresenta como um instrumento de efetivação de direitos fundamentais, buscando, muitas vezes, impor ao Estado que cumpra seus deveres de dar concretude a estes direitos em favor da população. Como afirma Raphael Ricardo Tissi:

“Os direitos fundamentais sociais são dependentes de políticas públicas adequadas com vistas a garantir sua efetividade, voltadas à consecução e implementação das diretrizes constitucionais e legais, com o objetivo de assegurar as mínimas condições materiais de existência digna a todos, como garantia de igualdade e umbilicalmente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana.”  
(TISSI)

Nesse sentido, sem querer adentrar na discussão da possibilidade de o Judiciário determinar a destinação de recursos e a realização de ações e políticas públicas para a efetivação dos direitos previstos no ordenamento jurídico, sem que isso constitua indevida imiscuição do Judiciário nas funções do Executivo e no mérito administrativo, a realidade é que a ação civil pública se apresenta como um instrumento processual que dá concretude, tutela e efetiva direitos fundamentais previstos na Constituição e nas leis.

Como afirmam Nathália Bocardi e Luiz Carlos Figueira de Melo:

“A utilização da Ação Civil Pública pelo Judiciário para determinar a adequação dos investimentos e políticas públicas para a efetivação dos direitos subjetivos dos cidadãos conforme determina a Constituição Federal constitui interferência legítima, além de garantir a participação popular no controle social.

Diante disso, resta justificada a necessidade de garantir a ampla utilização desse instrumento processual coletivo para a implementação dos direitos fundamentais, passíveis de efetivação, mas injustificadamente ignorados aos cidadãos”(BOCARDI; MELO)

Nesse sentido também é como pensa Raphael Ricardo Tissi:

“A legislação contempla mecanismos para assegurar a efetiva proteção dos direitos objeto de ação civil pública, destacando-se a possibilidade de implementação dos direitos fundamentais sociais em casos de urgência, mediante provimentos judiciais acautelatórios, liminares ou pela antecipação dos efeitos da tutela almejada.” (TISSI)

Dessa maneira, a ação civil pública se coloca como um meio processual para dar efetividade aos direitos fundamentais, de cunho coletivo (incluindo aqui os direitos individuais homogêneos, tidos como acidentalmente coletivos), à disposição dos seus legitimados para buscar fazer com que o Judiciário compila o Executivo a adotar ações e políticas públicas que possam dar concretude a estes direitos previstos no ordenamento jurídico.

Contudo, por outro lado, temos de levar em consideração a proteção do interesse público, defendido pelo Estado, na condição de seu guardião, mas pertencente a toda a coletividade, sendo do interesse de todos a sua salvaguarda. Esta é a ideia basilar da existência das vantagens processuais de que dispões a Fazenda Pública, aqui chamadas de prerrogativas, evitando-se o termo privilégios pela ressalva já feita.

Nesse sentido, consoante trabalhado no capítulo anterior, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública são embasadas por três justificativas/fundamentos principais, quais sejam, o princípio da isonomia em sua acepção material aplicada à disciplina processual; o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; e o princípio da continuidade dos serviços públicos ou da atividade administrativa.

Conforme visto no capítulo anterior, estas prerrogativas, fundamentadas nestas justificativas, possuem uma razão válida para a sua existência e são necessárias para a defesa eficiente da Fazenda Pública em juízo e para a proteção do interesse público. Inclusive, nesta oportunidade foi defendido que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos se beneficiassem destas vantagens processuais, ao contrário do que autores como Leonardo Carneiro da Cunha pensam, já que os fundamentos que justificam a existência das prerrogativas para a Fazenda servem perfeitamente às empresas estatais.

Contudo, apesar de justificadas por fundamentos válidos, se mostrando necessárias, as prerrogativas processuais devem ceder frente os interesses defendidos pelas ações civis públicas, sobretudo quando estas são usadas para tutelar direitos fundamentais, como nas ações analisadas acima, em que, diante de situações de carência de água potável, que atingia toda uma comunidade, foram ajuizadas ações civis públicas para garantir o seu fornecimento.

Nos processos analisados foi possível ver o impacto que as vantagens processuais da Fazenda Pública ocasionaram na efetivação da pretensão vindicada nas ações, de um bem tão caro à sobrevivência digna. Como já apontado, neste estudo, a prerrogativa que mais influenciou na efetivação do direito pleiteado foi a necessidade de ouvir o Poder Público previamente ao deferimento de medidas liminares, tendo

ocasionado um retardo de até pouco mais de noventa dias para a apreciação do pedido de tutela antecipada.

Durante o tempo necessário para que se satisfizesse esta exigência legal, em nome das razões aqui elencadas, as comunidades afetadas permaneciam desprovidas do bem mais essencial à vida.

É sabido que as medidas de urgência existem em razão da necessidade da parte autora obter a prestação jurisdicional de que necessita, sem ter de esperar até o fim da fase de conhecimento, com a prolação da sentença. É norteada pela ideia que se tem modernamente de prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não basta entregar à parte aquilo que ela necessita, mas é preciso que isto se dê de forma célere, considerando que “justiça tardia é sinônimo de injustiça” (MONTENEGRO FILHO, 2014b, p. 8).

Tomando como exemplo as ações aqui analisadas, as comunidades que se viam desprovidas de um bem essencial à vida não poderiam esperar o desfecho do processo para que obtivessem água potável. Por tal razão, foi formulado pedido de antecipação dos efeitos de tutela, em caráter liminar, para que a comunidade recebesse o bem almejado, o mais rápido possível, diante da situação de urgência que restou configurada.

O retardo na entrega da prestação jurisdicional acaba por beneficiar o réu, pois ele ficará mais tempo sem cumprir com sua obrigação, ao que Misael Montenegro Filho, citando Ítalo Andolina, chama de dano marginal. Nas palavras do primeiro autor, para quem as medidas de urgência devem ser estimuladas em vista da sua utilidade prática na entrega da prestação jurisdicional efetiva:

“como forma de evitar que o autor conviva com o denominado *dano marginal*, segundo o ensinamento de Ítalo Andolina, com a demora na entrega da prestação jurisdicional, servindo o processo muito mais ao réu, que não tem direito, do que ao autor, que consegue logo no início da tramitação da demanda demonstrar ao magistrado que é titular de pretensão legítima, situação apurada através de juízo de probabilidade, de aproximação” (MONTENEGRO FILHO, 2014b, p. 11)

Voltando aos casos das ações analisadas, a União e a DESO foram as únicas beneficiadas do retardo no deferimento das medidas liminares causado pela necessidade de oitiva prévia do Poder Público, pois ficaram mais tempo sem fornecer água à comunidade, enquanto seus integrantes tanto necessitavam.

Consoante já afirmado, o termo liminar refere-se ao momento em que a medida é deferida, no início do processo, antes da citação do réu, *in initio litis*, enquanto que tutela antecipada é o termo que designa a medida de urgência de natureza satisfativa, que pode



ser deferida liminarmente ou em qualquer outro momento do processo, inclusive na sentença. Tratando sobre o termo “liminar”, Daniel Assumpção esclarece que:

“Valendo-se da origem no latim (*liminaris*, de *limen*), o termo “liminar” pode ser utilizado para designar algo que se faça inicialmente, logo no início. O termo *liminar*, nesse sentido, significa *limiar*, soleira, entrada, sendo aplicado a atos praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do demandado. Aplicada às espécies de tutelas de urgência, a *liminar*, nesse sentido, significa a concessão de uma tutela antecipada ou de uma tutela cautelar antes da citação do demandado. A *liminar* assumiria, portanto, uma característica meramente topológica, levando-se em conta somente o momento de prolação da tutela de urgência, e não o seu conteúdo, função ou natureza.” (NEVES, 2014)

Dessa maneira, a medida liminar é um instrumento para que se entregue a prestação jurisdicional da forma mais célere possível, impondo ao magistrado sua apreciação sem que se oportunize a oitiva da parte contrária, a fim de que o bem da vida almejado (voltando à ótica das antecipações de tutela) possa ser entregue com a rapidez que a situação de urgência demanda. Contudo, com a necessidade de oitiva prévia dos entes públicos, a essência da liminar resta descaracterizada, pois abre a oportunidade para que o réu se manifeste antes do seu deferimento, causando inegável demora para a apreciação do pedido liminar, como se pôde ver, mesmo que ilustrativamente, pelas ações aqui analisadas, tendo sido demonstrado a quantidade de dias que a medida liminar levou para ser deferida em razão da exigência de oitiva prévia.

É por tal razão que Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem que é possível a arguição de inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei 8.437/1992, em função da colisão dos interesses presentes, pois, se de um lado temos os fundamentos que justificam as prerrogativas processuais da Fazenda, de outro temos a essência das medidas de urgência, que existem para conferir uma resposta jurisdicional célere a situações que assim demandam:

“Ocorre, por outro lado, que, em se tratando de juízo de ponderação (estruturalmente principiológico), não se pode negar a “natureza própria” das medidas liminares, tutela de urgência, em resposta à lesão ou ameaça de lesão de forma eficaz. Aqui incide a inevitável vedação jurídica aos absolutos, nem mesmo o direito de oitiva prévia do réu (*expressão do princípio do due processo oflaw*) poderá ser um

direito fundamental absoluto, a colisão de princípios invariavelmente deverá se resolver na dimensão do peso dos valores em jogo no caso concreto. Existindo risco iminente de perda da eficácia da decisão ou mutilação dos seus efeitos, não pode subsistir a vedação por inconstitucional.” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2014, p. 299)

Tudo isto resta mais evidente quando se leva em consideração a natureza dos interesses tutelados pela ação civil pública, que certamente possuem mais relevância que a proteção do erário, sobretudo quando a ação civil pública é ajuizada para a defesa de direitos fundamentais, consoante tratado acima. Assim, além da questão de se garantir a prestação jurisdicional efetiva, que compreende a rápida apreciação de medidas liminares, há de se considerar que nos referimos à efetivação de interesses coletivos que, muitas vezes, são direitos fundamentais.

Nesta mesma linha, quando tratamos sobre o incidente de suspensão de liminar ou da sentença, previsto no art. 4º da Lei 8.437/1992, afirmamos que Teori Zavascki entende que este instituto deve ser utilizado de maneira excepcional, tanto por causa dos seus requisitos, quanto pelo fato de existirem outros meios céleres de suspensão destas decisões, à disposição de todas as pessoas, não somente da Fazenda Pública (2014, p. 73). Isto serve também para demonstrar que estas vantagens do Poder Público devem ser vistas com cautela, em razão dos impactos que causam na tramitação dos processos e na certificação dos direitos, especialmente quando se levam em consideração os interesses defendidos por meio da ação civil pública.

Consoante já afirmado, a ação civil pública se presta à tutela de quaisquer interesses transindividuais, como deixa claro o art. 1º, IV da Lei 7.347/1985. Contudo, apenas para demonstrar a importância dos bens defendidos por esta ação, observe-se o rol exemplificativo trazido no art. 1º, que serve para demonstrar a natureza destes interesses:

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.

Dessa maneira, ante a importância destes bens e a natureza dos interesses defendidos, que se sobrepõem muitas vezes ao interesse de proteção da fazenda pública, as prerrogativas processuais do Estado devem ceder para garantir maior celeridade e efetividade na tutela dos interesses metaindividuais, principalmente quando se está diante de direitos fundamentais.

Pensando desta maneira, Sérgio Shimura defende que o reexame necessário deve existir somente no caso de improcedência dos pedidos veiculados em ação civil pública, e não nos casos da sentença proferida contra o Poder Público, como ocorre com a ação popular (art. 19 da Lei 4.717/1964) e nas ações coletivas que envolvem direitos de pessoas portadoras de deficiência (art. 4º, § 1º, da Lei 7.853/1989). Este pensamento do autor, apesar de expressá-lo tratando sobre o reexame necessário, serve para as demais prerrogativas da Fazenda. Comentando acerca do disposto no antigo CPC sobre este instituto, o autor afirma:

“Por conseguinte, figurando na ação civil pública como demanda a Fazenda Pública, o sistema das ações coletivas permite e determina que se deve conferir maior relevância aos *interesses difusos e coletivos* do que aqueles ligados diretamente à Fazenda Pública, como pessoa jurídica de direito público. Daí não se aplicar o art. 475 do CPC, mas sim invocar por analogia o regime da Lei 7.853/1989 (art. 4º, § 4º), pelo qual somente há reexame necessário em caso de *carência* ou *improcedência*, independente de a pessoa jurídica de direito público migrar para o polo ativo da demanda.” (SHIMURA, 2007, p. 350)

No mesmo sentido afirmam Patrícia Mara dos Santos Saad Netto e Luiz Manoel Gomes Jr., citados por Sérgio Shimura:

“sendo assim, não é possível que a aplicação de uma norma de natureza processual (art. 475 do CPC), ainda que cogente e fundada no interesse público fazendário, sobreponha-se à relevância do

direito material e bem jurídico tutelado nas ações civis públicas, subsumindo decisões dotadas de eficácia erga omnes ou ultra partes e que são instrumentos garantidores desses direitos fundamentais do cidadão, constitucionalmente consagrados.” (SHIMURA, 2007, p. 350)

Nesse sentido, recorde-se o que foi dito no primeiro capítulo, quando tratamos sobre o microsistema de processo coletivo, quando afirmamos que o microsistema também possui função integradora, de modo que quando uma lei de processo coletivo for omissa, deve ser buscada a sua integração nas outras leis que compõem o subsistema em primeiro lugar e, não obtendo sucesso, recorrer-se-ia aos diplomas de processo individual, como o CPC. Isto porque as leis de processo coletivo são criadas sob princípios e ideias comuns, que possibilitem a adequada proteção dos interesses coletivos, enquanto o CPC se volta à defesa de interesses individuais.

Assim, o mais adequado não seria aplicar o instituto do reexame necessário como previsto no CPC às ações civis públicas, e sim como está disposto na Lei 7.853/1989 e na Lei 4.717/1964, submetendo à remessa obrigatória apenas os casos de improcedência ou carência da ação, eis que estes dois diplomas tratam sobre a tutela de interesses coletivos.

Recorde-se, ainda, que, consoante exposto no capítulo anterior, o novo CPC aumentou as hipóteses de dispensa do reexame necessário, apontando para a tendência do novo código em prestigiar a célere tramitação dos processos e a efetividade na prestação jurisdicional.

Registre-se, por fim, que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria do Instituto Brasileiro de Processo Coletivo, dispõe, expressamente, em seu art. 14, parágrafo único, que as sentenças prolatadas em ações coletivas não se submetem ao reexame necessário. Isto justamente em razão da natureza dos interesses coletivos tutelados por estas ações.

Consoante já afirmado, os fundamentos das prerrogativas processuais da Fazenda Pública são válidos, e estas vantagens ajudam na proteção do erário, contudo são inegáveis seus impactos na certificação e concretização de direitos, como, ilustrativamente, foi demonstrado a partir da análise das ações acima.

Os interesses da Fazenda Pública, em que pese serem legítimos, não devem prevalecer sobre os interesses transindividuais, que não raras vezes constituem direitos fundamentais, tutelados pela ação civil pública, sob pena de haver uma inversão de valores. Nesse sentido, os interesses ligados ao aspecto pecuniário do Estado, não podem ser sobrepostos aos interesses defendidos pela ação civil pública.

Em verdade, tais prerrogativas processuais são verdadeiros óbices à célere certificação de direitos fundamentais, que, por conseguinte, obstaculizam a sua rápida efetivação, não devendo, pois, prevalecer, tendo em vista o confronto dos valores postos, e a proeminência dos direitos e garantias que materializam a dignidade da pessoa humana.

Destarte, considerando que a ação civil pública é instrumento processual para a tutela de interesses metaindividuais, que muitas vezes constituem direitos fundamentais, bem como que as prerrogativas processuais da Fazenda aqui analisadas acarretam significativos impactos na efetivação célere destes interesses, apresentando-se como obstáculos à célere efetivação de direitos fundamentais, estas vantagens processuais devem ceder frente à natureza dos interesses defendidos pela ACP, que possuem maior relevância que os interesses ligados à defesa do patrimônio público.

## **5 CONCLUSÃO**

As justificativas da existência das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, enquanto demandada em ações civis públicas, são válidas e servem para que os seus representantes possam defender de maneira eficaz quando ela estiver em juízo. Contudo, tratando sobre estas vantagens verificadas na fase de conhecimento da ação civil pública, em que se busca a certificação do direito discutido em juízo, mas abre espaço também para a sua efetivação, através de institutos como a tutela antecipada, são inegáveis os impactos que estas prerrogativas trazem à efetividade da prestação jurisdicional, como buscamos ilustrar a partir da análise dos processos feita no último capítulo. Longe de ser um estudo conclusivo sobre os impactos, a análise aqui feita serve ao menos como demonstração empírica da influência das vantagens processuais na fase de conhecimento da ação civil pública.

Considerando a natureza dos interesses tutelados pela ação civil pública, que muitas vezes se caracterizam como direitos fundamentais, como ocorreu com as ações aqui tratadas, em que buscou-se tutelar o direito coletivo de comunidades ao acesso de água potável, conclui-se que os bens tutelados pela ACP merecem maior destaque e proteção do que interesses que justificam a existência das prerrogativas do Poder Público em juízo.

Dessa maneira, tendo em vista os impactos que as vantagens processuais da Fazenda verificadas acarretam na certificação e concretização dos direitos tutelados pela ação civil pública, as vantagens processuais verificadas durante a fase de conhecimento desta ação não podem constituir óbices à célere prestação jurisdicional que se exige nestes casos, sob pena de haver uma verdadeira inversão de valores, ao se prestigiar a defesa do

erário público, em detrimento de direitos que dizem respeito à dignidade humana, como foram exemplos os processos aqui analisados.

Nestes processos, a aplicação das prerrogativas processuais, em especial, da exigência legal de oitiva dos entes estatais antes do deferimento de medidas liminares, em nome da defesa dos interesses do Estado, fez com que o bem essencial necessitado pelos integrantes da comunidade tardasse a chegar, em razão do retardo ocasionado pelas prerrogativas processuais.

Conclui-se, portanto, que não é razoável a existência das prerrogativas processuais aqui analisadas na fase de conhecimento da ação civil pública, uma vez que seus fundamentos e justificativas são axiologicamente de relevância inferior em relação aos direitos coletivos em sentido amplo, objeto de tutela da ACP e que se apresentam, muitas vezes, como direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM. **Ação Civil Pública**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. (Coord.) Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Rescoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BOCARDI, Nathália; MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Ação civil pública na efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.esamcuberlandia.com.br/RevistaIdea2/artigos/2010v1n2art06.pdf>>. Acesso em 2 mai. 2016.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 de mar. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp40.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp40.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2016.



BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7913.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.642/MG**. Relator: GRAU, Eros. Publicado no DJe 18-09-2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14722001/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1642-mg>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 220. 906/DF**. Relator: CORREA, Maurício. Publicado no DJe 14-11-2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14752610/recurso-extraordinario-re-220906-df>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 88.583/SP**. Relator: CORREA, Maurício. Publicado no DJe 21-10-1996. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19949640/recurso-especial-resp-88583-sp-1996-0010371-2>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

CUNHA JR., Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual – volume 4: Processo Coletivo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. (Coord.) *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito processual coletivo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coord.) *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Projeto de novo CPC e sua influência no microsistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. (Coord.)

Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. **Aproximação do regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público ao das pessoas jurídicas de direito público.** Disponível em: < [www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667154](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667154)>. Acesso em: 19 abr. 2016.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil** - volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo: Atlas: 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil** - volume 2: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução. 10. ed. São Paulo: Atlas: 2014a.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil** - volume 3: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar. 10. ed. São Paulo: Atlas: 2014b.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

SHIMURA, Sérgio. **O reexame necessário nas ações coletivas.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coord.) Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coord.) Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/3412353](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3412353)>. Acesso em 19/04/2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: JusPodivm: 2014.

TISSI, Raphael Ricardo. **A ação civil pública como instrumento de tutela e efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <[http://www.femparpr.org.br/monografias/upload\\_monografias/RAPHAEL%20RICARDO%20TISSI.pdf](http://www.femparpr.org.br/monografias/upload_monografias/RAPHAEL%20RICARDO%20TISSI.pdf)>. Acesso em 02 mai. 2016.

RIZZI, Ângela Onzi. **Ação civil pública: instrumento para a concretização de direitos sociais?**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,acao-civil-publica-instrumento-para-a-concretizacao-de-direitos-sociais,46899.html>>. Acesso em 02 mai. 2016.

SILVA, Cintia Campos da. **Ação civil pública como instrumento de controle da omissão administrativa na visão do STJ**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/a%C3%A7%C3%A3o-civil-p%C3%BAblica-como-instrumento-de-controle-da-omiss%C3%A3o-administrativa-pela-vis%C3%A3o-do-stj>>. Acesso em 2 mai. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

## **COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A BUSCA DA TÉCNICA ADEQUADA E A ESTRUTURAÇÃO DO MÉTODO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

**DIMITRIUS GOMES DE SOUZA:**

Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União; bacharel em direito pela UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e atualmente pós-graduando em direito pela UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro);

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta a colisão de direitos fundamentais, tal como ocorre entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. Pretende analisar os métodos de resolução de conflitos entre normas constitucionais, de maneira a permitir identificar, dentre as soluções oferecidas pela Constituição, qual a técnica mais adequada e como ela pode ser estruturada para tentar resolver casos difíceis.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Colisão de direitos fundamentais. Resolução de conflitos. Técnica da ponderação. Estruturação do método. Postulados.

**ABSTRACT:** The work presents a reflection of fundamental rights, as between freedom of expression and personality rights. It intends to analyze the methods of conflict resolution between the constitutional norms, to identify, among the ways to determine the adequate resolution by the Constitution, which is the most appropriate technique and how it can be structured to solve the cases.

Keywords: Constitutional Law. Collision of fundamental rights. Conflict resolution. Weighting technique. Method structuring. Postulates.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3. A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 4. A SOLUÇÃO OFERECIDA PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO À HIPÓTESE DE COLISÃO. 5. A SOLUÇÃO OFERTADA PELO JUDICIÁRIO À QUESTÃO DA COLISÃO. 5.1. A insuficiência da subsunção . 5.2. A técnica da ponderação. 5.3. Método de estruturação da ponderação. 5.3.1.

Postulado da proporcionalidade. 5.3.2. Postulado da razoabilidade. 5.3.3. Postulado da proibição do excesso. 5.3.4. Postulado da concordância prática. 6. CONCLUSÃO.

REFERÊNCIAS 18

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar, de forma sucinta, como tentar solucionar os conflitos existentes entre os direitos fundamentais, como por exemplo, o existente entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade na sociedade brasileira atual.

A intenção é trazer, em poucas linhas, um apanhado sobre o patamar atual da discussão doutrinária a respeito da colisão de direitos fundamentais, dando ênfase à técnica adequada e sua estruturação, com o fim de prover o intérprete para oferecer soluções jurídicas a casos complexos.

Se é certo que o método de subsunção de normas é limitado para a resolução dos chamados casos difíceis, questiona-se como estruturar uma solução adequada do ponto de vista constitucional que, além de encaminhar a resolução da tensão entre direitos fundamentais, ao mesmo tempo guarde reverência ao princípio democrático e seja minimamente aferível.

De forma sintética, serão abordados os aspectos elementares da colisão de direitos fundamentais, a tensão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, as soluções oferecidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, e, ainda, uma tentativa de mínima de estruturação da técnica adotada judicialmente.

A preocupação, ao final, será não apenas apontar a *técnica adequada* à resolução dos casos difíceis, mas também, e principalmente, investigar uma *forma de estruturar* a aplicação desse método de forma a permitir garantir a legitimidade da solução adotada, e, ainda, a sua sujeição a controles de ordem pública.

## 2. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão de direitos fundamentais acontece quando dois ou mais direitos fundamentais, de conteúdos e titulares diferentes, colidem por ocasião de seu exercício<sup>92</sup>. Esse fenômeno, inevitável diante das Constituições modernas, surge por várias razões, dentre as quais: 1) a complexidade das sociedades contemporâneas, materializada no texto constitucional de forma a retratar valores e interesses heterogêneos, fruto de um Estado alicerçado na democracia e no pluralismo político; 2) em razão da essência principal dos

---

<sup>92</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1270.



direitos fundamentais, que ficam submetidos às limitações jurídicas e fáticas, ou seja, à concorrência com outros princípios e à submissão à reserva do possível<sup>93</sup>.

Diante da inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais, que se dá por força do *princípio da unidade hierárquico-normativa* da Constituição, não se pode estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência entre eles. A solução, assim, será definida de acordo com o caso concreto. Ou seja, a partir das circunstâncias fáticas é que, utilizando a técnica da ponderação a resolução da colisão será efetivada.

Outra consequência da identidade hierárquica existente entre os direitos fundamentais se refere à atuação do legislador ordinário ante a tensão entre tais direitos. Nesse passo, há que se considerar duas situações<sup>94</sup>: 1) quando a Constituição confere ao legislador ordinário a possibilidade de *restringir* um direito fundamental, mediante a edição de lei que poderá evitar colisões; 2) quando o legislador ordinário estabelece diretamente *parâmetros* para a solução desses conflitos.

A primeira hipótese ocorre quando o legislador constituinte autoriza expressamente a edição de uma *lei restritiva* de um direito fundamental. Aqui, a solução é transferida ao legislador ordinário que poderá restringir um dos direitos colidentes, respeitando sempre o chamado *núcleo essencial* dos direitos envolvidos. O exemplo a ser citado é o dispositivo constitucional que assegura o direito fundamental de greve (art. 9º, § 1º), que por sua vez se encontra delimitado pela Lei nº 7.783/1989, que protege as necessidades inadiáveis da comunidade.<sup>95</sup>

Outro caso acontece quando o legislador, independente da permissão constitucional, resolve estabelecer *parâmetros gerais* a serem levados em conta pelo

---

93 BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 85-86.

94 Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., pp. 87-88) salienta que mesmo nos casos em que seja admitida a edição de lei, a validade deste diploma em tese, não impedirá a possibilidade de ser considerado inadequado ao caso concreto: "*E ainda quando a solução proposta encontre respaldo constitucional e seja em tese válida, isso não impedirá o julgador, diante do caso concreto, de se afastar a fórmula legal se ela produzir uma situação indesejada pela Constituição*".

95 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 118-119.

intérprete, sem impedi-lo, contudo, de utilizar a técnica da ponderação indispensável à resolução da colisão. Tal situação é válida, pois o que se veda diante da identidade hierárquica dos direitos fundamentais é a tentativa do legislador de arbitrar diretamente a colisão, estabelecendo uma regra que denote a prevalência abstrata de um direito fundamental sobre outro<sup>96</sup>.

O fenômeno da colisão de direitos fundamentais é complexo, pois toca em outros temas controversos do debate constitucional, tais como: a) o dos os limites impostos pela democracia e pela separação de poderes ao ativismo judicial; b) o da dificuldade de contrastar de forma racional bem e valores muito diversos; c) o da busca da justa e adequada medida para solucionar o conflito permanente entre os interesses individuais e coletivos.<sup>97</sup>

Diante dessas considerações gerais, cumpre-nos avaliar a específica colisão entre a liberdade de expressão, considerando também a liberdade de imprensa, e os direitos da personalidade.

### **3.A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

A tensão existente entre a liberdade de expressão e os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada constitui uma das mais importantes discussões constitucionais. Afinal, de um lado temos uma liberdade essencial à democracia e ao pluralismo; de outro lado, existem os direitos que representam a tutela da personalidade humana. Ambos os direitos são fundamentais, pois revelam o mesmo fundamento material: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse conflito se potencializa na atual conjuntura da sociedade brasileira, marcada pelo elevado nível de conexão digital da população, pela multiplicação de mídias e de plataformas de comunicação, e, ainda, pela grande importância das redes sociais na vida social privada e mesmo no debate público.

---

<sup>96</sup> BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*: Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 87.

<sup>97</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 495-493.

Para exemplificar a importância do exame desse conflito normativo, pode-se apontar alguns exemplos concretos: a publicação de uma reportagem que revela que um diretor de televisão assediava sexualmente determinada atriz que dirigia na televisão<sup>98</sup>; a edição de um livro que conta a história de uma figura pública envolvida em uma operação policial de grande repercussão<sup>99</sup>; a publicação de um post em um blog de jornalista que divulga informações a respeito de atriz que sofreu violência sexual da qual resultou gravidez<sup>100</sup> etc.

Após enumerar de forma breve e simplificada algumas das situações recentes em que ocorreu a tensão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, pode-se afirmar que, *a princípio*, não se encontra na Constituição a resposta direta e imediata para esse problema de ordem prática. Afinal tais direitos possuem não só o mesmo valor jurídico, como também axiológico.

Assim, a solução para essa relação conflituosa pode ser oferecida através de duas formas: a) pelo legislador ordinário, mediante a edição de uma *lei restritiva* ou a definição de *diretrizes* à interpretação da colisão *in concreto*; b) pelo Poder Judiciário, através da *técnica de ponderação*.

#### **4.A SOLUÇÃO OFERECIDA PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO À HIPÓTESE DE COLISÃO**

No que se refere à possibilidade de resolução dessa colisão através da intervenção do legislador ordinário, afirma-se, desde já, que existe controvérsia doutrinária. Com base na interpretação do artigo 220 e seu § 1º, da Constituição de 1988, surgem duas correntes de pensamento.

De um lado, há aqueles que sustentam que o dispositivo constitucional constitui uma *reserva de lei qualificada* para o legislador ordinário disciplinar o exercício da

---

98 BATISTA JÚNIOR, João. *O cerco*. Revista Piauí, 14 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-cerco/>. Acesso em 26/06/2022, 20:17 horas.

99 QUADROS, Vasconcelos. *Caso Rubens Valente revela nova censura e põe em risco liberdade de imprensa*. Agência Pública, 06 de maio de 2022. Disponível em: <https://apublica.org/2022/05/caso-rubens-valente-revela-nova-censura-e-poe-em-risco-liberdade-de-imprensa/>. Acesso em 26/06/2022, 20:17 horas.

100 Klara Castanho *agradece apoio após revelar que foi estuprada e entregou bebê para adoção*. G1, 26 de junho de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2022/06/26/klara-castanho-agradece-apoio-apos-revelar-que-foi-estuprada-e-entregou-bebe-para-adoacao.ghtml>. Acesso em 26/06/2022, 20:30 horas.

liberdade de expressão. Para esta corrente, todavia, ao legislador caberia considerar a vedação do anonimato, a utilização do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Dentro dessa linha de pensamento, encontra-se Gilmar Ferreira Mendes<sup>101</sup>, que assim se manifesta:

[...] o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com a observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. 102

Em oposição a este entendimento, existem os defensores da ideia de que o § 1º do artigo 220 limita a ponderação ao julgamento dos casos concretos, removendo assim possibilidade de ser realizada a restrição legislativa. Para essa corrente de pensamento, somente o Poder Judiciário, diante da *hipótese concreta*, é quem poderia restringir a liberdade de expressão, de acordo com as limitações fixadas nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do artigo 5º da Constituição. Nesse sentido, tem-se a posição de Mônica Neves de Aguiar, para quem: “Tratando-se de colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, [...] a solução deve ficar a cargo dos Juízes e Tribunais”<sup>103</sup>.

Dessa forma, admitindo que haja a possibilidade de edição de *lei restritiva*, pode-se afirmar a existência do artigo 20 da Lei nº 10.406 de 2002, que instituiu o novo Código Civil, e que busca arbitrar a tensão dialética existente entre a liberdade de expressão e os direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade.<sup>104</sup>

---

101 Além de Gilmar Ferreira Mendes, Luis Roberto Barroso (BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 118) admite a possibilidade de edição de lei restritiva à liberdade de expressão e informação.

102 MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 86-87.

103 CASTRO, Mônica Neves de Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 116, apud BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 108.

104 Outro dispositivo que regulava essa tensão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade era artigo 21 da Lei nº 5.250 de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, que foi considerada pelo STF como *não recepcionada* pela Constituição (ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, 30.4.2009).

Da leitura do artigo 20 do Código Civil, percebe-se que o legislador infraconstitucional talvez tenha sido infeliz ao tentar arbitrar a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, muito em razão dos valores e sentimentos que influenciaram a sua edição terem origem no projeto original, concebido na década de 1970, em plena ditadura militar. Apesar das muitas alterações realizadas até a publicação, o Código Civil de 2002 nasceu ultrapassado e recheado de traços do regime anterior ao instaurado em 1988. Prova disso é que o artigo 20 do atual Código Civil possui redação idêntica a que constava do Anteprojeto de Código Civil de 1972.

Nesse sentido, o artigo 20 do Código Civil<sup>105</sup> traz dois critérios que não possuem sustentação na ordem constitucional vigente, eis que, em verdade, representam expressões indeterminadas justificadoras de arbitrariedades já perpetradas em regimes arbitrários. Tais critérios são: *administração da justiça e manutenção da ordem pública*. A partir dessas expressões, poderia, no limite, ser proibido tudo aquilo que não tenha sido autorizado e não seja necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública<sup>106</sup>.

Diante dessas circunstâncias, parte da doutrina se manifestou a favor da possibilidade de declaração formal de inconstitucionalidade do dispositivo, já que a fixação daqueles critérios por parte do legislador é inválida, pois arbitra uma preferência abstrata dos direitos da personalidade (direito à imagem e direito à honra) sobre a liberdade de expressão que não encontra amparo na Constituição, dado a identidade jurídico-axiológica dos direitos fundamentais. Na visão dessa corrente doutrinária, o artigo 20 do CC tem que ser objeto de *interpretação conforme* a Constituição, evitando, dessa forma, a sua retirada

---

105 Eis a dicção do artigo 20, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002): "Artigo 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à *administração da justiça* ou à *manutenção da ordem pública*, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais" (grifo nosso).

106 BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 122.

do ordenamento jurídico em função do vício de inconstitucionalidade apontado. 107 108  
109

Portanto, para se adequar o artigo 20 do CC aos valores subjacentes ao texto constitucional, deve-se entender que tal dispositivo admitiu, em caráter excepcional, a proibição prévia de divulgações somente nos casos em que seja possível afastar, por razão de extrema relevância, a presunção constitucional de interesse público inerente à liberdade de expressão.

## **5.A SOLUÇÃO OFERTADA PELO JUDICIÁRIO À QUESTÃO DA COLISÃO**

### **5.1 A insuficiência da subsunção**

A busca da solução para a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada passa, necessariamente, por uma averiguação da adequação do *método* até então utilizado para a resolução de conflitos normativos, que a subsunção.

Assim, da análise da subsunção se chega à conclusão de que seu esquema metódico tem limites, não sendo possível a sua aplicação em caso de conflitos de direitos fundamentais, já que a sua lógica unidirecional (*premissa maior* → *premissa menor* → *conclusão*) não permite que a solução para a hipótese concreta esteja de acordo com o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição. Em outras palavras, ao intérprete-aplicador não é dada a possibilidade de escolher uma solução com base em somente em um dos elementos envolvidos.

### **5.2 A técnica da ponderação**

Dessa forma, a dogmática jurídica buscou desenvolver novas técnicas capazes de trabalhar com a realidade constitucional. Afinal, os conflitos entre direitos fundamentais

---

107 Sobre essa questão Luis Gustavo Grandinetti (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 65-66) afirma, em síntese, que: "A opção do legislador pelo direito da personalidade importa em valorar de maneira diferente do que se propôs a Constituição, que não estabeleceu prevalência de um direito sobre o outro".

108 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 36-37.

109 BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 123-125.



ante a uma sociedade aberta, plural e democrática são naturais e, por isso, necessitam de um método de solução que atenda de forma juridicamente adequada e, na medida do possível, os diferentes bens, interesses, valores, princípios, direitos e razões decorrentes do texto constitucional de 1988.

Nesse contexto, surge a *técnica* da ponderação que objetiva, em síntese, resolver os conflitos normativos – como é o caso da colisão entre os direitos fundamentais – através do estabelecimento de pesos aos elementos que se encontram em tensão.

Em vista disso, torna-se necessário compreender a estrutura do raciocínio ponderativo a fim de que seja possível realizar a aplicação do direito. Sua estruturação passa não só pelo conhecimento de seu modo de aplicação, mas também, e principalmente, pela fixação de critérios sem os quais a técnica da ponderação se torna vazia e, por isso, despida de utilidade prática.<sup>110</sup>

A análise do processo de aplicação da ponderação envolve três etapas fundamentais.

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema jurídico os dispositivos normativos relevantes para a solução do caso. Nessa fase, devem ser identificados os eventuais conflitos entre as normas, sendo agrupadas em razão da solução que indicarem.<sup>111</sup> Portanto, este é o momento no qual se observa a colisão de direitos fundamentais que nos interessa, tendo de um lado, a liberdade de expressão, e de outro, um ou mais dos direitos da personalidade relevantes a este estudo.

Na segunda etapa, compete ao intérprete o exame dos fatos – *isto é, das circunstâncias do caso concreto* – e a sua relação com as normas selecionadas na etapa anterior. Neste momento, tendo em conta a colisão abordada, observa-se as mais diversas

---

110 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 88-95.

111 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, pp. 346-348.

situações nas quais a liberdade de expressão se choca com a honra, a imagem, a intimidade ou a vida privada.

Um exemplo a ilustrar este estágio da ponderação pode ser citado. É o caso concreto que envolveu o programa *Big Brother*, na versão holandesa, em que uma das participantes deu à luz a uma menina durante a sua realização<sup>112</sup>. Verifica-se, ao apurar os fatos, uma interação estabelecida entre a possibilidade de o programa exibir a feitura do parto e o exercício da liberdade de expressão por parte da direção do *reality show*. De outro lado, há de se considerar a utilização da imagem da criança, bem como da gestante com o nítido interesse de se elevar a audiência da atração televisiva.

Na *terceira etapa*, surge o momento decisivo em que será determinada a solução para o caso concreto. Assim, é nesse instante que os diversos grupos de normas (selecionados na primeira etapa) e as consequências práticas de sua incidência à hipótese concreta (relacionadas na segunda etapa) serão analisados de forma conjunta.

A partir desse exame, serão atribuídos os pesos relativos aos diferentes elementos em conflito, sendo possível avaliar qual a decisão a ser tomada diante do caso concreto. Mais ainda, será definido não somente o grupo de normas a preponderar, mas também em que medida<sup>113</sup> prevalecerá em relação aos demais elementos ponderados<sup>114</sup>. Para que se possa graduar essa medida, todavia, será indispensável a fixação de critérios sem os quais, como dito, a ponderação se torna inexequível do ponto de vista prático.

### 5.3 Método de estruturação da ponderação

---

112 *Participante do "Big Brother" holandês dá à luz durante programa*. Folha de São Paulo, São Paulo, 18 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u54424.shtml>. Acesso em: 19.10.2005.

113 Os princípios, devido a sua natureza e estrutura, podem ser aplicados em graus diferentes, pois possuem uma dimensão de peso ou importância que os permite serem realizados na medida do possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Da mesma forma são os direitos fundamentais, que pela sua já mencionada natureza principal, podem ser, com efeito, concretizados em maior ou menor intensidade.

114 O exemplo utilizado anteriormente pode ilustrar, outrossim, a terceira etapa do processo de ponderação. Destarte, sem entrar aqui em maiores detalhes, pode-se dizer que a Justiça holandesa decidiu que a gestante, participante do programa *Big Brother* local, poderia ter o parto sem ter que deixar o local onde são realizadas as gravações. Contudo, determinou a proibição da transmissão do parto, sendo que a sua realização ocorreu em um quarto especial e sem câmeras. Além disso, as autoridades judiciais holandesas definiram que os criadores do *reality show* só poderão filmar o bebê durante duas horas por dia e por um período máximo de oito dias. Mais ainda, determinaram que o bebê ficará em um ambiente separado, sendo que somente a mãe e outra pessoa responsável por cuidar da criança poderão ter livre acesso ao local.

Compreendida o modo de aplicação da ponderação, faz-se necessário estabelecer a fixação de critérios sem os quais essa técnica se torna vazia e, por isso, despida de utilidade prática.

É crucial a fixação de uma estruturação mínima da ponderação, inclusive, como forma de possibilitar maior controle jurídico e social das decisões judiciais, fortalecendo, assim, a sua legitimidade democrática a partir do momento em que exposta como foi construído o raciocínio ponderativo.<sup>115</sup>

Desse modo, com fim de permitir a estruturação da ponderação, analisa-se a seguir os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que servem como critérios à estruturação do método ponderativo, bem como os postulados da proibição de excesso e da concordância prática e, que são utilizados como diretrizes à técnica da ponderação<sup>116</sup>.

### 5.3.1 Postulado da proporcionalidade

Na sua origem, deve-se destacar que a jurisprudência constitucional alemã definiu racionalmente a estrutura da proporcionalidade<sup>117</sup> mediante a fixação de três exames fundamentais: o da *adequação*, o da *necessidade* e o da *proporcionalidade em sentido estrito*, que serão aplicados em uma ordem pré-definida e de forma subsidiária.<sup>118</sup>

Pode-se definir o postulado da proporcionalidade como um instrumento de controle do Poder Público, na medida em que submete a edição de seus atos aos três

---

115 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 523-524.

116 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 88-95. Segundo a doutrina de Humberto Ávila, *postulados normativos aplicativos* são normas estruturantes da aplicação de princípios e regras. Seriam, ainda segundo o autor, *metanormas* ou *normas de segundo grau*, na medida em que: "situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam".

117 Optamos, neste artigo, pela terminologia e pela estruturação empregadas por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. Op. cit., pp. 87-90), que considera a proporcionalidade, bem como a proporcionalidade, como postulados normativos aplicativos. Registre-se que a maioria da doutrina prefere a utilização das expressões princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade. Além disso, cabe atentar para a lição de Luís Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 798, pp. 23-50, abril 2002, pp. 24-26), que considera a proporcionalidade como regra.

118 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 798, abril 2002, p. 30.

exames acima mencionados, funcionando como um *limite* ao ato estatal restritivo de um ou mais direitos fundamentais.

Conforme aludido, a proporcionalidade possui uma estrutura racionalmente definida, refletida nos exames da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

A *adequação* exige que o administrador ou o legislador utilize um meio cuja eficácia possa promover a realização gradual de um objetivo. Dessa forma, a medida será adequada não somente quando alcançar o fim desejado, mas também quando fomentá-lo.<sup>119</sup>

Já a *necessidade* de um meio é auferida se, dentre todos os meios adequados para a promover o fim, for o mais suave quanto à restrição em relação aos direitos fundamentais. Portanto, esse segundo exame é tipicamente comparativo, pois uma medida será adequada se, e somente se, cotejada com todas aquelas consideradas inicialmente adequadas, for a que menos restrinja os direitos dos cidadãos<sup>120</sup>.

O exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, por sua vez, consiste em averiguar se as vantagens proporcionadas pela medida são superiores aos ônus dela decorrentes. Essa última etapa é a mais problemática porque deve aferir a importância, sob a ótica constitucional, dos bens jurídicos em confronto, levando em conta o princípio da unidade da Constituição, mas também admitindo a realização – inevitável e motivo de controvérsias – de valorações morais e políticas.<sup>121</sup>

### 5.3.2 Postulado da razoabilidade

A razoabilidade possui estrutura e origem desvinculadas da proporcionalidade, servindo como instrumento que permite a aplicação de outras normas jurídicas. Apesar de ser usada em diversos sentidos, do comum ao técnico-jurídico, pode-se estruturá-la através do destaque a três das acepções, a saber: a razoabilidade como *equidade* (exigência de compatibilização entre a norma geral e o caso individual); a razoabilidade como *congruência* (harmonização das normas com a conjuntura externa a

119 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 116-121.

120 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 798, abril 2002, pp. 38-39.

121 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 519.

sua aplicação, de modo a revelar a adequação à realidade dos fatos, e, ainda, a correlação entre o critério diferenciador escolhido e a medida adotada); e a razoabilidade como *equivalência* (dever de vinculação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona)<sup>122</sup>.

### 5.3.3 Postulado da proibição do excesso

O postulado da proibição do excesso tem como finalidade vedar a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. Assim sendo, está presente em qualquer situação na qual seja necessária a limitação a um direito fundamental, tal como ocorre na colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.<sup>123</sup>

Nesse sentido, a aplicação de uma norma constitucional não deve gerar uma limitação exagerada de um direito fundamental, de forma a atingir o seu núcleo essencial, retirando-lhe, com efeito, a sua mínima eficácia.

Por fim, é de se dizer que o postulado da proibição de excesso distingue-se da proporcionalidade, na medida em que, segundo Humberto Ávila, “veda a restrição à eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim”<sup>124</sup>.

### 5.3.4 Postulado da concordância prática

A harmonização ou concordância prática consiste na recomendação de adotar a solução que melhor otimize a concretização dos bens jurídicos constitucionalmente

---

<sup>122</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 102-109.

<sup>123</sup> BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 156-165, mar. 1997. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/17068>. Acesso em: 27/06/2022.

<sup>124</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 116.

protegidos que se encontram em confronto, porém sem negar a realização de nenhum deles. 125

Esse postulado objetiva direcionar a ponderação mediante a imposição do dever de *realização máxima* dos valores que se relacionam. Busca, em suma, um equilíbrio dialético entre as normas jurídicas que estão em situação de tensão. Todavia, não se pode confundilo com o postulado da proporcionalidade, já que não determina o modo pelo qual deve ser realizada a promoção das finalidades interligadas.126

## 6.CONCLUSÃO

Face ao exposto, nota-se que os conflitos entre direitos fundamentais não são de fácil resolução, pois a lógica da subsunção, apesar de importante, não é suficiente do ponto de vista constitucional para apresentar uma solução adequada para resolver a tensão entre normas jurídicas como a liberdade de expressão e os direitos da personalidade garantidos pela Constituição.

Nota-se, no período após a promulgação da Constituição de 1988, mas ainda hoje, que os Tribunais em geral - e, por vezes, o próprio Supremo Tribunal Federal - evitam aprofundar a *aplicação* do método ponderativo, e, especial, não conseguem muitas vezes *estruturar adequadamente* a ponderação, de modo a permitir que a decisão judicial seja controlável do ponto de vista jurídico e social.

Nos conflitos existentes entre a liberdade de expressão e os direitos à personalidade, muitas vezes surgem soluções, presentes em decisões judiciais, que reverberam mais voluntarismo do que técnica jurídica. Isso porque, por vezes, a decisão em si é desacompanhada de uma demonstração, que teria de ser feita na fundamentação, de *como* a decisão judicial ponderou os direitos fundamentais.

Muitas vezes impera nessas decisões judiciais a vontade do julgador, e não, propriamente, uma manifestação técnico-jurídica, passível de verificação e controle, como se espera de uma decisão judicial em um Estado Democrático de Direito.

---

125 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 114-115.

126 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 96-97.



Dessa forma, torna-se tarefa de difícil realização investigar os caminhos trilhados por uma decisão judicial para se chegar à resolução dos casos envolvendo a colisão de direitos fundamentais.

Afinal, diante do caso concreto, muitas vezes com peculiaridades e complexidade únicas, a ponderação precisaria estar estruturada por critérios ou parâmetros para que possa atingir seu objetivo e ainda ser controlável do ponto de vista da democracia e da separação de poderes.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 79-129.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 156-165, mar. 1997. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/17068>.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 327-378.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos*

*fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 85-92.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 798, pp. 23-50, abril 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed., 3ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 23-58.

## **A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS**

**GABRIELA PATRÍCIA MIRANDA DE ALMEIDA:**  
Graduanda em Direito pela Faculdade FASEH. <sup>127</sup>

**EDNA COSME VICENTE**<sup>128</sup>

*(coautora)*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade do art.1641, II do Código Civil de 2002, sanção imposta pelo legislador aos idosos maiores de 70 anos, ao cercear os direitos constitucionais à igualdade, à dignidade da pessoa humana e à liberdade sob a presunção absoluta de incapacidade para negociação antenupcial que lhe convier. No entanto, o legislador do código civil brasileiro, impôs o regime da separação de bens de forma instantaneamente aos nubentes, como disposto no art.1641, II do Código Civil de 2002, sob a alegação protecionista patrimonial dos cônjuges e seus descendentes, com a aplicação da Súmula 377/STF. Dessa forma, um primeiro instante, apresentou-se histórico do instituto do casamento; sua autonomia e modificações em seu conceito, os diferentes tipos de regimes de bens no Brasil, e seus princípios; o Estatuto do Idoso; e chegando a conclusão da teoria de inconstitucionalidade do supracitado artigo.

**Palavras-Chave:** Inconstitucionalidade; Idoso; Regime de Bens; Dignidade da Pessoa Humana.

**Abstract:** This currently article aims to analyze the unconstitutionality of art.1641, II of the Civil Code of 2002, a sanction imposed by the legislator on the elderly over 70 years of age, by curtailing the constitutional rights to equality, human dignity and freedom under the absolute presumption of incapacity for prenuptial negotiation that suits you. However, the legislator of the Brazilian civil code, instantly imposed the regime of separation of property to the spouses, as provided in art. application of Precedent 377/STF. In this way, a first moment, the history of the marriage institute was presented; its autonomy and changes in its concept, the different types of property regimes in Brazil, and their principles; the Elderly

<sup>127</sup> [gabrielapatriciam@outlook.com](mailto:gabrielapatriciam@outlook.com)

<sup>128</sup> Graduando em Direito pela Faculdade FASEH. Endereço eletrônico: [ednav0714@gmail.com](mailto:ednav0714@gmail.com)

Statute; and reaching the conclusion of the unconstitutionality theory of the aforementioned article.

**Keywords:** Unconstitutionality; Elderly; Property Regime; Human Dignity.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é suprema em todo o ordenamento jurídico, sendo que os princípios que estão elencados na mesma devem ser observados e utilizados para a elaboração de novas leis que sejam de hierarquia inferior, também sendo decorrentes da mesma. Pode-se dizer que é inconstitucional qualquer norma que não siga os padrões que estão presentes na CR/88.

O artigo em questão tem como finalidade propor a discussão acerca da inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens para pessoas maiores de 70 anos, estabelecida no art. 1.641 do CC/2002, portanto, tendo como base os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade e autodeterminação da pessoa.

Cumpr-se salientar ainda a discussão entre a autonomia da vontade da pessoa e a proteção patrimonial, no CC.2002 tem a inclusão acerca do regime de separação de bens obrigatório para as pessoas maiores de 60 anos, a lei nº 12.344 de 2010 fez alteração do art. 1.641, alterando a idade de 60 anos para 70 anos, essa idade que é considerada como obrigatória para o regime de separação de bens no casamento.

Dessa forma, poderá acarretar em prejuízos patrimoniais a sociedade decorrente da intervenção do Estado em sua função legisladora, visto que, o direito de família é de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, por ser um ramo do direito privado com características do direito público, que busca nortear as relações familiares da coletividade, como, por exemplo, o regime obrigatório de bens que ocorre de forma automática para os maiores de 70 anos, situação que não é de interesse público, o Estado deve se abster de intervir na liberdade de escolha dos nubentes capazes civilmente, por tratar de interesse particular e subjetivo.

## 2- DO CASAMENTO

Entre as definições mais antigas sobre o instituto do casamento, na idade média, em qualquer classe o casamento independia de qualquer relação afetiva, o mesmo nada mais era do que um instituto obrigatório a qual sua finalidade nada mais era do que constituir

família e ter filhos, para que o nome da família passasse de geração à geração, independente de afeto ou não entre os familiares.

Pode-se destacar a famosa definição de VENOSA (2017, p16.):

Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da antiguidade. A mulher destacava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal.

O código de 1916 trazia um único modelo de instituição familiar a qual era realizada através do casamento. Sendo assim a família era patriarcal, o que significa dizer que a figura do homem e da mulher e logo após os filhos são indispensáveis como destaca Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2016, p.34): “Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais”.

As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Dessa forma não era aceito nenhum outro tipo de laço matrimonial entre o homem e a mulher que não fossem através do casamento.

O casamento é uma união voluntária entre duas pessoas as quais desejam constituir família, formando-se um vínculo conjugal que está elencado nas condições no CC. Quando falamos em família, não podemos deixar de atrelar a ideia de recursos financeiros que são necessários para a prole do sustento da casa, cumprir os deveres econômicos, dessa forma, o casamento pode-se comparar como se fosse uma empresa, onde as partes possuem direitos e obrigações, especialmente sobre as obrigações financeiras, onde os cônjuges trabalham para obter uma estabilidade financeira, ética e moral no meio em que estes estão inseridos.

## **2.1. ESPECIES DE REGIMES DE BENS**

O Regime de bens tem como função proteger os interesses oriundos da celebração do casamento. Ou seja, podemos dizer que, o regime de bens tem como finalidade resguardar ao casal, direitos que possam ser utilizados e resguardar a relação patrimonial do casal.

No entanto, o regime de bens influencia diretamente na vida do casal, pois dependendo do regime de bens escolhido por eles, no momento da partilha e sucessão de bens, atingirá o patrimônio de ambos.

No ordenamento jurídico são apontadas 4 espécies de regime de bens, que sejam elas:

- Regime da comunhão universal de bens,
- Regime da comunhão parcial de bens,
- Regime da separação obrigatória de bens
- Regime da participação final dos aquestos.

A escolha do regime de bens é livre conforme versa no nosso ordenamento jurídico, a qual depende de nubentes para nubentes, a configuração e as consequências do regime por eles escolhido.

Conforme afirmam Lobo (2010, p.319): "A liberdade de estrutura do regime de bens, para os nubentes é total"; e, FIUZA (2010, p.978): "A regra é a livre escolha pelos nubentes do regime, por que se pactuará o casamento . Todavia, na falta de estipulação da sua parte, vigorará por força de lei o regime de comunhão parcial de bens."

Como previsto no artigo 1.639 do CC dispõe que: "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver."

No artigo 1.640, parágrafo único, do código civil de 2002; dispõe sobre a necessidade de se lavrar o pacto antenupcial por meio de escritura pública, quando o regime de bens escolhido não for o regime vigente, antes da celebração do casamento, exceto para os nubentes maiores de 70 anos.

De acordo com Lobo (2010, p.319): a escolha, portanto, é feita antes do casamento, devendo a escritura publica ser anexada aos documentos necessários para o processo de habilitação."

Entretanto, com a vigência do Código Civil de 2002, possibilitou a alteração do regime de bens na constância do casamento, mediante ordem judicial, sob o consentimento dos cônjuges, desde que essa mudança não acarrete danos a terceiros.

## **2.2. REGIME SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA/LEGAL**



Existem vários regimes de bens no casamento que estão expressamente elencados na nossa legislação já citada acima, entre esses regimes está previsto o regime de separação obrigatória ou legal, que possui um nome autoexplicativo.

O regime de separação obrigatória/legal pode-se dizer que é uma imposição legal, pois não há possibilidade de escolha de regime para os nubentes que tenham a idade superior ou igual a 70 anos, para que os bens dos mesmos não se comunicam, pois dessa forma prevalece a exclusividade dos bens de cada nubente possui ao se casar e sobre aqueles que vierem a ter na constância do casamento. Essa imposição está prevista no artigo 1.641 do CC.

**Art. 1.641.** É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

**I** - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

**II** – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010).

**III** - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”

Conforme a doutrina, a regra acima citada tem por finalidade proteger aqueles que se encontrarem em situações de vulnerabilidade. Sendo assim, nesse sentido é o entendimento de (DIAS, 2015, p. 326 a 330).que tal imposição nada mais que uma sanção patrimonial a qual não decorre da não observância do dispositivo legal:

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento. Os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros (CC 977). Nem para a venda de bens de ascendentes a descendentes (CC 496 parágrafo único) se faz necessário o consentimento do cônjuge. Pelo jeito, os cônjuges podem sozinhos

alienar e gravar de ônus real seus bens, agir em juízo com referência a eles sem a vênua conjugal, assim como podem prestar fiança e aval. A lei fala em regime de separação "absoluta" querendo dizer "obrigatória" (CC 1.647). Parece que a intenção do legislador é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios.

Conforme está expressamente elencado no CC em seu artigo 1.641 aquelas pessoas que são submetidas ao regime de separação obrigatória ou legal de bens, sendo os nubentes que se casarem pelas causas suspensivas do casamento e pelo estudo em questão a pessoa maior de 70 anos.

### **2.3. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Podemos dizer que a dignidade da pessoa humana é uma forma de resguardar os direitos fundamentais e as necessidades básicas de cada indivíduo, esse princípio rege a todo o ordenamento jurídico por ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Pode-se destacar o art. 22º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

**Art. 22-** Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

O princípio discorre sobre a garantia da não discriminação, sobre a não ofensa, então se restringir uma pessoa com a idade maior ou igual há 70 anos em relação a não escolha do regime de bens, torna assim o princípio incoerente ao interferir sobre a capacidade de escolha que está vinculada aos direitos sobre a índole da pessoa.

O inciso II do art. 1.641 do CC. impõe sobre as pessoas com a idade maior que 70 anos, pois são obrigadas pela legislação a se casarem sob o regime de separação obrigatória de bens. As pessoas não têm o direito e muito menos a escolha de qual regime de bens os forem mais favoráveis, as mesmas são obrigadas a comunicarem o seu patrimônio, assim se houver divórcio não teria partilha.

Somente há de se falar em partilha de bens se for assim comprovada pela parte que é interessada que teve um esforço entre ambos.

A lei 12.344 de 9 de dezembro de 2010, no artigo 1.641 que fora modificado pela mesma, versa sobre a limitação da vontade imposta aos maiores de 70 anos, esse dispositivo impõe à essas pessoas, com essa idade o regime de separação obrigatória de bens.

Essa imposição viola a nossa Constituição Federal de 88 em seu artigo 1º, inciso III, que versa que:

**Art.1º** A Republica Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

**III-** a dignidade da pessoa humana

Pois, tal limitação conceitua-se um preconceito em relação as pessoas com idade senil, e assim, tornando-as mais vulneráveis e incapaz, por não poderem decidir o seu regime de bens, violando assim o art. 3º, inciso IV da Constituição Federal:

**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

**IV** - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Cabe salientar que, o princípio da dignidade da pessoa humana, faz parte da base norteadora de todo ordenamento jurídico, os quais estão expostos no rol dos artigos 1º, III e 5º da Constituição Federal de 1988, tais direitos como à honra, a vida, a liberdade, a saúde, a moradia, a igualdade, a segurança, a propriedade.

Trata-se de um atributo que o individuo possui, inerente à sua condição humana não importando sua idade, crença, nacionalidade, opção politica, sobre sua sexualidade entre outros.

#### **2.4. PRINCIPIO DA LIBERDADE**

O princípio da liberdade está diretamente ligado no livre arbítrio da pessoa ir e vir sem limitações ou impedimentos, esse princípio tem respaldo legal no art. 5º da CR/88 que aduz que:

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

Ao entrar na questão de liberdade verificamos que o mesmo está interligado diretamente na questão de que toda pessoa tem a liberdade para escolher o que é melhor para ele, desde que seja respeitado as leis e assim exercendo lhes o direito da autonomia da vontade.

Ao impor a uma pessoa com a idade maior ou igual a 70 anos, o regime de separação obrigatória de bens, está tratando essa fazendo uma diferenciação entre essas pessoas com essa faixa etária das demais, criando-se uma discriminação, e tal atitude é vedada pelo princípio da igualdade que será abordado com mais detalhes no próximo tópico.

Conforme citado por DIAS ( 2015. p.46), abaixo:

Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas ele convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1, 639, § 2º) assinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares.

Toda e qualquer intervenção do Estado na esfera da intimidade e pessoal da pessoa viola e agride o espaço individual da liberdade desse indivíduo, portanto sobre a esfera do regime de bens, deverá ser de liberdade de escolha dos nubentes sendo aquele regime de bens que mais agrada ambos, então não cabe ao Estado nenhuma imposição arbitrária o regime de bens para os maiores ou igual a 70 anos.

## **2.5. DIREITO FUNDAMENTAL AO TRATAMENTO ISONÔMICO OU DA IGUALDADE**

O princípio da igualdade encontra fundamento legal no artigo 5º, no caput da CR/88, no que segue:

**Art.5-** 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.

Como bem versa o artigo acima citado, este princípio condena todo e qualquer tipo de distinção de discriminação entre as pessoas.

Então, o Estado ao impor as pessoas com a idade maior de 70 anos, um único regime de bens para se casar, faz uma distinção da pessoa, ou seja, tratando-as de forma diferenciada das demais, deixando a impressão de incapacidade.

Como versa DIAS,( 2015, p.47):

É necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento.

O preconceito, por questões da idade em especial aos idosos, representa um grande desrespeito, e total discriminação; o qual fere o princípio da isonomia.

Além disso, relata MENDES, (2009, p.402) que:

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

Pois, a questão da maior idade, não há torna incapaz para o livre exercício dos atos da vida civil, fazendo-se, então valer o tratamento do princípio da isonomia, independentemente da sua idade.

### **3. A LIVRE ESCOLHA DO REGIME DE BENS**

Sobre a restrição imposta aos nubentes com a idade maior ou igual há 70 anos sobre a livre escolha do regime de bens que eles desejam, limita a sua vontade, assim criando-se

uma incapacidade sobre a idade dos nubentes, dessa forma afasta a opção para as pessoas de 70 anos para escolher o regime que lhes forem mais favoráveis, uma liberdade a qual é concedida as pessoas com a idade estabelecida até os 69 anos, que pode ser considerado um tratamento discriminatório para pessoas acima dessa idade.

Segundo FIUZA (2010, p.978): “A regra é a livre escolha pelos nubentes do regime, por que se pactuará o casamento.”.

Essa imposição sobre o regime de separação obrigatória sobre os maiores de 70 anos limita a autodeterminação dos nubentes que atingiu essa faixa etária, restringindo o direito da livre escolha do regime de bens, o seu direito de autogovernar, para poder traçar sua própria vida sem que o mesmo seja submetido a uma imposição pré-estabelecida, sendo tratados de forma diferentes dos demais.

Tal atitude vai contra a nossa CF/88 em seu artigo 5º que versa que:

**Art.5-**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.

Sobre tal questão confirmando-se tal compreensão, aduz DIAS (2021. p 425):

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é para lá de inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desprezitar os princípios da igualdade e da liberdade.

Ninguém pode ser discriminado em função ou de seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Restringir a vontade das pessoas com mais de 70 anos de optar pela melhor forma para a construção da sua família através da constituição do instituto do casamento, impondo-lhes o regime da separação obrigatória de bens, sob a premissa do ordenamento jurídico, mais precisamente o artigo 1.641 II do CC. “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: **II** – da pessoa maior de 70 (setenta) anos”.



Pois reflete o caráter protetivo da norma para com a pessoa, é na verdade mascarar que a intenção verdadeira do legislador era a proteção com o patrimônio, indo contrário ao que estabelece o CC 2002 e, bem mais do que somente isso ferindo o princípio da dignidade humana, o princípio da liberdade, o princípio da igualdade e também ferindo o princípio da autonomia da vontade, comprova a tese de inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos.

#### **4. DA CAPACIDADE E PROTEÇÃO ASSEGURADOS AOS IDOSOS**

O código civil brasileiro de 2002 (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)), dispõe no art. 3º. sobre a capacidade civil. Sendo considerados os menores de 16 (dezesseis) anos absolutamente incapazes; e o seguinte como exposto no art. 4º (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência):

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial

Como exposto nos artigos acima, não há que se falar na incapacidade total ou parcial relativa, aos idosos maiores de 70 anos, sendo assim, há imposição do regime de bens a estes, trouxe consigo a criação de uma nova incapacidade e inaptidão referente a escolha do seu regime de bens.

Verifica-se, que idoso é aquela pessoa com idade igual ou superior a 60 anos; as quais tem seus direitos tutelados e regulamentados na sociedade brasileira pelo Estatuto do Idoso - Lei n.º 10.741/2003, no art. 2º. dispõe que:

Art. 2º- O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

A renomada lei maior, abrange leis específicas a proteção dos idosos e de seus familiares, pois prevê o cuidado dos seus descendentes em situação de enfermidade, carência e velhice, nos arts.229 e 230 CF/88. Nesse sentido Madaleno (2019, p.143):

O critério cronológico facilita a verificação concreta da velhice, permitindo a concessão dos direitos de amparo social pelo evento da idade, mas peca por não considerar as diferenças pessoais, especialmente considerando o significativo aumento da expectativa de vida, podendo existir uma abismal diferença entre o idoso de 60 anos e outro de cem anos, situação que de certa forma foi corrigida com a Lei n.13.466/2017 ao priorizar as necessidades aos maiores de 80 anos.

Portanto, o envelhecimento é um fato inevitável, o qual as pessoas não desejam abrir mão, de sua independência e autonomia, e a cada restrição que a lei impõe ao livre exercício de um direito, nasce o sentimento de incapacidade.

## **5. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS**

Com base nas mudanças do código civil brasileiro de 2002, que tem a finalidade de acompanhar a evolução constante da sociedade. Quanto à imposição do regime da separação obrigatória de bens, constante no art.1641, II, do código civil brasileiro, é considerada uma invasão na autonomia privada referente à escolha do regime de bens para os maiores de 70 anos de idade; visto que, é contrária a política democrática do direito do estado, ao causar um efeito negativo ao restringir a liberdade.

Nesse sentido, o que está disposto no art.1641, II do CC/22; fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade do indivíduo ambos resguardados pela magna carta; como afirma Dias (2010, p.658):

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional. A restrição à escolha do

regime ele bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade, consagrados como direitos humanos fundamentais.

O regime da separação obrigatória de bens, são incomunicáveis os bens adquiridos antes do casamento, como determinado no inciso II, do art.1641 CC/22, sob a justificativa de proteção matrimonial para evitar o enriquecimento sem causa; e proteger psicológica do idoso com idade senil, acerca de uma desilusão amorosa. Nesse sentido Madaleno (2019, p.145):

Impossível aceitar a subversão de valores, supondo preponderarem a cobiça e o interesse econômico entre pessoas que se aproximem afetivamente a partir dos setenta anos de idade; existindo homens e mulheres que casam com a mesma faixa etária, que estariam e estão unicamente interessadas na afeição, no amor e na expressão dos seus sentimentos humanos de apreço, solidariedade e companhia, para evitar a solidão da velhice, e nesse conjunto de fatores não escapa e tampouco faz sentido fique marginalizada a busca de uma segurança econômica, que, aliás, está presente em todas as idades e em todas as existências.

Outrossim, esse protecionismo atinge também a felicidade do idoso, ao dificultar sua maneira viver a união a qual por ele desejada, e nem sempre é aprovada por seus familiares, pois visam vantagens econômicas e patrimoniais em casos de falecimento, não priorizando a sua realização pessoal.

A comunicabilidade dos bens no regime da separação obrigatória de bens imposta por lei os maior de 70 anos, se tornou possível com a Súmula 377/STF; como forma de amenizar a sanção e parte desta inconstitucionalidade, prevista no art,1641,I do CC/2002; conforme Lobo,(2010 p.327):

Permanece aplicável a Súmula 377 do STF, com o seguinte enunciado:

“No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Em seus efeitos práticos, a Súmula converte

o regime legal de separação em regime de comunhão parcial, sem excluir os bens adquiridos por doação ou testamento.

Em virtude dessa, comunicam-se os bens que forem adquiridos na comunhão, mediante esforço comum e oneroso de ambos os cônjuges.

Como Exemplo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE MEEIRA. CASAMENTO COM O "DE CUJUS" PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA Nº 377 DO STF. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM DOS CÔNJUGES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

- O cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação obrigatória de bens, não concorre com os descendentes do "de cujus", consoante o disposto no art. 1.829, I, do Código Civil.

- Muito embora a Súmula nº 377 do STF disponha que, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, o STJ conferiu interpretação mais atual ao enunciado, admitindo a meação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição.

- No caso, considerando a ausência de demonstração da contribuição da recorrente, mostra-se forçosa a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento do direito à meação.

- Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.144474-0/001, Relator(a): Des.(a) Wander Marotta , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/11/2021, publicação da súmula em 26/11/2021)

Dessa forma, não há que se falar em incapacidade e nem limitar o idoso para os atos da vida civil, de maneira que os idosos não são considerados relativamente ou totalmente incapaz, nem se vê elencados no código civil de 2002 em seus art.3º. e 4º. E sumula

supracitados, o que traz a jurisprudência que os nubentes podem exercer os atos com total liberdade de escolha.

## **CONCLUSÃO**

No código civil de 1916, trazia uma forma prioritária a proteção patrimonial; e a imutabilidade do regime de bens, deixando os direitos subjetivos do indivíduo sobreposto ao patrimônio. Mas com a promulgação da Constituição Federal em 1988, ampliando e garantindo os direitos do indivíduo, a vida digna, a saúde, liberdade, a autonomia da vontade, o direito da família, a igualdade entre homens e mulheres.

O princípio da livre estipulação do regime de bens, o qual está fundamentado no art.1639 do código civil de 2002, que permite os nubentes no que tange o regime de bens, que poderão adotar o regime de bens que for melhor para vigorar na constância do seu casamento em caso de futura partilha; exceto para os maiores de 70 anos, o qual terão que adotar o regime da separação obrigatória de bens, o qual remete o idoso a discriminação por trazer a ideia de uma incapacidade devido a idade, ferindo dessa forma, os princípios basilares do direito elencados na CR/88.

A intenção do legislador em proteger o idoso sem examinar a atual condição social da chamada terceira idade mais ativa e intensa, não adotando novas formas de verificar a lucidez e a condição intelectual do idoso, ao invés de presumir a incapacidade civil de forma automática, devido a idade senil.

Através da análise das doutrinas, artigos e a sumula, conclui-se que o art.1641, II do CC/2002, não condiz com os dispositivos do ordenamento jurídico, o qual é contrário aos estatutos consagrados pela Constituição Federal de 1988, o qual é visível essa incoerência através só entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, refletido na dignidade da pessoa humana.

## **REFERÊNCIAS:**

MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

FARIAS, Cristiano CHAVES, e ROSENVALD, Nelson - **CURSO DE DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS I - 9**. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodivm, 2016. **PDF**.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL - 4.** Ed. Ver. E atual- São Paulo: Saraiva, 2009. P.402. **PDF**

DIAS, Maria BERENICE. **MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA.** / Maria Berenice Dias- 14. Ed. Ver. Ampl. E atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. **PDF**

DIAS, Maria BERENICE. **MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS I** Maria Berenice Dias. -- 10. ecl. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. **PDF**

DIAS, Maria BERENICE **MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA.** / Maria Berenice Dias- 14. Ed. Ver. Ampl. E atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021. **PDF**

FIUZA, Cesar. **DIREITO CIVIL / CURSO COMPLETO** – Belo Horizonte. Editora Del Rei, 2010. (Revista 14ª. Edição 2ª tiragem).

LÔBO, Paulo Luiz N. **DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS: VOLUME 5:** Editora Saraiva, 2021.9786555593655. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593655/>> Acesso em: 05 jun. 2022.

Lôbo, Paulo. **DIREITO CIVIL: FAMÍLIAS:** De acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 - (4ª edição). Editora Saraiva 2010.

MADALENO, Rolf. **MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA.** Grupo GEN, (4th edição) 2021. 9786559642489. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642489/>>. Acesso em: 05/06/2022.

MADALENO, Rolf. **DIREITO DE FAMÍLIA-** (10ª edição). Editora Forense, 2019.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/relatorioEspelhoAcordao.do?inteiroTeor=true&ano=21&ttriCodigo=1&codigoOrigem=0&numero=144474&sequencial=1&sequencialAcordao=0>> Acesso em: 06/06/2022.

VENOSA, Sílvio de S. **DIREITO CIVIL - FAMÍLIA E SUCESSÕES** - Vol. 5. Grupo GEN, 2021. 9788597027150. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027150/>>. Acesso em: 05/06/2022.



VENOSA, Sílvio de S. **DIREITO CIVIL: FAMÍLIA E SUCESSÕES**. V.5: Grupo GEN, 2022. 9786559773039. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>>. Acesso em: 05/06/2022.

NADER, Paulo. **CURSO DE DIREITO CIVIL** - Vol. 5 - Direito de Família, 7ª edição. Grupo GEN, 2015. 9788530968687. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/>>. Acesso em: 08/05/2022.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo Pamplona. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 6 - direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555592511. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592511/>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

**DIREITO CONSTITUCIONAL**. Revista Âmbito Jurídico de 01/12/2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-igualdade-formal-a-igualdade-material/>> Acessado em 17/04/2022.

**DIREITO CONSTITUCIONAL**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://anajus.jusbrasil.com.br/noticias/2803750/principio-constitucional-da-igualdade>> Acessado em 17/04/2022.

**DIREITO CONSTITUCIONAL**. Aurum, 17/12/2020. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>> Acessado em 17/04/2022.

SILVA, Kaillane Maia. **DIREITO CIVIL**. Conteúdo Jurídico, 03/12/2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53869/vedao-da-liberdade-de-escolha-de-regime-de-bens-no-casamento-para-maiores-de-70-anos-e-imposio-da-separao-total>> Acessado em 17/04/2022.

GUTERRES, Cleber Santos. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. Direitonet, 14/10/2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2851/Principio-da-Isonomia-Igualdade>> Acessado em 17/04/2022.

VICENTE, Jose Carlos. DIREITO DE FAMILIA. Direitonet, 18/10/2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2948/Regime-de-bens-entre-os-conjuges>> Acessado em 16/04/2022.

DIREITO CONSTITUCIONAL Direitonet. 01/11/2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/2064/Dignidade-humana>> Acessado em 16/04/2022.

DIREITO CIVIL Jusbrasil. 14/12/2017. Disponível em: <<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/531491865/quais-sao-os-deveres-do-casamento>> Acessado em 15/04/2022.

STUART, Luiza Checchia. DIREITO CONSTITUCIONAL. Jusbrasil. 17/07/2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30065/liberdade-contratual-e-o-principio-da-boa-fe>> Acessado em 15/04/2022.

DIREITO CONSTITUCIONAL. Jus.com.br. 01/02/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>> Acessado em 15/04/2022.

SILVA, Daniel Vinicius Ferreira. DIREITO DE FAMILIA. Jus.com.br. 25/02/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>> Acessado em 15/04/2022.

Artigo 1641º da Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10619643/artigo-1641-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>> Acessado em 22/03/2022.

Artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641719/artigo-3-da-constituicao-federal-de-1988>> Acessado em 22/03/2022.

Inciso XV do Artigo 5 da Constituição Federal de 1988. Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10730517/inciso-xv-do-artigo-5-da-constituicao-federal-de-1988>> Acessado em 22/03/2022.

FREIRE, Kaique. Resumo: Princípios Norteadores do Direito de Família. Jus.com.br. 12/04/2016. Disponível em: <<https://kaiquefreire3.jusbrasil.com.br/artigos/323429513/resumo-principios-norteadores-do-direito-de-familia>> Acessado em 22/03/2022.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Legjur. Disponível em:  
<<https://www.legjur.com/legislacao/art/cf8800000001988-5>> Acessado em 19/03/2022.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Planalto.gov.br. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acessado em 19/03/2022.

DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA IGUALDADE. Jusbrasil. 19/04/2016. Disponível em:  
<<https://rafaghovatto.jusbrasil.com.br/artigos/325917477/do-principio-da-isonmia-e-da-igualdade>> Acessado em 19/03/2022.

PORATH, Maria Luisa Machado. SANTOS, Laisa. DIREITO DE FAMILIA. Jus.com.br. Disponível em: <<https://schiefleradvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/885221482/regime-de-bens-o-que-e-quais-os-tipos-e-como-funcionam>> Acessado em 18/03/2022.

CASAMENTO - O QUE É E QUAIS SEUS TIPOS. Jusbrasil. 03/03/2021. Disponível em:  
<<https://thiagopassarine.jusbrasil.com.br/artigos/1173729261/casamento-o-que-e-e-quais-seus-tipos>> Acessado em 18/03/2022.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. Artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:  
<<https://www.unidospelosdireitoshumanos.org.br/course/lesson/articles-19-25/read-article-22.html>> Acessado em 18/03/2022.

OS DIREITOS DO IDOSO. fiocruz.br. Disponível em:  
<<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/direitosdoidoso.htm>> Acessado em 18/03/2022.

## AS CONSTATAÇÕES DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE COMO PARÂMETRO PARA A AFERIÇÃO DAS POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS DO ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365

### **AISLAN ARLEY PEREIRA DE ALVARENGA:**

Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), na linha de pesquisa Constituição e Democracia. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG (2007). Pós-graduado em Direito Notarial pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro - UGF/RJ (2009). Membro do Grupo de Pesquisa em Política e Direito da Universidade de Brasília (UnB). Analista Judiciário, Área Judiciária, do Supremo Tribunal Federal (STF).

**Resumo:** O presente estudo teve por objetivo analisar o contexto de iminência de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC e a necessidade de consideração pela Corte do relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV). No referido processo judicial, o Plenário do STF, sob a sistemática da repercussão geral, reapreciará o debate se os povos indígenas somente podem reivindicar terras ocupadas à época da promulgação da Constituição vigente (*tese do marco temporal*) ou se lhes assiste direito aos espaços tradicionalmente ocupados, ainda que não estivessem sob seu domínio em 1988. Neste ensaio, interessa perquirir as conclusões alcançadas pela CNV sob a temática indígena e como esta pode - ou deve - interferir no futuro julgamento a ser realizado pelo STF.

**Palavras-chave:** Recurso Extraordinário 1.017.365/SC. Supremo Tribunal Federal. Povos indígenas. Comissão Nacional da Verdade. Direito à memória e verdade.

## 1 INTRODUÇÃO

Instituída por meio da Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011<sup>129</sup>, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) constituiu-se como um colegiado com a finalidade legal de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado

---

129 BRASIL. **Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>130</sup> – de 18 de setembro de 1946 a 05 de outubro de 1988 –, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

No relatório final apresentado pela CNV, no Volume II do Relatório Geral, inseriu-se o capítulo “Violações de direitos humanos dos povos indígenas”, assinado por Maria Rita Kehl, onde se tem diversos casos de violações de direitos contra povos indígenas, mediante assassinatos e expulsão de comunidades indígenas de suas terras, em período que antecedeu à Carta Magna vigente<sup>131</sup>.

As conclusões alcançadas por aquela Comissão guardam estrita correlação com o iminente julgado em trâmite pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365/SC<sup>132</sup> 133, onde a Corte, sob a sistemática da Repercussão Geral, promoverá a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela CF de 1988.

Aludida demanda judicial envolve claros interesses contrapostos, sendo, por um lado, o anseio dos povos indígenas, que defendem seu direito originário às terras tradicionalmente ocupadas e, por outro lado, os interesses, sobretudo, de ruralistas, que se amparam em argumentos de segurança jurídica e prejuízos financeiros advindos de novas demarcações.

Consoante apontado, a temática em questão merece reflexão acerca da viabilidade de aproveitamento das conclusões alcançadas pela CNV em julgamento tão paradigmático

---

130 *Ibidem*. **Constituição. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

131 KEHL, Maria Rita. Violações de direitos humanos dos povos indígenas. In: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014, p. 203-262. V. 2.

132 Recurso Extraordinário (RE) interposto pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que confirmou a sentença de primeira instância que julgou procedente ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA), em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação dos índios Xokleng, no Estado de Santa Catarina (SC).

133 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1017365-SC**. Relator: Min. Edson Fachin. Recte.(s): Fundação Nacional do Índio. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral Federal. Recdo.(a/s): Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA – Nova Denominação do FATMA. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina. Brasília, 11 out. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 15 out. 2021.

a ser realizado pela Suprema Corte brasileira, principalmente, quando se considera o Relatório supramencionado como o primeiro documento oficial a reconhecer, expressamente, as violações aos direitos dos povos indígenas, com destaque para a expulsão de terras tradicionalmente ocupadas.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365/SC

Inicialmente, importa tecer breves considerações relativas ao contexto fático que ensejou a interposição do RE 1.017.365/SC134 – que servirá de paradigma para a decisão do STF, proferida no contexto de repercussão geral.

No caso concreto, tem-se que a Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA) ajuizou ação possessória, com pedido de medida liminar, alegando ser legítima possuidora de imóvel integrante da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, que foi ocupado no dia 13 de janeiro de 2009, por cerca de 100 índios da etnia Xokleng.

Em resposta ao pedido inicial, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) apresentou defesa aduzindo que a área objeto do litígio seria local de ocupação tradicional indígena, abrangida pela Portaria n. 1.128, de 13 de agosto de 2003<sup>135</sup>, do Ministério da Justiça (MJ). Defendeu que a Carta Magna acolheu a teoria do indigenato, onde a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita e, por conseguinte, originária, não dependendo de título ou reconhecimento formal. E ainda, asseverou, em face do art. 231, § 6º, da CF de 1988<sup>136</sup>, que eventuais atos de ocupação e posse de terras indígenas por não índios são nulos e não possuem aptidão para gerar quaisquer efeitos jurídicos.

Após deferir medida liminar para manter a FATMA na posse do imóvel em disputa, o Juízo de primeiro grau julgou procedente a ação, por entender que a autora comprovou a propriedade das glebas ocupadas pelos indígenas e o efetivo exercício da posse sobre a área, para fins de preservação ambiental. A sentença foi mantida pelo Tribunal Regional

134 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1017365-SC**. Relator: Min. Edson Fachin. Recte.(s): Fundação Nacional do Índio. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral Federal. Recdo.(a/s): Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA – Nova Denominação do FATMA. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina. Brasília, 11 out. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 15 out. 2021.

135 *Ibidem*. Ministério da Justiça. **Portaria n. 1.128, de 13 de agosto de 2003**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/644837/pg-12-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-14-08-2003>. Acesso em: 15 out. 2021.

136 *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2021.



Federal da 4ª Região (TRF4). Os autos subiram ao STF em razão de RE interposto pela FUNAI.

Iniciado o julgamento pelo STF em 26 de agosto de 2021, milhares de indígenas de diferentes etnias de todas as regiões brasileiras realizaram protestos em frente à Corte enquanto aguardavam alguma decisão definitiva. Aludida manifestação ganhou notoriedade e repercussão diante do controverso tema envolvido, bem como pela própria peculiaridade da manifestação, onde alguns grupos de índios entoaram, na Esplanada dos Ministérios, cânticos e palavras de ordem para acompanhar os votos dos Ministros sobre o caso<sup>137</sup>.

Até o momento de elaboração do presente artigo, o Min. Edson Fachin votou contra a aplicação da tese do “marco temporal” na demarcação de terras indígenas no Brasil. O Ministro defendeu que o termo “posse indígena” é diferente do termo “posse civil”, uma vez que a Carta Magna garante 'direito originário' às terras. Em seguida, foi proferido voto divergente pelo Min. Nunes Marques, no sentido de reconhecer a necessidade de implementação do marco teórico, para fins de conciliação de interesses e resguardo à segurança jurídica. Com o placar empatado em 1 a 1, o julgamento foi suspenso, em 15 de setembro de 2021, com pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes. A devolução dos autos deu-se em 11 de outubro de 2021. Deste então, o processo encontra-se à espera de julgamento pelo Plenário da Corte.

### **3 O ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS ORIGINÁRIOS SOBRE AS TERRAS TRADICIONAMENTE OCUPADAS**

O direito dos índios à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam é consagrado no art. 231<sup>138</sup> da CF de 1988. No tocante à terra, os §§1º e 2º do referido dispositivo, de forma expressa, reconhecem aos índios a tradicionalidade territorial, isto é,

---

137 CRUZ, Carolina. Indígenas voltam a protestar em Brasília contra marco temporal para demarcação de terras. In: **G1 DF**, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/08/25/indigenas-voltam-a-protestar-em-brasilia-contramarco-temporal-para-demarcacao-de-terras.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2021.

138 “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

deverão ser compreendidas por terras tradicionalmente ocupadas aquelas necessárias à reprodução física e cultural da cultura de cada povo<sup>139</sup>.

A interpretação constitucional que ensejou a tese do marco temporal fora fixada em março de 2009, quando o STF, no julgamento da Petição 3.388-4/RR<sup>140</sup>, analisou o caso da Terra Indígena Raposa Serrado Sol. Idealizado pelo então Min. Carlos Ayres Britto, o marco temporal estabeleceu uma data fixa condicionante para a demarcação do território ancestral indígena. Pela aludida tese, restou fixado o dia 05 de outubro de 1988 (*data da promulgação da CF*) para que fosse verificada a posse dos povos indígenas.

Certo é que, por mais que se procure no texto da Constituição Federal parâmetros a fim de amparar a tese adotada pela Suprema Corte brasileira, concluir-se-á que não há previsão constitucional relativamente ao marco temporal, tampouco qualquer indicativo nesse sentido. Como observado, o art. 231 e §§1º e 2º do texto constitucional elencam, tão somente, que, observados os requisitos previstos na Carta, cabe ao Estado proceder à demarcação das terras indígenas, sendo que qualquer título de posse existente de terras indígenas será considerado nulo.

De fato, o marco estabelecido pela Corte ignora a proteção constitucional, que não criou qualquer condicionante para fins de demarcação das terras indígenas. Sobre a questão, Silva aponta que a Constituição conferiu às terras indígenas, adequadamente, natureza jurídica de direito natural por ser esse direito preexistente ao próprio

---

139 “[...]. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. [...]”. *Ibidem*.

140 *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388 – Roraima**. Relator: Min. Ayres Britto. Reqte.(s): Augusto Affonso Botelho Neto. Adv.(a/s): Antônio Márcio Gomes das Chagas. Assist.(s): Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti. Adv.(a/s): Antonio Glaucius de Moraes. Assist.(s): Estado de Roraima. Proc. (a/s) (es): Procurador-Geral do Estado de Roraima. Assist.(s): Lawrence Manly Harte. Assist.(s): Olga Silva Fortes. Assist.(s): Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho. Assist.(s): Ivalcir Centenaro. Assist.(s): Nelson Massami Itikawa. Assist.(s): Genor Luiz Faccio. Assist.(s): Luiz Afonso Faccio. Assist.(s): Paulo Cezar Justo Quartiero. Assist.(s): Itikawa Indústria e Comércio Ltda. Assist.(s): Adolfo Esbell. Assist.(s): Domício de Souza Cruz. Assist.(s): Ernesto Francisco Hart. Assist.(s): Jaqueline Magalhães Lima. Assist.(s): Espólio de Joaquim Ribeiro Peres. Adv.(a/s): Luiz Valdemar Albrecth. Reqdo.(a/s): União. Adv.(a/s): Advogado-Geral da União. Assist.(s): Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral Federal. Assist.(s): Comunidade Indígena Socó. Assist.(s): Comunidade Indígena Barro. Assist.(s): Comunidade Indígena Maturuca. Assist.(s): Comunidade Indígena Jawari. Assist.(s): Comunidade Indígena Tamanduá. Assist.(s): Comunidade Indígena Jacarezinho. Assist.(s): Comunidade Indígena Manalai. Adv.(a/s): Paulo Machado Guimarães. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 15 out. 2021.

reconhecimento constitucional, reforçando suas características comunitária e anterior<sup>141</sup>. O estabelecimento do ano de 1988 como marco temporal contraria o princípio da continuidade da proteção constitucional ao claramente vulnerar os direitos dos povos indígenas. Nesse sentido, o STF, em lugar de fazer respeitar os direitos dos índios, conforme determina a Carta Magna, indica ter objetivado colocar fim aos conflitos entre eles e os usurpadores de terras cassando os direitos originários dos povos indígenas<sup>142</sup>. No iminente julgamento do 1.017.365/SC, porém, a Corte terá a oportunidade de reescrever esta história.

#### **4 VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS APONTADAS NO RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE**

Consoante exposto, no caso brasileiro<sup>143</sup>, a CNV foi instituída pela Lei n. 12.528/2011<sup>144</sup>, com o objetivo de apurar as violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

As CNVs não somente proporcionam o conhecimento sobre os fatos ocorridos no que tange às violações de direitos humanos, mas também asseguram que a própria narrativa se torne o veículo principal para o reconhecimento do direito das vítimas contarem sua própria verdade, opondo-se à verdade oficial construída durante os anos de arbitrariedade e violência<sup>145</sup>. Ao fazer isso, restaura-se a dignidade daqueles que sofreram

---

141 SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2016. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.

142 TRECCANI, Girolamo Domenico; ALVES, Luana N. B. Os direitos territoriais indígenas e a (in)compatibilidade com o marco temporal. In: BASTOS, Elísio Augusto Velloso; FONSECA, Luciana Costa da; CICHOSKI, Patrícia Blagitz (Coords.). **Direitos Humanos na Amazônia**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 594.

143 A primeira Comissão da Verdade foi criada na Uganda, em 1974, com o objetivo de investigar os desaparecidos nos primeiros anos do governo de Idi Amin. A partir daí, mais de 30 Comissões já foram instaladas mundo afora, a saber: África do Sul, Alemanha, Argentina, Bolívia, Canadá, Carolina do Norte (Estados Unidos da América – EUA), Marrocos, Paraguai, Peru, Portugal, Uruguai, entre outras. Cf. SALES, Sílvia. Comissões da Verdade no mundo. In: **Desarquivando o Brasil**, 24 mar. 2012. Disponível em: <https://desarquivandobr.wordpress.com/2012/03/24/comissoes-da-verdade-no-mundo/>. Acesso em: 15 out. 2021

144 BRASIL. **Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

145 POLITI, M. **A Comissão da Verdade no Brasil**. São Paulo: Núcleo da Preservação da Memória Política, 2011.

tais abusos e violações, ao mesmo tempo em que o Estado, mediante o mecanismo institucional da Comissão da Verdade, passa a legitimar outra versão da história<sup>146</sup>.

O relatório final<sup>147</sup> publicado pela CNV revelou extremo agravamento da situação dos povos indígenas, que piorou durante a Ditadura Militar, expondo um quadro

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>147</sup> No Relatório da CNV, relativamente às violações dos direitos humanos dos povos indígenas, foram apresentadas as seguintes recomendações: pedido público de desculpas do Estado brasileiro aos povos indígenas pelo esbulho das terras indígenas e pelas demais graves violações de direitos humanos ocorridas sob sua responsabilidade direta ou indireta no período investigado, visando a instauração de um marco inicial de um processo reparatório amplo e de caráter coletivo a esses povos; reconhecimento, pelos demais mecanismos e instâncias de justiça transicional do Estado brasileiro, de que a perseguição aos povos indígenas, visando a colonização de suas terras durante o período investigado, constituiu-se como crime de motivação política, por incidir sobre o próprio modo de ser indígena; instalação de uma Comissão Nacional Indígena da Verdade, exclusiva para o estudo das graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, visando aprofundar os casos não detalhados no presente estudo; promoção de campanhas nacionais de informação à população sobre a importância do respeito aos direitos dos povos indígenas garantidos pela Constituição e sobre as graves violações de direitos ocorridas no período de investigação da CNV, considerando que a desinformação da população brasileira facilita a perpetuação das violações descritas no presente relatório; inclusão da temática das “graves violações de direitos humanos ocorridas contra os povos indígenas entre 1946-1988” no currículo oficial da rede de ensino, conforme o que determina a Lei n. 11.645/2008; criação de fundos específicos de fomento à pesquisa e difusão amplas das graves violações de direitos humanos cometidas contra os povos indígenas por órgãos públicos e privados de apoio à pesquisa ou difusão cultural e educativa, incluindo-se investigações acadêmicas e obras de caráter cultural (documentários, livros etc.); reunião e sistematização, no Arquivo Nacional, de toda a documentação pertinente à apuração das graves violações de direitos humanos cometidas contra os povos indígenas no período investigado pela CNV, visando ampla divulgação ao público; reconhecimento pela Comissão de Anistia, enquanto “atos de exceção” e/ou enquanto “punição por transferência de localidade”, motivados por fins exclusivamente políticos, nos termos do art. 2º, da Lei n. 10.559/2002, da perseguição a grupos indígenas para a colonização de seus territórios durante o período de abrangência da referida Lei, visando abrir espaço para a apuração detalhada de cada um dos casos no âmbito da Comissão, a exemplo do julgamento que anistiou 14 Aikewara-Suruí; criação de grupo de trabalho no âmbito do Ministério da Justiça para organizar a instrução de processos de anistia e reparação aos indígenas atingidos por atos de exceção, com especial atenção para os casos do Reformatório Krenak e da Guarda Rural Indígena, bem como aos demais casos citados no relatório; proposição de medidas legislativas para a alteração da Lei n. 10.559/2002, de modo a contemplar as formas de anistia e a reparação coletiva aos povos indígenas; fortalecimento das políticas públicas de atenção à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena do Sistema Único de Saúde (SASI-SUS), enquanto mecanismo de reparação coletiva; regularização e desintração das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas no período investigado pela CNV, sobretudo, considerando-se os casos de esbulho e subtração territorial relatados, bem como o determinado na Constituição de 1988; e, recuperação ambiental das terras indígenas esbulhadas e degradadas como forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988. Cf.

sistemático de remoções forçadas e expulsões dos povos dos territórios ocupados antes de 1988.

Consoante se extrai do Relatório Final da Comissão, graves foram as violações de direitos humanos promovidas pelo Estado brasileiro contra os povos indígenas durante o período militar, onde os indígenas eram vistos como opositores ao governo – pecha que também se estendeu a diversos defensores dos direitos indígenas. Os povos indígenas eram enquadrados como determinadas situações, tais povos eram considerados rebeldes, empecilhos e obstáculos devido à sua oposição à política desenvolvimentista do Estado<sup>148</sup>.

Como cediço, a Justiça de Transição visa esclarecer os fatos ocorridos em períodos autoritários, efetivar a reparação para as vítimas de violações de direitos humanos, proceder à responsabilização de perpetradores e construir políticas públicas de não repetição dessas práticas<sup>149</sup>; ou seja, tem por norte promover o resgate da cidadania perdida via articulação de mecanismos que reparem todas as vítimas desse período por meio de quatro eixos fundamentais, a saber: 1) O direito à memória; 2) O direito à verdade; 3) O direito à justiça; e, 4) A não repetição dos fatos ocorridos do passado<sup>150</sup>.

Quanto aos povos indígenas, o reconhecimento do direito ao território é parâmetro fundamental para a Justiça de Transição indígena, uma vez que a terra carrega significados cosmológicos e hereditários a esses povos. Nesse ínterim, mostra-se totalmente inviável a adoção da teoria da substituição da terra por outra similar, pois tais povos se entreevem como integrantes desse território, juntamente com a natureza<sup>151</sup>. Evidentemente, infere-se que a fixação de um marco temporal vulnera e fragiliza as tentativas de reparação aos povos indígenas.

---

148 LIMA, Edilene Coffaci de; PACHECO, Rafael. Povos indígenas e Justiça de Transição: reflexões a partir do caso Xetá. **ARACÊ – Direitos Humanos em Revista**, a. 4, n. 5, fev. 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/143/78>. Acesso em: 15 out. 2021.

149 TEITEL, Ruti G. Transitional Justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, 2003. Disponível em: <https://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Filetoupload,757186,en.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

150 SOARES, Inês Virgínia Prado. Justiça de Transição. In: **Dicionário de Direitos Humanos**, 07 abr. 2010. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 15 out. 2021.

151 DEMETRIO, André; KOZICKI, Katya. A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186/21845>. Acesso em: 15 out. 2021.



## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, os trabalhos empreendidos pela CNV apontaram que os povos indígenas no Brasil sofreram graves violações de direitos humanos no período 1946-1988. No período militar, durante décadas, os índios foram expostos reiteradamente a abusos criminosos estatais (assassinatos, prisões e expulsões de terras tradicionais, por exemplo). De modo particular, as recorrentes expulsões de territórios respaldavam-se em planos governamentais autoritários de expansão de áreas de agricultura, pecuária, criação de rodovias e extração de minério.

De fato, é notável a importância do relatório apresentado pela CNV, visto ser o primeiro documento oficial a reconhecer a existência de uma série de violações aos direitos dos povos indígenas, bem como estar consonante com a pretensão reparadora presente do texto constitucional e em cartas internacionais subscritas pelo Brasil. Sem maior esforço interpretativo, tem-se que a adoção da tese do marco temporal, onde os povos indígenas somente podem reivindicar as terras que ocupavam, fisicamente, no dia 05 de outubro de 1988, mostra-se contraditória às apurações alcançadas pela Comissão da Verdade. Afinal, se as comunidades indígenas, no período anterior à promulgação da Constituição, foram brutalmente desapossadas de duas terras, impossível se exigir ocupação das terras em 1988 como requisito para demarcação territorial.

Em suma, não restam dúvidas quanto à necessidade de o STF, no julgamento do RE 1.017.365/SC, considerar as conclusões alcançadas pela CNV. Como já dito, as conclusões da Comissão possuem importância ímpar na história nacional, porquanto provenientes de colegiado criado por Lei para esclarecer as violações de direitos humanos e efetivar o direito à memória e à verdade histórica. Desse modo, afigura-se indesejável que a Suprema Corte brasileira ignore as conclusões oficiais da CNV, pois tal conduta significaria a consolidação e o respaldo estatal às violações sofridas pelos povos indígenas durante o regime militar.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, 2011. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Portaria n. 1.128, de 13 de agosto de 2003**. Brasília, 2003. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/644837/pg-12-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-14-08-2003>. Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388 – Roraima**. Relator: Min. Ayres Britto. Reqte.(s): Augusto Affonso Botelho Neto. Adv.(a/s): Antônio Márcio Gomes das Chagas. Assist.(s): Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti. Adv.(a/s): Antonio Glaucius de Moraes. Assist.(s): Estado de Roraima. Proc. (a/s) (es): Procurador-Geral do Estado de Roraima. Assist.(s): Lawrence Manly Harte. Assist.(s): Olga Silva Fortes. Assist.(s): Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho. Assist.(s): Ivalcir Centenaro. Assist.(s): Nelson Massami Itikawa. Assist.(s): Genor Luiz Faccio. Assist.(s): Luiz Afonso Faccio. Assist.(s): Paulo Cezar Justo Quartiero. Assist.(s): Itikawa Indústria e Comércio Ltda. Assist.(s): Adolfo Esbell. Assist.(s): Domício de Souza Cruz. Assist.(s): Ernesto Francisco Hart. Assist.(s): Jaqueline Magalhães Lima. Assist.(s): Espólio de Joaquim Ribeiro Peres. Adv.(a/s): Luiz Valdemar Albreth. Reqdo.(a/s): União. Adv.(a/s): Advogado-Geral da União. Assist.(s): Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral Federal. Assist.(s): Comunidade Indígena Socó. Assist.(s): Comunidade Indígena Barro. Assist.(s): Comunidade Indígena Maturuca. Assist.(s): Comunidade Indígena Jawari. Assist.(s): Comunidade Indígena Tamanduá. Assist.(s): Comunidade Indígena Jacarezinho. Assist.(s): Comunidade Indígena Manalai. Adv.(a/s): Paulo Machado Guimarães. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 15 out. 2021.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1017365-SC**. Relator: Min. Edson Fachin. Recte.(s): Fundação Nacional do Índio. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral Federal. Recdo.(a/s): Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA – Nova Denominação do FATMA. Proc.(a/s)(es): Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina. Brasília, 11 out. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 15 out. 2021.

CRUZ, Carolina. Indígenas voltam a protestar em Brasília contra marco temporal para demarcação de terras. In: **G1 DF**, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/08/25/indigenas-voltam-a-protestar-em-brasilia-contra-marco-temporal-para-demarcacao-de-terras.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2021.

DEMETRIO, André; KOZICKI, Katya. A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 129-169, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186/21845>. Acesso em: 15 out. 2021.

KEHL, Maria Rita. Violações de direitos humanos dos povos indígenas. In: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014, p. 203-262. V. 2.

LIMA, Edilene Coffaci de; PACHECO, Rafael. Povos indígenas e Justiça de Transição: reflexões a partir do caso Xetá. **ARACÊ – Direitos Humanos em Revista**, a. 4, n. 5, p. 219-241, fev. 2017. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/143/78>. Acesso em: 15 out. 2021.

POLITI, M. **A Comissão da Verdade no Brasil**. São Paulo: Núcleo da Preservação da Memória Política, 2011.

SALES, Sílvia. Comissões da Verdade no mundo. In: **Desarquivando o Brasil**, 24 mar. 2012. Disponível em: <https://desarquivandobr.wordpress.com/2012/03/24/comissoes-da-verdade-no-mundo/>. Acesso em: 15 out. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2016. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf). Acesso em: 15 out. 2021.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Justiça de Transição. In: **Dicionário de Direitos Humanos**, 07 abr. 2010. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 15 out. 2021.

TEITEL, Ruti G. Transitional Justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, v. 16, p. 69-94, 2003. Disponível em: <https://www.qub.ac.uk/Research/GRI/mitchell-institute/FileStore/Fileupload,757186,en.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

TRECCANI, Girolamo Domenico; ALVES, Luana N. B. Os direitos territoriais indígenas e a (in)compatibilidade com o marco temporal. In: BASTOS, Elísio Augusto Velloso; FONSECA, Luciana Costa da; CICHOVSKI, Patrícia Blagitz (Coords.). **Direitos Humanos na Amazônia**. Salvador: Juspodvim, 2017.

## **O TRABALHO INFANTIL NA FEIRA LIVRE DE PICOS-PI: RETRATO DE UM SUJEITO INVISÍVEL**

**JÉSSICA MARIA DE MOURA E SILVA:**

Advogada. Concludente do Curso de Pós-Graduação "*Lato Sensu*" (Especialização) em Direito do Trabalho e Previdenciário da Faculdade R.Sá.

**RESUMO:** A importância deste artigo encontra-se na análise sistemática da existência do trabalho do menor na feira livre de Picos-PI. O que se busca com esse trabalho é analisar, em sentido amplo, a legislação pertinente, dando-se ênfase ao estudo da Consolidação das Leis Trabalhistas, Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata do trabalho realizado por menores. Em sentido estrito, busca-se demonstrar, por meio de pesquisa de campo e de dados coletados no Museu Ozildo Albano, os aspectos históricos e sociais da feira livre de Picos, bem como o labor realizado por menores nesta. Destaca-se, nesse contexto, a abordagem da opinião de renomados doutrinadores na área de Direito do Trabalho, como Alice Monteiro de Barros e Sérgio Pinto Martins. Por fim, busca-se sensibilizar a população e o poder público, demonstrando-se que há um grande número de crianças e adolescentes que trabalham nesse cenário sem qualquer forma de regulamentação ou controle, em situações, muitas vezes, prejudiciais à sua saúde física e psicológica, o que compromete seus futuros. E, diante dessa realidade, tornam-se invisíveis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito; Direito do Trabalho; invisibilidade social; menor; Picos.

**ABSTRACT** : The importance of this paper is the systematic analysis of the existence of the child's work in the open market peaks-IP. What is sought with this work is to analyze, in a broad sense, the relevant legislation, giving emphasis to the study of the Consolidation of Labor Laws, Constitution and Statute of Children and Adolescents, which deals with the work done by minors. Strictly speaking, we seek to demonstrate, through field and data collected from research at the Museum Ozildo Albano, historical and social aspects of peaks of free market and the labor performed by minors this. It is noteworthy in this context, approach the opinion of renowned scholars in the area of labor law, as Alice Monteiro de Barros and Sergio Pinto Martins. Finally, we seek to raise awareness and the government, demonstrating that there are a lot of children and adolescents who work in this scenario without any form of regulation or control, in situations often harmful to their physical and psychological, which compromises their future. In the face of this reality, become invisible.

**KEY WORDS:** Law; Labour Law; social invisibility; less; Picos.

## Introdução

De acordo com Jamile Barbosa e Vanice Fontenele, em sua obra: "A exploração da mão-de-obra infantil e seu impacto na sociedade":

as raízes do trabalho infantil no Brasil estão depositadas na colonização portuguesa e sua associação ao tráfico negreiro. Ocorreu a escravização de alguns indígenas, mas a dificuldade em mantê-los cativos e a defesa por parte dos jesuítas em transformá-los cristãos influenciaram na importação de mão-de-obra escrava advinda da África. Esses escravos africanos não gozavam de nenhuma proteção, até porque os jesuítas não os consideravam criaturas de Deus. Os escravos menores, quando não eram vendidos a outros senhores – assim que passassem a possuir desenvolvimento físico que lhes permitisse trabalhar, eram transportados para outros lugares, longe de seus pais – eram utilizados em atividades domésticas, olarias, indústrias rudimentares e habitualmente trabalhavam nas colheitas dos campos desde pequenos.<sup>152</sup>

De acordo com informações da Pesquisa Nacional por Amostra em Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010 contavam-se no Brasil mais de quatro milhões de crianças e adolescentes em situação de exploração de trabalho. O CENSO 2010 apurou, ainda, que 132 mil crianças entre 10 e 14 anos são provedoras de suas famílias.<sup>153</sup>

Ora, um fato que favorece o trabalho do menor no país é a existência de certa permissibilidade por parte dos pais, da sociedade e omissão por parte dos órgãos públicos fiscalizatórios, que passam a considerar o trabalho como "protetor" dos menores contra os vícios, os crimes e a ociosidade, pois, nessa visão, é melhor está trabalhando do que se dedicando a estes. Portanto, essa situação é tida como corriqueira, passível de aceitação e perpetuação, já que a renda trazida pelas mãos dos menores, também, propicia a subsistência dos seus familiares e a circulação de riquezas no país.

---

152 BARBOSA, Jamile; FONTENELE, Vanice. **A exploração da mão-de-obra infantil e seu impacto na sociedade**. Acesso em 20/02/2015, às 22:08hs.

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28387-28398-1-PB.pdf>>.

153 MARQUES, Rafael **Dias. Trabalho Infantil e Direitos Humanos: um novo e necessário olhar**. Revista Jurídica Consulex. Brasília: n. 354, pp30-33, out. 2011.

Alhures, esse conformismo e aceitação podem ser corroborados pelo número de autorizações judiciais concedidas pelos tribunais do país. Segundo dados oriundos do Sistema CAGED, do Ministério do Trabalho e Emprego, de 2005 a 2010, foram mais de 30 mil atos de juízes autorizando crianças e adolescentes a trabalharem antes da idade mínima, muitas delas em atividades perigosas, insalubres e penosas<sup>154</sup>.

Ocorre que tais benefícios são ilusórios, a longo prazo o labor precoce, além de causar a marginalização dos menores, não garante o sustento dos seus familiares, já que a remuneração é baixíssima ou ausente e sem qualquer fiscalização estatal e as necessidades futuras passam a ser superiores. O aumento da informalidade, no decorrer do tempo, também é prejudicial à economia do país.

No entanto, o maior prejudicado continua sendo o menor que, tolhido do direito de não trabalhar, vê sua infância e adolescência relegadas ao esquecimento, bem como a possibilidade de estudar e conseguir melhores empregos.

## **1 – Legislação internacional e brasileira acerca do trabalho do menor**

### **1.1 – Legislação internacional e o trabalho do menor**

Toda nação que se realmente se preocupe com o seu progresso deve, primeiramente, proteger a sua população jovem, que necessariamente será a força produtiva do país no futuro. Por isto, forçoso é a criação de um sistema onde a proteção, sobretudo, das crianças seja eficiente, devendo priorizar a saúde e educação, proporcionando um crescimento físico e psicológico saudável, para que ela naturalmente possa corresponder ao que se espera do seu potencial produtivo.

Também podemos facilmente concluir que na fase da infância o ideal é criança não tenha que se preocupar em trabalhar para promover o seu sustento, ou de sua família. Isso não significa que devemos privar os jovens dos princípios engrandecedores do trabalho, ao contrário, devemos passar todos os nossos ensinamentos, mas com a devida cautela para não direcionar um ônus demasiadamente pesado para as crianças, que é a obrigação/necessidade de trabalhar rigorosamente.

Nessa esteira, elucida-se que no direito internacional, por conta do fortalecimento da Organização Internacional do Trabalho e da Declaração de Princípios Fundamentais de 1988, cria-se um sistema de Direitos Humanos do Homem Trabalhador, forçado em quatro

---

154 MARQUES, Rafael **Dias. Trabalho Infantil e Direitos Humanos: um novo e necessário olhar.** Revista Jurídica Consulex. Brasília: n. 354, pp30-33, out. 2011.

diretrizes: não discriminação, vedação ao trabalho análogo ao de escravo, liberdade sindical e proibição do trabalho infantil<sup>155</sup>.

Portanto, pela legislação de direitos humanos supranacional, ratificada pelo Brasil, a prática de levar crianças e adolescentes ao trabalho incompatível com a idade é ofensa à ordem jurídica de qualquer Estado. Outrossim, a Declaração da Criança de 1989 e as Convenções 138 (acerca da idade mínima de admissão a qualquer trabalho e emprego) e 182 (sobre as piores formas de trabalho infantil) da Organização Internacional do Trabalho, os quais em nível transnacional, traduzem o conteúdo do trabalho decente e digno, sob o signo da não exploração do trabalho infantil.

## 1.2 – Legislação brasileira e o trabalho do menor

Inicialmente, é essencial realizar-se um enquadramento, dentro da legislação interna, de quais sujeitos podem ser considerados menores de idade. O Código Civil estabelece que uma pessoa somente passa a ser considerada maior de idade a partir dos 18 (dezoito) anos de idade (art. 5º), quando pode praticar todos os atos da vida civil, em sua plenitude.

Arremata a Constituição Federal de 1988, norma máxima do Estado e paradigma das demais normas, no título dos Direitos e Garantias Sociais, no capítulo relativo aos Direitos Sociais, o art. 7º, XXXIII, a proibição de qualquer trabalho ao menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz aos 14 anos.

Ainda, proíbe a Constituição Federal o trabalho para os menores de 18 anos em atividades insalubres, perigosas ou prejudiciais ao seu desenvolvimento moral. Em seu art. 227, aduz, também, a teoria da proteção integral e da prioridade absoluta de crianças e adolescentes, vejamos seu teor na íntegra:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – dispensa, acertadamente, um capítulo inteiro para regulamentar o trabalho exercido por menores de idade (do art. 402 a 441). O

---

155 RIBEIRO, Camila Freitas. **Desafios à Erradicação do Trabalho Infantil**. Revista Jurídica Consulex. Brasília: n. 354, pp 36-37, out. 2011.



primeiro artigo desta parte da CLT é enfático ao mostra-se alinhado à Constituição Federal, ao considerar menor, do ponto de vista trabalhista, as pessoas que tiverem a idade entre 14 (quatorze) e 16 (dezesesseis) anos de idade – como já vimos anteriormente entre os quatorze e dezesseis anos poderá ser exercido o trabalho de aprendiz.

Importante regulamentação traz o parágrafo único do art. 403, ainda da CLT, que informa a proibição do trabalho aos menores que prejudiquem a sua formação psíquica, física, moral e social, e ainda em local ou horário que prejudique a sua formação escolar. Dessa maneira, não poderia ser, sob nenhuma justificativa poderá ser preterido o direito à criança à boa formação, em todos os sentidos, devendo ser preservado com isso o bem maior que é o desenvolvimento saudável do menor.

Os fundamentos principais da proteção do trabalho da criança e dos adolescente são quatro: de ordem cultural, moral, fisiológica e de segurança. Justifica-se o fundamento cultural, pois o menor deve poder estudar, receber instrução. No que diz respeito ao aspecto mora, deve haver proibição do menor trabalhar em locais que prejudiquem a moralidade. No atinente ao aspecto fisiológico, o menor não deve trabalhar em locais insalubres, perigosos, penosos, ou à noite, para que possa ter desenvolvimento físico normal. O menor também não pode trabalhar em horas excessivas, que são as hipóteses em que há maior dispêndio de energia e maior desgaste. O trabalho em local insalubre, perigoso ou insalubre tem mais efeito do que no adulto. Por último, assim como qualquer trabalhador, deve ser resguardado com normas de proteção que evitem os acidentes do trabalho, que podem prejudicar a sus formação normal (MARTINS, 2008, p. 605).

Como já vimos anteriormente, também, é proibido o trabalho noturno aos menores de idade, informa a CLT que é considerado o trabalho prestado à noite aquele exercido entre 22 (vinte e duas) horas de um dia as 5 (cinco) horas do próximo (art. 404). Ou seja, qualquer trabalho realizado entre este horário não é permitido a nenhuma pessoa que possua menos de 18 (dezoito) anos de idade. Em seus artigos seguintes, a CLT, indica uma série de restrições quanto ao trabalho do menor, nesses termos:

Art. 404. Ao menor de 18 anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas.

Art. 405. Ao menor não será permitido o trabalho:

I – nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho;

II – em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.

Quanto ao trabalho do aprendiz, informa a Consolidação das Leis do Trabalho, que não poderá exceder a seis horas diárias (art. 432), lembrando que a função social do trabalho de aprendizagem deve visar o crescimento profissional do trabalhador, devendo haver sempre o foco no conhecimento. Somente podem exercer o trabalho como aprendiz, os que tiverem entre 14 (quatorze) e 24 (vinte e quatro) anos de idade.

O contrato de aprendizagem é o pacto de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 e menor de 24 anos, inscrito em programas de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação (MARTINS, 2008, p. 603).

Pelo exposto, depreende-se que não será permitido o trabalho noturno ao menor, tampouco em lugares perigosos ou insalubres, que venham a prejudicar a sua saúde e a moralidade.

Também, preceitua o art. 424 da CLT que é dever dos responsáveis legais de menores, pais, mães, ou tutores, afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente o seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário à sua saúde e constituição física ou prejudiquem a sua educação moral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Também, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O ECA proíbe, em consonância com a legislação pátria, o trabalho do menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz, definindo o que seria aprendizagem em seu art. 62, a saber: “Considera-se aprendizagem a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor”.

Ademais, a formação técnico-profissional deverá obedecer aos princípios da garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular; atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e; horário especial para o exercício das atividades. (Art. 63, ECA), de forma que não prejudique a frequência escolar do menor e seja um incentivo a sua formação profissional.

A desobediência a esses regramentos traz uma série de consequências para a vida dos menores, como bem elucida Christiani Almeida (2015):

O trabalho precoce de crianças e adolescentes interfere diretamente em seu desenvolvimento, em três aspectos:

- a) físico – porque ficam expostas a riscos de lesões, deformidades físicas e doenças, muitas vezes superiores às possibilidades de defesa de seus corpos;
- b) emocional – podem apresentar, ao longo de suas vidas, dificuldades para estabelecer vínculos afetivos em razão das condições de exploração a que estiveram expostas e dos maus-tratos que receberam de patrões e empregadores;
- c) social – antes mesmo de atingir a idade adulta realizam trabalho que requer maturidade de adulto, afastando-as do convívio social com pessoas de sua idade.

Ao mesmo tempo, ao ser inserida no mundo do trabalho, a criança é impedida de viver a infância e a adolescência sem ter assegurados seus direitos de brincar e de estudar. Isso dificulta muito a vivência de experiências fundamentais para seu desenvolvimento e compromete seu bom desempenho escolar – condição cada vez mais necessária para a transformação dos indivíduos em cidadãos capazes de intervir na sociedade de forma crítica, responsável e produtiva.

Entre as crianças que trabalham há maior repetência e abandono da escola.<sup>156</sup>

A legislação pátria e extranacional proíbe, portanto, a prática de levar crianças e adolescentes a serem perversamente explorados, marcados pela desvalorização de sua mão de obra extremamente barata, devendo esta ser banida não só do cenário da feira livre picoense como do Estado Brasileiro, por está em desacordo com as normas jurídicas e os princípios constitucionais norteadores de uma sociedade democrática, pautada na justiça, igualdade de condições e dignidade da pessoa humana.

## **2 – A feira livre de Picos e o trabalho infantil**

### **2.1 – Feira livre**

Pode-se entender feira como um evento realizado em local público, com o fim de comercializar mercadorias. A intenção dela é reunir o maior número de pessoas possível que estejam dispostas a comercializar ou trocar mercadorias que possuam.

Desta maneira, compreende-se feira como um ambiente que tem natureza comercial. O adjetivo “livre” faz referência ao ambiente em que é instalado: algum local público, ou seja, é acessível a qualquer pessoa.

Não há notícia de quando houve a primeira feira realizada, porém sem sombra de dúvida ela deve acompanhar a vida em sociedade desde os seus primórdios. No que diz respeito ao Brasil, as feiras livres passaram a ser realizadas com a chegada da família real, em 1808.

### **2.2 – Feira livre de Picos**

Segundo dados obtidos do acervo histórico do Museu Ozildo Albano, situado na Praça Josino Ferreira, s/n, Picos – PI, a primeira feira livre ocorrida neste município teria acontecido na data de 16 de setembro de 1845.

O cenário para o acontecimento foi na Rua do Foguete, atual Coelho Rodrigues e, à sombra de uma cajazeira estabeleceram-se pontos de venda. Ela era formada por pessoas que queriam vender ou comprar animais de carga e produtos cultivados da terra, como

---

<sup>156</sup> ALMEIDA. Christiani Alves de. A exploração do labor infantil e seu impacto na sociedade contemporânea brasileira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3493](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3493)>. Acesso em 22 de fevereiro de 2015 às 21:20hs.

feijão e milho, que são tipicamente produzidos pela população rurícola deste município de outros ao seu redor.

Relata-se que, a princípio os pernambucanos emprestaram a sua contribuição trazendo do Pernambuco, para ser comercializado na feira picoense animais e produtos. Estes, somados aos da própria terra (animais de carga: burro e jumento, cereais tipo: feijão, milho, goma, rapadura, farinha) e miudezas em geral já faziam o potencial da feira aquela época (imagens 01 e 02 do Anexo).

Sábado era, como ainda hoje, o dia em que se realizava a feira com a presença de muita gente, especialmente do interior, que se deslocavam com o intuito de comprar e vender (imagens 03 e 04 do Anexo).

Em 1848, a feira livre foi transferida para a Rua do Cantinho, atual Rua Francisco Pereira. Desta vez os feirantes amarraram seus pontos de venda debaixo de pés de juazeiro e umbuzeiro, continuando a feira com as mesmas características da origem: fatura de produtos, comerciantes vindos de vários lugares e muita gente comprando.

Em 1861, devido á cheia do Rio Guaribas, a feira é deslocada para a atual Praça Félix Pacheco, onde pouco tempo depois foi construído o primeiro Mercado Público (imagem 06 do Anexo).

Na data de 1º de janeiro de 1924, o prefeito municipal Francisco de Sousa Santos, após a edificação do Mercado Público, situado na antiga Praça Frei Ibiapino (atual Praça Justino Luz) para lá transfere a feira livre, onde funciona até hoje, alargando-se pelas ruas próximas (imagem 07 do Anexo).

Também se deve fazer constar que hodiernamente a feira contém grande importância para economia do município picoense, pois atrai vendedores de vários lugares do nordeste inteiro, igualmente faz com que compradores se desloquem até aqui, em busca de mercadorias (imagem 05 do Anexo).

Nos dias atuais podemos perceber a existência de algumas feiras livres dentro da cidade de Picos, estando focadas na comercialização de hortifrutigranjeiros, como é o caso da "feira do alho" (imagem 08 do Anexo), estas sendo formadas em grande parte pela população rurícola, e de vestimentas.

A feira livre de Picos continua a atrair muitas pessoas e fortalecer o comércio regional. Alastra-se pelas principais ruas do centro da cidade, onde se pode comprar e

vender desde roupas, alimentos, verduras e frutas a eletrônicos e miudezas diversas (imagens 01 a 11 do Anexo).

### **2.3 – O trabalho infantil realizado na feira livre de Picos**

Através da pesquisa de campo e de questionários aplicados nos dias 24 de janeiro de 2015 e 31 de janeiro de 2015, observou-se que, por trás do grande movimento, fomento à renda familiar e ao comércio, há um número considerável de menores que exercem o trabalho nas feiras livres de Picos. Não havendo qualquer preocupação em esconder este tipo de mão de obra, pois é flagrante o trabalho até mesmo de crianças.

A maior parte dos menores que laboram na feira livre fazem o papel de vendedores e carregadores na compra e venda de produtos de gênero alimentício e, ao serem indagados por qual razão trabalhavam, responderam que era para ajudar no sustento de suas famílias, em geral, numerosas e em que todos os membros trabalham na feira, conforme demonstram as imagens inclusas (01 a 03 do Apêndice).

Deve-se esclarecer que o trabalho realizado pelos menores nas feiras livres desta cidade é realizado em âmbito familiar. Ou seja, geralmente é um negócio de família, que todos os membros desta participam desde muito pequenos. Inclusive por impossibilidade de não ter com quem deixar as crianças, então estas acabam acompanhando os seus pais para o local de trabalho, assim sendo, inevitavelmente acabam a ajudar os seus genitores e iniciar a sua vida laboral demasiadamente cedo.

Como visto no início deste trabalho científico, a idade mínima para começar a trabalhar é de 16 (dezesesseis) anos de idade, com exceção do aprendiz, o que não é o caso do trabalho exercido na feira livre. Contudo facilmente é observado que bem antes desta idade existem menores trabalhando nos locais onde se estalam as feiras, especialmente na feira de produtos alimentícios.

Porém, é primordial salientar que o trabalho realizado na feira, igualmente ao trabalho rural – que muitas vezes é exercido também pelo feirante –, tem por forte característica a economia familiar de subsistência. O que faz com que seja quase impossível impedir que os menores comecem a exercer o trabalho antes dos dezesseis anos.

Inclusive o art. 402 – no seu parágrafo único –, da CLT, informa que as leis trabalhistas para menores que exerçam trabalho juntamente com a sua família não seguirá as normas ali expressas, vejamos:

Art. 402. - Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos.



Parágrafo único - O trabalho do menor rege-se-á pelas disposições do presente Capítulo, exceto no serviço em oficinas em que trabalhem exclusivamente pessoas da família do menor e esteja este sob a direção do pai, mãe ou tutor, observado, entretanto, o disposto nos arts. 404, 405 e na Seção II.

A norma é bem clara ao externar que aqueles que trabalham com o seus responsáveis (pais ou tutores), sob a direção destes, não receberão a proteção trabalhista que outros menores receberiam se trabalhassem para outras pessoas. Sendo menos rigorosa, pois visam a dar uma maior flexibilidade normativa, até por que não seria possível fazer garantir os direitos trabalhistas, quando a relação de trabalho é entre pais (ou tutores) e filhos.

Por este motivo, o trabalho exercido em meio familiar não deve estar sujeito rigorosamente às normas trabalhistas que protegem os menores que exercem o labor. É o justamente, o que acontece, na maioria dos casos, com os feirantes, pois os seus filhos acabam acompanhando os seus pais e inevitavelmente irão acabar ajudando-os.

Porém se o menor que estiver a trabalhar, seja na feira, ou em qualquer outro ambiente, sob direção de pessoas que estão ligadas familiarmente, ou sejam responsáveis legalmente por cuidar dele não deverá haver o abrandamento da norma trabalhista, contida no parágrafo único do art. 402. Pois neste caso hipotética não haverá motivos que justifiquem a transgressão de qualquer direito trabalhista, especialmente conferido aos adolescentes, sendo possivelmente imputado ao sujeito empregador o crime de exploração de menores.

Outro ponto deveras importante diz respeito ao fato de mesmo se o menor prestar serviço de subsistência familiar, os seus representantes não poderão transgredir as indistintamente as normas àqueles direcionadas, apenas havendo um abrandamento natural. A última parte do parágrafo único do art. 402, informa que deverão ser observados os arts. 404 e 405, II:

Art. 404 – Ao menor de 18 (dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas.

Art. 405 – Ao menor não será permitido o trabalho:

[...]

II – em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.

Diante destas normas, evidente se torna o entendimento que há direitos que nem no âmbito do trabalho familiar de subsistência devem ser relaxados. O art. 404 informa que não poderá ser exercido o trabalho noturno por menor, devendo considerar noturno aquele prestado entre vinte e duas horas e cinco horas. Trazendo para os casos concretos que estão a analisar, o trabalho infantil realizado nas feiras livres, constatamos, através das entrevistas realizadas que o trabalho das feiras inicia muito cedo, muitas vezes antes mesmo de amanhecer o dia, com a preparação das barracas e das mercadorias.

Diante disto, é corriqueiro que os menores que trabalham nas feiras livres comecem o labor antes mesmo das cinco horas iniciais do dia, o que é flagrantemente trabalho noturno e, conseqüentemente, proibido aos adolescentes, muito mais às crianças, que nem em horário diurno devem trabalhar.

Então, se um menor que colabore no âmbito da família, em regime de subsistência, na execução do serviço de feirante, iniciando o seu labor antes das cinco horas da manhã estará atuando em total desacordo com a legislação específica e de alta prejudicialidade para a sua progressão saudável, pois uma criança/adolescente deve manter o seu horário de sono constante e alinhado, devendo boa parte da noite ser destinada exclusivamente para dormir.

A norma constante no inciso II do art. 405 faz referência à proibição do exercício do labor em locais que prejudiquem o senso de moralidade da menor. Difícil é objetivar, generalizando, quais ambientes de trabalho são imorais para as crianças e adolescentes. Devendo mesmo é haver um monitoramento dos responsáveis para que mantenham sempre o local de trabalho saudável à formação dos menores que ali estejam presentes.

Lembrando, que cabe aos pais/tutores dos menores estarem sempre atento ao ambiente do trabalho destes, pois caso notem estar ocorrendo algum tipo de prejuízo deverá afasta-los ou fazer cessar ou diminuir consideravelmente o prejuízo. Mais ainda aumenta esta responsabilidade quando quem está no comando da atividade exercida também for representante legal do menor.

No caso dos feirantes que tenham filhos, ou tutelados, que os ajudem deveram tomar sempre o cuidado de manter o ambiente moralmente intacto, para que afete aquele adolescente ou criança. Do contrário estará afetando, muito provavelmente irreversivelmente, o senso de moral daquele sujeito em formação, o que é inadmissível hodiernamente.

Segundo dados de 2011, obtidos no sítio na Secretaria Nacional de Direitos Humanos, o trabalho doméstico, nas ruas, no lixo e com o lixo, e as atividades na agricultura

com o uso de agrotóxicos, são as piores formas de trabalho infantil, por colocar em risco a vida, a saúde e a segurança da criança, com o conseqüente comprometimento da formação escolar e o pleno desenvolvimento físico, psicológico e moral<sup>157</sup>.

Diante dos comentários referidos acima, se vê que o trabalho nas ruas é considerado como prejudicial ao menor, ainda que feito em regime de economia familiar, pois este motivo não serve para justificar as possíveis transgressões cometidas na exploração da mão de obra dos menores.

Pois, como já foi dito anteriormente, foi observado existir, até mesmo, crianças (menores de doze anos de idade) exercendo esse tipo de serviço, em um local, muitas vezes, insalubre, devido à exposição ao sol, calor intenso e a agentes nocivos; noturno; proibido pelas leis trabalhistas; contrário à moral, uma vez que sujeita o menor a um ambiente de comercialização de produtos, algumas vezes, até bebidas alcóolicas, como cachaça; sem proteção legal, já que ganham pouco ou nada, pelo caráter familiar de subsistência, o que o torna veementemente proibido pela norma constitucional e infraconstitucional.

No entanto, essa situação é negligenciada pelos setores da sociedade e do Estado, que a trata como aceitável e até indicada, tornando esses sujeitos desamparados e invisíveis.

### **3 – Os sujeitos invisíveis do trabalho infantil na feira livre de Picos e o descumprimento da Lei**

Após a análise da evolução legislativa do nosso país no que tange ao trabalho infantil é fácil perceber que houve um grande avanço no decorrer dos anos, já que é cada vez mais recorrente normas voltadas a proteção de crianças e adolescentes, visando resguardar os seus direitos, conforme já explicitado no decorrer do presente estudo.

Porém, apesar das garantias preceituadas na nossa Carta Magna, no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, na Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, dentre outros instrumentos normativos, destacamos que a realidade é bem distante desses padrões fixados por nossa legislação pátria. Tal afirmação pode ser facilmente comprovada por meio da análise dos questionários respondidos por crianças e adolescentes que

---

<sup>157</sup> RIBEIRO, Camila Freitas. **Desafios à Erradicação do Trabalho Infantil**. Revista Jurídica Consulex. Brasília: n. 354, pp. 36-37, out. 2011.

trabalhavam diariamente na feira livre da cidade de Picos/PI, no ano de 2015, em condições precárias e degradantes.

Os menores responderam a dez questionários com perguntas voltadas ao labor na feira, a família, aos estudos e a renda mensal, ficando, assim, evidenciado que, no ano de 2015, foi recorrente o labor infantil na feira de Picos/PI, onde crianças e adolescentes na faixa de 10 a 16 anos trabalhavam diariamente como vendedoras ou mesmo como carregadoras. (questionários anexos).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA estabelece em seu art. 2º o seguinte: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Diante disso, é imperioso destacar que o maior número de crianças que encontramos prestando serviço nas referidas feiras tinham entre 10 e 12 anos, o que deixa claro a gravidade da situação, já que são indivíduos ainda em formação, não tendo o discernimento e nem a capacidade física adequadas para esse tipo de trabalho.

Tal fato é totalmente contrário ao capitulado em nossos instrumentos normativos, que trazem em seu bojo garantias aos menores, como a prevista em nossa Constituição Federal no seu art. 7º, inciso XXXIII, *in verbis*:

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

[...]

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Como muito bem retratado no artigo supracitado, não é permitido nenhuma forma de labor aos menores de dezesseis anos, a não ser na condição de aprendiz, o que torna mais grave a questão do trabalho infantil na feira livre de Picos/PI, já que, conforme observamos, são inúmeras as crianças que viveram essa situação no ano de 2015, em sua maioria com idades entre 10 e 12 anos, executando tarefas contrárias a sua resistência física e em condições inadequadas. Dessa forma, não resta dúvidas que este fato afronta diretamente o disposto na referida norma.

Impende destacar, tendo por base os dados colhidos, que o labor precoce compromete também a vida escolar dessas crianças, que não dispõem de tempo para realizar as tarefas escolares e passam a ter déficit no aprendizado, o que acaba gerando

atrasos nos estudos, sendo que muitas delas chegam até mesmo a abandonar a vida escolar. Tudo isso está em patente desacordo com o que prevê o parágrafo único do art. 403 da CLT, a saber:

Art. 403 [...]

Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola.

Por meio da presente pesquisa percebemos também que essas crianças estão diariamente laborando na feira de Picos – PI sem serem percebidas pelos entes sociais, sejam populares ou autoridades desta cidade, que muitas vezes negociam com aquelas, pedem para carregarem suas vultosas compras, sem se dar conta que são pessoas ainda em formação, frágeis, totalmente desprotegidas, apesar de todo o amparo legal que recai sobre elas.

Concluimos ainda que grande parte dessas crianças pertencem a famílias numerosas, com renda mensal de até um salário mínimo e beneficiárias de programas como o bolsa família, programa instituído pelo governo, direcionado às pessoas em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País.

Isso nos leva a constatar que o labor precoce é mais recorrente nas famílias em situação de miséria, que geralmente tem muitos membros, com pouco ou nenhum estudo, o que acaba refletindo nas crianças, que necessitam começar a trabalhar logo cedo para ajudar no sustendo da casa, submetendo-se ao labor árduo, realizando tarefas que vão muito além da sua resistência física e psíquica, como por exemplo a função de carregador na feira de Picos – PI, em troca de quantias irrisórias que nem de longe gratificam o trabalho realizado.

O art. 424 da CLT dispõe claramente que é dever dos responsáveis pelos menores afastá-los de trabalhos que comprometam seus estudos, saúde, bem como sua educação moral. Porém, na prática isso é bem difícil de acontecer, tendo em vista que são os próprios pais que obrigam as crianças a trabalharem, nem que para isso tenham que abrir mão de uma vida saudável e do aprendizado escolar.

Analisamos tal fato por meios dos questionários respondidos pelas crianças que estavam em situação de labor na feira livre da nossa cidade, já que muitas delas estão

atrasadas nos estudos ou mesmo deixaram de frequentar a escola em virtude da falta de tempo e até mesmo por não saberem lidar com tantas responsabilidades.

Diante disso vem a seguinte pergunta. Onde estão as autoridades que são fiscalizam essa situação? Acreditamos que isso ocorre pelo fato de ser tão corriqueiro a presença de crianças na feira livre de Picos – PI, que estas já se tornaram invisíveis aos olhos de todos, é como se elas não estivessem ali ou se fosse correta a situação de desamparo a que estão inseridas, já que na prática a realidade desses menores é bem diferente do que está previsto nas normas vigentes.

Daí advém a importância da presente pesquisa, já que por meio dela pretendemos chamar a atenção das autoridades responsáveis para essa problemática, já que estas estão deixando de exercer seu poder de fiscalização, deixando nossas crianças em total abandono.

Frise-se que o Estado vem “fechando os olhos” para essa questão do trabalho infantil, acreditamos que isso ocorra pelo fato de ser uma forma desse ente suprir a deficiência no que tange a subsistência dessas famílias, já que a maior parte dos benefícios básicos, tais como saúde, educação, moradia e previdência, que são deveres do Poder Público e direito de todos, não chegam a grande parte da população, ficando um grande número de pessoas imersas na pobreza e sujeitas a esse tipo de exploração para poder suprir suas necessidades básicas.

Sendo assim, vimos que a questão do trabalho infantil é bastante corriqueira, fato este facilmente percebido na feira livre de nossa cidade no ano de 2015, trazendo à tona a necessidade de um maior cuidado e mais ação para a resolução dessa situação, que é bastante vergonhosa e afeta diretamente o desenvolvimento de nossas crianças, bem como seus direitos básicos disciplinados na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Outra questão relevante e que vale a pena ser explicitada diz respeito a impossibilidade que as crianças inseridas no mundo do trabalho tem de brincar e de conviver com sua família, direito primordial que acaba sendo deixado de lado em função da responsabilidade que assumem desde muito cedo.

Com isso, o menor vai se sentindo reprimido, deixando suas necessidades de lado em razão do trabalho e perdendo sua autoestima, o que pode refletir em sua vida futura, gerando o comprometimento das suas relações sociais na vida adulta.

Tudo isso aliado ao fato do menor ainda ter que estudar dificulta ainda mais seu sadio desenvolvimento, uma vez que a criança ao ter que trabalhar e estudar se submete a responsabilidades para as quais não está preparada. Isso trará sérias consequências para



sua vida, como por exemplo poucas chances de ter um emprego que lhe garanta a subsistência digna, ficando mais propícia a ingressar no mundo das drogas e da criminalidade.

### **Considerações finais**

Ao longo desse estudo retratamos a questão do trabalho infantil, mais especificamente ao realizado na feira livre de Picos/PI, no ano de 2015, com o objetivo de demonstrar tal realidade e principalmente de chamar a atenção do Poder Público para essa problemática, para que este possa tomar alguma providência, reestabelecendo e garantindo os direitos dessas crianças.

Sabemos que compreender a inserção dos menores no mundo do trabalho é tarefa um tanto complexa, já que envolve fatores políticos, sociais, econômicos e culturais que em muito contribuem para tornar essa forma de labor cada vez mais frequente.

Apesar da nossa Carta Magna, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – e do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – preveem uma série de garantias aos menores, inclusive disciplinando que estes não devem efetuar qualquer tipo de trabalho antes dos dezesseis anos, salvo como aprendiz aos quatorze, vimos no decorrer dessa pesquisa que a realidade é bem diferente, já que foi comprovado a presença de crianças e adolescentes trabalhando na feira livre de Picos – PI, no ano de 2015, totalmente desamparadas, assumindo responsabilidades que não condizem com seu processo de desenvolvimento e necessidades básicas.

Os programas governamentais que se propõem a erradicar o problema do trabalho infantil acabam por fracassar, tendo em vista que são apenas tentativas dissimuladas e desprovidas de real eficácia, um faz de conta que torna esse problema social cada vez mais sério.

Sabemos que no Brasil existem muitas pessoas em situação de pobreza extrema, não devidamente amparadas pelos benefícios advindos do Governo, como saúde, educação, moradia, dentre outros. Tal cenário leva crianças e adolescentes a terem que trabalhar para garantir o sustento da casa, já que, conforme demonstrado nesse estudo, muitas famílias não tem renda certa, havendo casos em que contam apenas com a quantia advinda do Bolsa Família, programa instituído pelo Governo que sozinho não é capaz de prover a subsistência dessas pessoas.

Verificamos, ainda, que os menores inseridos na feira de Picos – PI têm o seu processo de desenvolvimento físico e psíquico prejudicados, tendo em vista que alguns

carregam peso além do que podem suportar, tiveram que parar de estudar em razão do trabalho, são expostas a barulho, calor excessivo e pressões das mais variadas possíveis.

Sendo assim, resta claro a contradição entre o valor do trabalho como positivo e adequado para o desenvolvimento psicossocial e os danos decorrentes do labor precoce. E isso será sentido futuramente pela criança, pois gera um círculo vicioso em que o menor é explorado precocemente, deixa a educação para segundo plano e conseqüentemente terá dificuldades para ingressar no mercado de trabalho quando atingir a maioridade, sujeitando-se aos empregos de baixa remuneração e que não exigem qualificação.

Diante de tal quadro, faz-se necessária a intervenção dos órgãos de fiscalização, como Conselho Tutelar, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público do Trabalho e Justiça do Trabalho, para que possam constatar o problema e propor soluções para o imediato resgate desse menores de ambientes inadequados, fazendo valer o disposto em nossos instrumentos normativos vigentes.

Membros do Poder Judiciário e da advocacia também podem e devem promover meios de combate a exploração da mão de obra infantil, como bem esclarece o Procurador do Trabalho Rafael Dias Marques, em seu artigo intitulado Trabalho Infantil e Direitos Humanos: um novo e necessário olhar:

Com base nesta outra mirada, membros do Poder Judiciário poderão promover e preencher, com efetividade e mais amplamente, o conteúdo dos direitos fundamentais, em especial, do direito social ao não trabalho antes da idade mínima, cobrando políticas, impondo sanções, avançando na tutela coletiva dos direitos de crianças e adolescentes.

Com base nesta outra visão, membros da advocacia, nas suas mais variadas expressões, pública ou privada, gratuita ou paga, serventúrios da Justiça, estudantes, poderão se aperceber do grau de violação que a exploração do trabalho de crianças e adolescente impõe ao sistema jurídico dos direitos humanos, e, apercebendo-se disso, poderão ser agentes multiplicadores dessa nova consciência no seio social em que vivem, questionando posturas, mitos e comodismos, denunciando situações, cobrando do Poder Público, exercendo sua cidadania no arrimar de uma sociedade calcada no valor do trabalho decente e digno (2011, p. 33).

Também é de extrema importância a realização de campanhas de sensibilização da sociedade com vistas a desconstruir as práticas culturais que incentivam, oportunizam e consomem esse tipo de mão-de-obra, sem se dar conta dos enormes e porque não dizer

irreparáveis prejuízos gerados na vida dos menores devido a essa prática inconsciente e irresponsável.

Por tudo isso, mostra-se clara a necessidade de políticas públicas de prevenção e erradicação da exploração do trabalho infantil, bem como de uma maior conscientização e ação conjunta do Poder Público, da comunidade, da família e da escola para a promoção da cidadania dessas crianças e adolescentes, garantindo o acesso e o exercício dos seus direitos para que o disciplinado em nossa legislação não fique apenas no papel.

## Referências

**ALMEIDA, Chistiani Alves de.** A exploração do labor infantil e seu impacto na sociedade contemporânea brasileira. **Revista Âmbito Jurídico.** Acesso em 09/01/2013, às 22:08hs. <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3493](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3493)>.

BARBOSA, Jamile; FONTENELE, Vanice. **A exploração da mão-de-obra infantil e seu impacto na sociedade.** Acesso em 20/02/2015, às 22:08hs. <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28387-28398-1-PB.pdf>>.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).** São Paulo: Saraiva, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 8069, de 13 de julho de 1990.** ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

LIMA, Consuelo Generoso Coelho de. **Trabalho Infantil e Desenvolvimento.** Revista Jurídica Consulex. Brasília: n. 354, pp 34-35, out. 2011.

MARQUES, Rafael **Dias.** **Trabalho Infantil e Direitos Humanos: um novo e necessário olhar.** Revista Jurídica Consulex. Brasília: n. 354, pp30-33, out. 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2008.

RIBEIRO, Camila Freitas. **Desafios à Erradicação do Trabalho Infantil.** Revista Jurídica Consulex. Brasília: n. 354, pp 36-357, out. 2011.

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ANÁLISE DO ART. 28, *CAPUT*, DA LEI DE DROGAS**

### **CARLA VIVIANE OLIVEIRA DO NASCIMENTO:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduanda em Direito Constitucional pela FARESE. Delegada de Polícia do Estado de Sergipe.

**RESUMO:** Análise do controle de constitucionalidade, bem como do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, por meio de pesquisa bibliográfica. Abordagem de diversos aspectos do controle de constitucionalidade, como objeto, órgão responsável pelo controle, legitimados e efeitos. O Recurso Extraordinário 635.659/SP é tratado como exemplo do controle difuso a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se discute a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. Após, examina-se o crime de porte de droga para consumo pessoal à luz do direito à vida privada e à intimidade, bem como dos princípios da lesividade, proporcionalidade e subsidiariedade, concluindo-se pela inconstitucionalidade material do tipo penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle. (In)constitucionalidade. Drogas. Crime. Uso pessoal.

**ABSTRACT:** Analysis of constitutional control, as well as the art. 28, *caput*, of the law nº 11.343/06 by the means of bibliographical research. Many aspects of the constitutional control were approached such as object, institution responsible, those authorized and the effects. The Recurso Extraordinário 635.659/SP is treat as an example of the diffuse control exercised by the Supreme Court, in which is discussed the decriminalization of drug use. Afterwards, there is an examination of the crime of drug use in light of the right of privacy and intimacy, as well as the principles of harmfulness, proportionality and subsidiarity, arriving at the conclusion that the legal type is unconstitutional by a material point of view.

**KEYWORDS:** Control; Unconstitutional; Drugs; Crime; Personal Use

### **1.INTRODUÇÃO**

O presente artigo busca analisar o controle de constitucionalidade, perpassando pelo objetivo do controle, bem como pelas suas modalidades e seu objeto. Será analisado também quais órgãos são capazes de exercê-lo e quais os efeitos das decisões em sede de controle, concentrado ou difuso.

Nesse contexto, será ainda tratada a eventual inconstitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei 11.343/09, que tipifica o crime de porte de droga para consumo pessoal. Nesse

momento abordar-se-á os princípios da lesividade, da proporcionalidade e da subsidiariedade do direito penal, avaliando-os em conjunto com a norma em questão.

A discussão é atual e relevante tanto no campo jurídico como no político e da saúde, uma vez que se aguarda o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP, no qual a Defensoria Pública do Estado de São Paulo pleiteia a inconstitucionalidade do crime de porte de droga para consumo pessoal. A eventual declaração de inconstitucionalidade afetarà muitos e significará uma mudança histórica de como o Brasil lida com as drogas.

Por fim, destaque-se que as análises serão realizadas por meio de revisão bibliográfica, discutindo-se no primeiro momento o controle de constitucionalidade e em um segundo momento o art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, à luz dos princípios anteriormente citados.

## **2.ASPECTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

A Constituição Federal de 1988 é a norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as leis e demais atos normativos devem ser compatíveis com seus mandamentos para serem válidos. Nesse diapasão, pontue-se que ao ingressarem no ordenamento jurídico as normas são presumidamente constitucionais (presunção relativa de constitucionalidade). Ou seja, acredita-se que a nova norma tanto obedeceu ao procedimento constitucional estabelecido para a sua criação como o seu conteúdo atende aos preceitos e princípios constitucionais.

Ocorre que nem sempre as normas criadas estão alinhadas formal e materialmente com a Constituição Federal. Surge, assim, a possibilidade de controle das leis e dos atos normativos, verificando-se a compatibilidade vertical da norma com a Constituição de 1988. O controle de constitucionalidade, como é conhecido, objetiva, portanto, defender a Constituição Federal, a sua supremacia e força vinculante em relação aos poderes públicos.

Nesse contexto, frise-se que as normas poderão ser formal ou materialmente inconstitucionais. Será formalmente inconstitucional quando desrespeitar o procedimento constitucional estabelecido para a formação da norma, incluída a competência para a edição do ato (BONAVIDES, 2004).

Por sua vez, será materialmente inconstitucional quando o conteúdo da norma for incompatível com os preceitos constitucionais, seja por meio de uma análise de inconformidade direta entre o ato legislativo e o parâmetro constitucional seja pela verificação do desvio ou excesso de poder legislativo (MENDES e BRANCO, 2017).

Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p. 948) esclarecem que o excesso ou desvio de poder “cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo”.

Dessa forma, para que haja compatibilidade entre a nova norma e a constituição, é preciso respeitar o princípio da proporcionalidade em suas duas dimensões: proibição do excesso e proibição de proteção insuficiente.

A lei, portanto, deve se pautar pela regra da proporcionalidade, não podendo exceder o limite do necessário à tutela dos fins almejados pela norma constitucional. Isso porque, ao excedê-los, estará ferindo direitos constitucionais limítrofes com o direito constitucional por ela tutelado. Quando há dois modos para dar proteção ao direito constitucional, considerasse ilegítima a lei que, dando-lhe tutela, não é a que a traz a menor interferência ou restrição sobre outro direito. Assim, se a lei vai além do necessário, há negação da cláusula de vedação de excesso.

De outro lado, o legislador não pode deixar de responder às exigências da norma constitucional, ou de respondê-las de modo insuficiente, deixando sem efetiva proteção o direito constitucional. Se isso ocorrer, a lei violará o direito fundamental na sua função de mandamento de tutela. Daí por que, quando esta tutela inexistente ou é insuficiente, há violação da cláusula de vedação de tutela insuficiente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1048).

A análise da constitucionalidade sob o viés material requer, assim, uma apreciação ampla da matéria que inclui não só o seu conteúdo, mas a forma como é abordado em uma perspectiva sistemática do ordenamento jurídico.

A inconstitucionalidade poderá ainda ser por ação ou por omissão. A inconstitucionalidade por ação ocorrerá quando o legislador editar uma norma em desacordo com os mandamentos constitucionais, tratando-se de um comportamento ativo do poder público.

De outro lado, a inconstitucionalidade por omissão decorrerá de um não fazer do poder que tem a obrigação constitucional de legislar. Se essa obrigação não for cumprida, estar-se-á diante de uma omissão total; no entanto, se essa obrigação for cumprida, mas de forma insuficiente, falar-se-á que a omissão é parcial (MENDES; BRANCO, 2017).



No Brasil o controle de constitucionalidade pode ser exercido tanto por órgão político, em regra, antes da edição do ato (como na Comissão de Constituição e Justiça) como por órgão jurisdicional, normalmente, após a edição do ato. Neste último caso, a compatibilidade da norma é analisada por meio do controle concentrado ou do controle difuso (SILVA, 2004).

O controle concentrado – ou abstrato ou por via de ação – é aquele que avalia a norma em tese e é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Esse controle se materializa por meio das ações do controle de constitucionalidade, a saber, ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Embora seja um importante caminho para a aferição da constitucionalidade da norma, o controle concentrado possui limitação no sentido de quem pode propor a ação, uma vez que o rol é taxativo. O art. 103, da Constituição Federal elenca como legitimados apenas o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

Se por um lado, há restrição de quem pode acionar o controle concentrado, por outro, os efeitos da decisão são *erga omnes* e vinculantes. Isto é, a decisão de mérito proferida possui eficácia obrigatória contra todos, inclusive em relação aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública - direta e indireta -, excetuado apenas o poder legislativo no exercício da função legiferante (SILVA, 2004).

Destaque-se que a norma declarada inconstitucional é considerada nula desde o seu nascedouro, ou seja, trata-se de hipótese de nulidade *ex tunc*. Ressalvada, entretanto, a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, de modo que a lei declarada inconstitucional poderá produzir efeitos até certo momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos termos do art. 27, da Lei nº 9868/99.

Por sua vez, o controle difuso – ou incidental ou concreto ou por via de exceção – é aquele exercido na análise do caso concreto, por qualquer órgão jurisdicional. A inconstitucionalidade é alegada como causa de pedir (*incidenter tantum*) e não como

pedido propriamente dito, ou seja, a inconstitucionalidade é questão prejudicial à resolução do litígio, que será avaliada pelo órgão competente para julgar a demanda.

Nesse sentido, Ingo Sarlet, Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2018, p. 1073) afirmam que

a decisão da questão de constitucionalidade, assim, não é a decisão da questão principal ou, mais exatamente, do objeto litigioso do processo, mas a decisão da questão cujo exame constitui premissa indispensável para a análise da questão principal ou do mérito, sobre o qual litigam as partes do processo.

Os legitimados para a alegação de inconstitucionalidade de forma incidental são todas as partes do processo: autor, réu, terceiros interessados, Ministério Público (seja como fiscal da lei ou como parte propriamente dita), bem como juízes e tribunais de ofício.

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade por meio da via incidental produz, em regra, efeitos *inter partes*, *ex tunc* e não vinculante, de modo que a lei continuará válida e eficaz no ordenamento jurídico (SILVA, 2004).

Entretanto, é importante ressaltar que quando o controle incidental for realizado pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão de mérito quanto à constitucionalidade será vinculante e produzirá efeitos *erga omnes*, assim como no controle concentrado. Ingo e outros analisam com precisão as razões desse efeito vinculante, ao mesmo tempo em que ressignificam a possibilidade de suspensão da eficácia da lei pelo Senado Federal, prevista no art. 52, inciso X, da Constituição de 1988.

A compreensão da necessidade de cada uma das decisões do STF obrigar a própria Corte e os demais tribunais advém da premência de se dar sentido à função da mais alta Corte brasileira diante do sistema de controle de constitucionalidade. Não há racionalidade em entender que apenas algumas das suas decisões, tomadas no controle difuso, merecem ser respeitadas, como se o jurisdicionado não devesse confiar em tais decisões antes de serem sumuladas. Ora, isso seria o mesmo que concluir que a segurança jurídica e a igualdade dependeriam das súmulas e, por consequência, que o próprio Poder Judiciário, diante do sistema ao qual é submetido, poderia se eximir de responder aos seus deveres e aos direitos fundamentais do cidadão perante a justiça. [...] Assim, a eficácia vinculante das decisões do Supremo nada tem a ver com comunicação ao Senado, certamente ilógica e desnecessária para tal fim. A comunicação é feita apenas para permitir ao Senado, em

concordando com o STF, suspender a execução do ato normativo. A não concordância daquele em nada interfere sobre a eficácia vinculante da decisão deste. Trata-se de planos distintos. Depois do controle incidental e da produção de efeito vinculante, a lei declarada inconstitucional pode continuar a existir, ainda que em estado latente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1101e 1102).

Inclusive, a partir de uma releitura do art. 52, inciso X, da Constituição (para alguns uma mutação constitucional<sup>158</sup>) o STF firmou novo entendimento no sentido de que ao Senado Federal cabe apenas dar publicidade à decisão, não sendo possível ao órgão analisar a conveniência ou não da suspensão da lei declarada inconstitucional, em razão do efeito vinculante e da força *erga omnes* que derivam da própria decisão<sup>159</sup>.

Exemplo atual do controle concreto a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal é o do Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo<sup>160</sup>, no qual a Defensoria Pública do Estado de São Paulo pugna pela declaração de inconstitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (crime de porte de droga para consumo pessoal), a seguir explorado.

### **3 ANÁLISE DO ART. 28, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06 À LUZ DO DIREITO À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE E DOS PRINCÍPIOS DA LESIVIDADE, PROPORCIONALIDADE E SUBSIDIARIEDADE**

O art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06 define como crime a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Sujeitando os indivíduos que a praticarem a pena de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, incisos I a III, da Lei nº 11.343/06).

---

158 A mutação constitucional é um fenômeno que indica a alteração no sentido e no alcance da constituição, sem que haja mudança do texto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018)

159 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3406/RJ e ação cdireta de inconstitucionalidade nº 3470/RJ. Relator: Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de cJurisprudência**, Informativos, 1º dez. 2017. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 9 mai. cc2020.

160 Até a elaboração do artigo o ministro relator Gilmar Mendes já proferiu voto no sentido da descriminalização das drogas para uso pessoal. E os ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso votaram a favor da descriminalização apenas da maconha para porte e uso pessoal, mantendo-se a proibição para as outras drogas ilícitas.

Ocorre que, embora esta previsão seja formalmente constitucional, por ter atendido a todos os procedimentos legais exigidos, o mesmo não se pode falar quanto ao aspecto material. Nesse diapasão, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e outros entes (*amici curiae*) buscam a declaração de inconstitucionalidade material do crime de porte de droga para consumo pessoal.

Em primeiro lugar, alega-se que o art. 28, *caput*, da Lei de Drogas tutela a saúde pública, sob a premissa de que o porte de droga para consumo próprio contribui para a propagação no meio social, o que não se sustenta. Pois, da análise do tipo penal verifica-se que a conduta criminalizada é aquela que se limita ao consumo pessoal, ou seja, que está adstrita à vida privada do agente, tratando-se, no máximo, de autolesão, irrelevante penal. Logo, observa-se que a criminalização dessa conduta implica violação do direito à intimidade e à vida privada, garantido pelo art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Se se trata de conduta pessoal que não ultrapassa os limites da autonomia do sujeito, não se pode falar em lesão a bem jurídico alheio. E se não há violação a bem jurídico alheio, não está presente a lesividade, aspecto indispensável na criação de um tipo penal. Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolino (2019, p. 17) ao abordarem o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos (lesividade) esclarecem que os

bens jurídico-penais podem ser definidos, *grosso modo*, como as condições mínimas de coexistência social cuja importância justifica a sua tutela através do Direito Penal. Segundo o princípio da exclusiva proteção a bens jurídico-penais em questão, o direito penal não é o meio legítimo para a persecução dos estados ótimos ou ideais para o indivíduo ou para a sociedade, mas apenas para garantir os pressupostos mínimos sem os quais a vida em comunidade estaria seriamente arriscada. [...] em um Estado Social e Democrático de Direito, ao lado da dignidade da pessoa humana, assoma como valor central o pluralismo do qual decorre a exclusão da legitimidade do Direito Penal para tutelar valores puramente morais, religiosos ou ideológicos (que não se possam considerar condições básicas para a vida em comum). Por isso, quanto a essas matérias o Estado deve, *a priori*, abster-se de regulamentações jurídicas.

O crime de porte de droga para consumo pessoal possui um bem jurídico tutelado que não ultrapassa a esfera individual. E se não há perigo concreto de violação a um bem jurídico alheio tutelado, não há legitimidade na criminalização da conduta, pois “somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado” (BITENCOURT, 2020, p. 145).

Não é admissível que opções morais dos legisladores sejam capazes de limitar o direito constitucional à vida privada, à intimidade e à própria autodeterminação do sujeito. Em um regime pluralista é indispensável o respeito a diferentes formas de se viver, que não afetam a convivência social, como é o consumo pessoal de drogas. Logo, inegável a inconstitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06 por violação do direito à intimidade e à vida privada, bem como do princípio da lesividade.

Em segundo lugar, há ainda que se destacar que a medida interventiva adotada pelo Estado, no caso, a criminalização do porte de droga para consumo próprio, deve ser a mais adequada e a menos gravosa para o alcance dos objetivos, em respeito ao princípio da proporcionalidade. Se o legislador utilizou com excesso ou de forma deficiente a sua margem de ação para a proteção dos bens jurídicos pelo Direito Penal, deve ser declarada a inconstitucionalidade do ato normativo, retirando-o do ordenamento jurídico (MENDES; BRANCO, 2017).

Vislumbra-se, no entanto, que a criminalização não é a medida menos gravosa nem a mais adequada a ser adotada para a consecução dos objetivos declarados pelo Estado, qual seja, resguardar a saúde pública e do próprio usuário. Pois, a adoção de outras medidas regulatórias tem se mostrado mais eficaz e consentânea com os objetivos alegados, como a política de redução de danos.

Nesse contexto é importante destacar que existem dois tipos de políticas: “as políticas que visam ao cuidado por meio do respeito ao direito de escolha do usuário e as políticas nas quais prevalece o paradigma da abstinência, pela imposição da descontinuidade imediata do uso” (LOPES; GONÇALVES, 2018, p. 6). O Brasil, hoje, adota a política de repressão das drogas – de ruptura imediata do uso - que, ao contrário do que se sustenta, não é a melhor política quando se fala em cuidado à saúde.

A política de redução de danos, por sua vez, tem como objetivo reduzir os riscos associados ao consumo de drogas sem, necessariamente, intervir na oferta ou no consumo, por meio de ações de saúde dirigidas a usuários ou a dependentes que não podem, não conseguem ou não querem interromper o referido uso, conforme Portaria nº 1.028 de 2005 do Ministério da Saúde. O que demonstra uma verdadeira atenção à saúde do usuário e da população, enquanto a criminalização resulta na pura estigmatização e abandono do agente.

A Lei de Drogas é também inadequada, em razão de não conseguir diferenciar de forma clara e precisa o usuário do traficante. O tipo penal do tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06) é bastante aberto e se distingue do art. 28, *caput*, da Lei de

Drogas, basicamente, pela finalidade “para consumo pessoal”. Ocorre que fica a critério dos policiais diferenciarem entre usuário e traficante durante a abordagem, sujeitando-se os usuários a uma interpretação muitas vezes pessoal, difícil de ser contraposta em juízo.

O Ministro Gilmar Mendes no voto relator do Recurso Extraordinário 635.659/SP161 que discute a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é bastante preciso em sua análise no tocante à ofensa ao princípio da proporcionalidade do tipo penal, ao afirmar que

Todavia, deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema. [...] Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional. Esse quadro decorre, sobretudo, da seguinte antinomia: a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes. [...] Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade. [...] Diante da análise aqui precedida, é possível assentar que a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da

---

161 O voto completo do ministro Gilmar Mendes trata de outros aspectos importantes sobre a inconstitucionalidade do crime de porte de droga para consumo pessoal e está disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>>. Acesso em: 9 mai. 2020.



vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade.

A atuação do legislador ao criminalizar uma conduta, no máximo, autolesiva viola de maneira clara a proibição do excesso, uma das dimensões do princípio da proporcionalidade, uma vez que restringe, além do necessário, direitos protegidos constitucionalmente.

Por fim, o art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06 viola o princípio da subsidiariedade do direito penal, por meio do qual compreende-se que o direito penal deve ser a última opção do legislador para a proteção de bens jurídicos, devendo ser utilizado apenas quando outros ramos do direito não conseguirem proteger o bem jurídico de forma adequada e eficaz.

Nesse diapasão, Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolino (2019, p. 17) discorrem que

a pena e a medida de segurança não são os únicos meios dos quais dispõe a sociedade para a proteção de seus bens [...], os interesses sociais podem receber suficiente proteção, por meio de mecanismos distintos, menos lesivos para o cidadão e normalmente mais eficazes para a proteção.

Em atenção a esse princípio, é impossível não conceber que a criminalização do porte de droga para consumo pessoal foi a primeira opção do legislador e não a última, considerando que existem outras políticas a serem adotadas – redução de danos, por exemplo –, mas que sequer foram tentadas. Ademais, um problema público de saúde, bem jurídico a ser protegido, deve ser primeiramente abordado por políticas públicas de saúde e não por meio de política criminal, em respeito, frise-se, à subsidiariedade.

Diante do exposto, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal é inconstitucional por violar o princípio da lesividade, da proporcionalidade e da subsidiariedade – princípios interligados entre si. Pois, o Estado se imiscui na vida privada, na intimidade e na autodeterminação do indivíduo desnecessariamente, uma vez que a conduta atingirá apenas o próprio agente. Bem como, porque o Estado tem outras opções regulatórias menos gravosas e mais adequadas para a proteção da saúde do usuário e da população.

#### **4.CONCLUSÃO**

Embora as normas nasçam com a crença de que estão alinhadas com os preceitos constitucionais, é possível discutir se, de fato, a norma é ou não constitucional por meio das ações do controle concentrado ou por meio do controle difuso. Nesse contexto, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, no caso concreto.

Os fundamentos para inconstitucionalidade são a violação do direito à vida privada e à intimidade, e, conseqüentemente, do princípio da lesividade, uma vez que o único bem protegido pela norma em questão é a saúde do próprio usuário, tratando-se, no máximo de autolesão, irrelevante penal. Ainda, violação ao princípio da proporcionalidade, considerando a proibição do excesso, limitando-se além do necessário direitos constitucionais. Por fim, violação ao princípio da subsidiariedade, por adotar-se norma penal, quando existem outras medidas regulatórias mais eficazes disponíveis, como a política de redução de dano.

Espera-se, assim, que o crime de porte de droga para consumo pessoal seja declarado inconstitucional. Trata-se de uma inconstitucionalidade por ação e de caráter material, a ser declarada por meio da via incidental por órgão jurisdicional. No mais, os efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade serão vinculantes e obrigarão a todos, cabendo ao Senado Federal, apenas, dar publicidade à decisão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. cap. 2, p. 116-182.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2004. cap. 9, p. 296-333.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. p. 7679.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006, p. 2.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria n° 1.028, de 1° de julho de 2005. Determina que as ações que visam à redução de danos sociais e à saúde, decorrentes do uso de produtos, substâncias ou drogas que causem dependência, sejam reguladas por esta Portaria. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 jul. 2005. Disponível em: < [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1028\\_01\\_07\\_2005.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1028_01_07_2005.html)>. Acesso em: 9 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n° 3406/RJ e ação direta de inconstitucionalidade n° 3470/RJ. Relator: Ministra Rosa Weber. **Pesquisa de Jurisprudência**, Informativos, 1° dez. 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 9 mai. 2020.

CANÁRIO, Pedro. Princípio da proporcionalidade: leia o voto do ministro Gilmar Mendes no RE sobre posse de drogas para uso pessoal. **Conjur**, Brasília, 20 ago. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-20/leia-voto-ministro-gilmar-mendes-re-posse-drogas>>. Acesso em: 9 mai. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINO, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. cap. 1, p. 17-31.

LOPES, H. P.; GONÇALVES, A. M. A política nacional de redução de danos: do paradigma da abstinência às ações de liberdade. **Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais**, São João del-Rei, v. 13, n. 1, p. 1-15, jan.-abr. 2018.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 10, p. 934-1054.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. cap. 8, p. 989-1136.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Melheiros Editores, 2005. cap. 2, p. 45-55.

## CRIMES DE TRÂNSITO CAUSADOS POR EMBRIAGUEZ, DOLO EVENTUAL OU CULPA

**ELISVALTER BRITO DE FRANÇA**

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem como objeto de estudo os crimes de embriaguez no trânsito, com a aplicação do dolo eventual ou da culpa consciente, tendo em vista que, o tema se apresenta bastante polêmico quando se analisam os diferentes entendimentos dos tribunais sobre qual modalidade (dolo eventual ou culpa consciente) deve ser aplicada em cada caso concreto. O Código de trânsito brasileiro sofreu várias modificações com o intuito de deixar a norma penal mais rígida, haja vista o elevado número de acidentes com condutor embriagado. Nesse sentido, objetiva-se analisar a aplicação do dolo eventual ou culpa consciente em casos de acidentes de trânsito causados por embriaguez ao volante. Diante disso, para promover os objetivos traçados, utilizou-se como recurso metodológico, a revisão bibliográfica, atrelados ao método qualitativo e descritivo, o qual permitiu obter os dados necessários para a elaboração do presente artigo. Chegam-se aos resultados e conclusão que, há dificuldade de distinguir esses dois institutos (dolo eventual ou culpa consciente), em razão disso, o fator determinante para a aplicação do dolo eventual e a culpa consciente no que diz respeito aos acidentes de trânsito ocasionados por embriaguez é certamente a interpretação individualizada de cada caso, considerando as particularidades do condutor.

**Palavras-chave:** Embriaguez ao volante. Código de trânsito brasileiro. Culpa consciente. Dolo eventual.

**ABSTRACT:** This article has as its object of study the crimes of drunkenness in traffic, with the application of eventual intent or conscious guilt, considering that the subject is quite controversial when analyzing the different understandings of the courts on which modality (possible intent or conscious guilt) must be applied in each specific case. The Brazilian traffic code has undergone several changes in order to make the criminal rule more rigid, given the high number of accidents with drunk driver. In this sense, the objective is to analyze the application of eventual intent or conscious guilt in cases of traffic accidents caused by drunk driving. Therefore, to promote the objectives outlined, the bibliographic review was used as a methodological resource, linked to the qualitative and descriptive method, which allowed us to obtain the necessary data for the preparation of this article. The results and conclusion are reached that, it is difficult to distinguish these two institutes (possible intent or conscious guilt), because of this, the determining factor for the application of eventual intent and conscious guilt with regard to traffic accidents caused for drunkenness is

certainly the individualized interpretation of each case, considering the particularities of the driver.

**Keywords:** Drunkenness behind the wheel. Brazilian traffic code. Conscious guilt. Possible deceit.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução 2 Teoria do crime 2.1 Distinção de dolo e culpa sob o prisma da teoria do crime 3 O crime de embriaguez ao volante sob a ótica das mudanças na Lei de Trânsito 4 Posicionamento dos tribunais brasileiro sobre a configuração do dolo eventual e da culpa nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante 5 Conclusão Referências

## 1 INTRODUÇÃO

O tema proposto para o referido artigo é: crimes de trânsito causados por embriaguez, dolo eventual ou culpa, uma vez que, este tema vem causando grandes discussões em relação a sua classificação como dolo eventual, onde o agente não deseja o resultado, mas assume o risco de produzi-lo ou se deve ser julgado a título de culpa, onde, apesar de dar a ele causa o agente não quer e nem assume o risco de produzir o resultado.

A aplicabilidade do dolo eventual ou culpa consciente em acidentes de trânsito resultantes em homicídios por embriaguez ao volante é um tema polêmico no ordenamento jurídico pátrio, pois há doutrinadores e posicionamentos jurisprudenciais que entendem que cabe a modalidade culposa, principalmente pela justificativa de que o condutor não ingere bebida alcoólica com o intuito de praticar o ato de homicídio. Em contrapartida, há outros que discordam, pois no dolo, o condutor assume e aceita o risco sendo, portanto, responsável, enquanto que na culpa ele acredita seguramente em sua não ocorrência.

Diante disso, a questão problema do presente artigo é: os crimes de homicídios no trânsito causados por embriaguez devem ser entendidos como culpa consciente ou dolo eventual?

Nesse sentido, a aplicabilidade do dolo eventual ou culpa consciente em acidentes de trânsito decorrentes de embriaguez ao volante dependerá de cada caso concreto. Pois, o dolo eventual pode ser aplicado em situações em que o agente além de ter ingerido bebida alcoólica, tenha tido outros fatores que influenciaram no resultado, como por exemplo, conduzir o veículo acima da velocidade permitida, aceitando, dessa forma, as

possíveis consequências. Já a culpa consciente existindo dúvidas sobre o elemento subjetivo, a infração penal deve ser classificada para a modalidade culposa.

Assim, este artigo tem como objetivo geral analisar sob a ótica jurídica a aplicação do dolo eventual ou culpa consciente em casos de acidentes de trânsito causados por embriaguez ao volante. No que concernem os objetivos específicos, buscou-se: distinguir dolo eventual de culpa consciente determinando como devem ser aplicados em cada caso concreto; analisar a Lei nº 9.503/1997, a qual sofreu várias modificações; avaliar e demonstrar através de estudos doutrinários e jurisprudenciais a atual posição dos juristas acerca da culpa e do dolo eventual nos homicídios no trânsito causados por condutores embriagados.

O tema abordado no presente artigo é de suma relevância para o mundo acadêmico bem como para a sociedade, pois as mortes no trânsito causadas por embriaguez ao volante crescem de forma demasiada a cada dia e ao mesmo tempo, tribunais e doutrinadores tem posicionamentos divergentes sobre a aplicação de culpa consciente ou do dolo eventual, não havendo até o momento posição judicial unânime sobre a aplicabilidade destes institutos nos crimes de acidentes de trânsito decorrentes de embriaguez ao volante.

Para o desenvolvimento do aludido artigo, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada por meio de análises e comparações de preceitos legais, doutrinárias, jurisprudenciais e artigos divulgados no meio eletrônico, que ponderam sobre o tema. O método de abordagem adotado é o qualitativo e o descrito, ou seja, os dados da pesquisa continuam sendo estudado e não há como exaurir o tema, tendo em vista que novos dados serão pesquisados no futuro sobre o tema em apreço.

Faz parte da estrutura do artigo, a introdução, o desenvolvimento, o qual foi dividido em três capítulos, sendo que, o primeiro trata sobre a distinção de dolo e culpa sob o prisma da teoria do crime, haja vista que, há dificuldade de distinguir esses dois institutos e, é de suma relevância para a compreensão do tema.

No segundo capítulo será abordado sobre o crime de embriaguez ao volante sob a ótica das mudanças na Lei de Trânsito, uma vez que, a Lei nº 9.503/1997, sofreu várias modificações com o intuito de deixar a norma penal mais rígida.

No último capítulo será averiguado a respeito do posicionamento dos tribunais brasileiro sobre a configuração do dolo eventual e da culpa nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante, tendo em vista que, na atualidade há acirradas discussões no que tange a configuração do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante.



Por fim, serão apresentadas as devidas conclusões, com o escopo de ratificar o que fora exposto no presente artigo.

## **2 TEORIA DO CRIME**

De acordo com o Código Penal, ao tratar do crime, não estabelece uma definição concreta, de maneira que a definição do ilícito ficou incumbida pelos operadores do Direito. Segundo a Lei de Introdução ao Código Penal, em seu artigo 1º, fornece de maneira genérica o conceito de crime "Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa" (BRASIL, 1941)

Em razão disso, alguns doutrinadores se empenharam em estabelecer uma definição de crime. Neste sentido, Milhomem (2014, p. 49) define crime como: "(...) conduta descrita na legislação (Código Penal ou legislação autônoma) que viola um bem da vida considerado de grande importância pra a manutenção da paz social."

Em verdade, a teoria do crime é a base do Direito Penal, é um componente do ramo penal que almeja trazer uma conceituação geral do que é o delito. Para Greco (2020), no que concerne a teoria do crime, não se pode esquecer que o crime tem o atributo de ser incapaz de fragmentação, tendo em vista que é um todo singular.

Além do mais, há discussão sobre o dolo e a culpa frente à teoria do crime. Durante muito tempo vem se questionando a cabida posição desses institutos introduzidos na compreensão de crime. Para se chegar a uma resposta satisfatória, se faz necessário uma prévia análise sobre esses institutos com ênfase nos crimes de trânsito, tendo em vista ser o alvo do presente artigo.

### **2.1 Distinção de dolo e culpa sob o prisma da teoria do crime**

Antes, de adentrar na distinção de dolo e culpa com ênfase nos crimes de trânsito, se faz necessário diferenciar mesmo que de maneira sucinta, dolo e culpa, tendo em vista que pairam dúvidas sobre a distinção desses institutos no Direito Penal.

O determinante elemento para distinguir esses dois institutos é a vontade de quem comete um ato ilícito. Por vontade, deve-se abranger tanto a intenção quanto o objetivo de se alcançar determinado resultado.

O artigo 18, do Código Penal, traz a diferenciação desses dois institutos no crime, denominando de crime doloso (inciso I) "quando o agente quis o resultado ou assumiu o

risco de produzi-lo” e crime culposo (inciso II) “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

Na concepção de Greco (2020), o dolo é toda vontade humana causadora de um resultado, já a culpa é a ausência de uma vontade que causou o resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Aliás, a vontade é um item que sem ela não se pode configurar como dolo. Basta que o agente queira, tenha a vontade de desempenhar aquela conduta e saiba o que faz e que aquilo é lesivo, para a configuração do dolo.

Em linhas gerais, dolo é a manifestação de uma vontade, abrangendo intenção e objetivo. De modo geral, um crime doloso visa a ser mais grave do que um crime culposo. Exemplificando, é um homicídio que alguém quis matar outrem e assim o fez. Já no homicídio culposo, o agente acabou matando alguém em detrimento de uma ação que não tinha a finalidade daquele resultado.

A distinção entre dolo e culpa torna-se ainda mais compreensível quando se entende o que é culpa, pois um crime culposo não ocorre meramente porque alguém não tinha a intenção de que ele ocorresse. A culpa aparece de três tipos diferentes de conduta: a negligência, a imprudência e a imperícia.

A negligência é a ausência de cuidado ou desatenção no que se refere ao ato realizado. Já na negligência o agente deixa de desempenhar certa ação que a prudência estabelece, na imprudência ele efetua uma conduta na qual a cautela indica que não deve ser realizada (JESUS, 2015). Quanto à imperícia, é quando ocorre uma inaptidão breve ou não do agente, para a atuação de sua profissão ou ofício. A imperícia está atrelada ao exercício de sua função (GRECO, 2020).

Exemplificando a diferença entre dolo e culpa é imaginar que o agente X dá um tiro no agente Y, ele agiu dolosamente, pois ele assumiu o risco e quis o resultado de matá-lo. Agora em outro exemplo, o agente X, deixa seu revólver cair da sua mochila sem querer, e ao bater no chão ele dispara e mata o agente Y, ele não desejou e nem assumiu o risco de matar o agente Y, mas agiu com imprudência, porque ninguém deveria andar com uma arma destravada em uma mochila ou item semelhante.

Compreendido a distinção de dolo e culpa mesmo que de forma genérica e sucinta, o presente artigo se dedica a compreender as diferenças na aplicação do dolo eventual e da culpa consciente, almejando conseguir como resultado a possibilidade de uma melhor aplicabilidade dos referidos institutos, sobretudo, na esfera dos crimes de trânsito.

Segundo o Código Penal, existe dolo não apenas quando o agente quer o resultado (conduz sua conduta designadamente para um certo resultado – dolo direto), mas também quando ele manifesta o risco de determinar um resultado previsto (dolo eventual). Em

linhas gerais, há dolo (dolo eventual) quando o agente “assume o risco” de ocasionar o resultado delituoso.

A expressão “assumir o risco” estabelecido pela lei, faz com o que o dolo eventual se aproxime da definição de culpa consciente, o que faz motivar, conseqüentemente, diversos problemas práticos na aplicação de tais institutos.

Pois, o dolo eventual é a vontade do agente que não está sendo conduzida para a aquisição do resultado, mas sim para algo diferente; sendo que mesmo prevendo que “o evento possa ocorrer, o agente assume o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não detém o agente e ele pratica a conduta, consentindo no resultado” (BARROSO, 2016, p. 03).

Exemplificando, o dolo eventual, seria dirigir a 200km/h na Avenida Teotônio Segurado, cidade de Palmas/TO. O motorista não está com pretensão de matar alguém, mas é fato que dirigir a 200km/h na Avenida Teotônio Segurado, provavelmente ocasionará a morte de alguém. Se o motorista mata alguém, então poderá ser enquadrado no homicídio com dolo eventual, uma vez que, ele assumiu o risco de causar a morte de alguém.

Já o dolo eventual (ou indireto) encontra-se previsto no artigo 18, inciso I (parte final) do Código Penal. No entendimento de Ganem (2017) esse instituto trata-se da vontade do agente conduzida a um resultado determinado, contudo abrangendo a possibilidade de incidente de um segundo resultado, não aspirado, mas admitido, ligado ao primeiro.

No que concerne a culpa consciente, esta encontra-se prevista no artigo 18, inciso II do Código Penal. De acordo com Ganem (2017), a culpa consciente é também denominada por culpa com previsão, isto é, incidindo quando o agente prevê que sua conduta pode levar a um determinado resultado prejudicial, mesmo que, ele creia, que tal acontecimento não se realizará, acreditando na sua vontade para evitar o resultado.

Observa-se que esses institutos são diferentes, pois enquanto no dolo eventual o agente não se importa com a efetivação do resultado, sendo um indiferente, na culpa consciente o agente espera que o resultado não ocorra.

Contudo, quando se trata dos casos de homicídios no trânsito, é muito problemática a distinção desses institutos, pois há entendimentos se o condutor está embriagado lhe é atribuído o crime de homicídio doloso, mesmo que nos autos não tenha um elemento concreto pelo menos de que o agente de fato tenha agido com dolo eventual.

Em contrapartida, o próprio Código de Trânsito Brasileiro, com a alteração dada pela Lei nº 11.705/2008 (Lei Seca) passou a admitir a existência de crime culposo em condição de embriaguez do condutor. Segundo o artigo 291, § 1º, inciso I, do CTB proíbe a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.009/95 quando a lesão culposa for cometida em condição de embriaguez do condutor. Em síntese, o legislador refere-se à lesão culposa em condições de embriaguez.

Na concepção de Ganem (2017, p.09) na situação de embriaguez do condutor se fala apenas em culpa consciente. Pois, “ao conduzir o veículo sob efeito de álcool, o condutor acredita e espera, sinceramente, que o resultado não se realize, conseguindo, assim, chegar ao seu destino sem que nada aconteça, agindo, conseqüentemente, com culpa consciente”.

Para Carvalho (2018) para a aplicabilidade do dolo eventual nos crimes de trânsito, é necessário um número maior de informações comprobatórias, não se prendendo somente ao fato do motorista estar embriagado, trazendo mais possibilidade de elementos e argumentações nessas situações.

Dessa forma, verifica-se que, a diferenciação dos institutos do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de trânsito é bastante complexa, tendo em vista que a decisão sobre atribuir ou não ao crime doloso esta sujeita a aspectos psicológicos do agente. O dolo eventual e a culpa consciente se distinguem pelo aspecto psicológico, que provoca bastante discussão, uma vez que, é muito difícil determinar se o agente teve culpa consciente ou dolo eventual neste caso.

### **3 O CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE SOB A ÓTICA DAS MUDANÇAS NA LEI DE TRÂNSITO**

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Lei nº 9.503/97, estabelece que, cometer homicídio culposo em direção de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada por consumo de bebidas alcoólicas implica em suspensão ou proibição de se obter permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, além de pena de reclusão.

Uma década depois, ocorreram alterações significativas no Código de Trânsito Brasileiro, na esfera administrativa e penal sobre a conduta de dirigir sob influência de álcool, tratando-a com maior severidade. Com o advento da Lei nº 11.705/08, conhecida popularmente como “Lei Seca”, além da Lei nº 12.760/2012, estas sanaram algumas dúvidas e lacunas legais que dificultavam uma punição efetiva do crime de embriaguez ao volante.

Desta feita, a Lei Seca surgiu com a finalidade de dedicar um tratamento mais rigoroso aos motoristas que dirigissem embriagados. Além do mais, a referida lei foi criada

com o objetivo de diminuir os inúmeros acidentes de trânsito causados sob a influência de álcool em nosso país.

Ressalta que a mudança introduzida pela Lei Seca está instituída na criminalização da embriaguez ao volante, estabelecida por meio do artigo 306 do CTB. Anterior a sua vigência a redação desse dispositivo presumia ser necessário o perigo concreto para caracterizar o crime. E, o fato de dirigir embriagado era considerado como contravenção penal.

Nesse sentido, Gonçalves relata:

Antes do advento da Lei nº. 11.705/2008, o tipo penal do crime de embriaguez ao volante expressamente exigia que o agente dirigisse o veículo de forma a expor a dano potencial a incolumidade de outrem. Assim, se o sujeito estivesse dirigindo corretamente ao ser parado por policiais, não incorreria em crime. A tipificação pressupunha uma direção anormal em razão da influência de álcool: em zigue-zague ou na contramão, dando “cavalo de pau”, empinando motocicleta etc [...]. (GONÇALVES, 2012, p. 204).

Contudo, essa alteração não foi satisfatória e por tal razão, o *caput* do artigo 306 sofreu novas mudanças por intermédio da Lei nº 12.760/12, passando a estabelecer que:

Art. 306 Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Com a mudança ocasionada pela Lei nº 12.760/12, o crime passou a incidir pela condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em detrimento da influência de álcool ou de outra substância psicoativa, pouco importando a quantidade de substância no organismo.

A mudança do CTB, pela Lei nº 12.760/12, teve como finalidade principal rebater o posicionamento dos Tribunais Brasileiro, que vinham se manifestando no sentido da obrigatoriedade de determinação da quantidade de álcool no organismo do motorista, uma vez que, a redação anterior do artigo 306 estabelecia a quantidade mínima de seis

decigramas de álcool por litro de sangue. Com a nova redação, passou a ser possível punir criminalmente os condutores que são flagrados com visível influência de álcool, mas rejeitam a submeter aos testes de alcoolemia, sendo possível, de acordo com o seu § 2º, a configuração do crime inclusive através de vídeo e prova testemunhal da condição do motorista acusado.

Não obstante as alterações sofridas no Código de Trânsito Brasileiro no que se refere ao crime de embriaguez ao volante, recentemente o CTB passou por alterações por meio da Lei nº 13.546/17, a qual foi criada com a finalidade de tornar o Código de Trânsito Brasileiro mais rigoroso.

Com o intuito de diminuir o número de acidentes, a Lei nº 13.546/17 majorou a punição para condutores alcoolizados que se envolvessem em acidentes de trânsito e causasse conseqüentemente à morte. A pena prevista, que antes era de 2 a 4 anos de detenção, passou a ser de 5 a 8 anos de reclusão, consoante artigo 302, §3º.

Nesse sentido, o artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro com as seguintes alterações:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

V - (Revogado pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 2º (Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016)



§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017) (Vigência)

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 13.546, de 2017) (Vigência) (BRASIL, 1997)

Verifica-se no dispositivo acima citado, a inclusão do parágrafo 3º e da questão referente à penalização aplicada àquele que, estando sob o efeito de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que gere dependência, conduzindo veículo automotor, acarretando em resultado disso, homicídio culposo de trânsito, aplica-se pena que, inicialmente, varia entre 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

Com efeito, no artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro implementou uma punição ao sujeito que, encontrando-se com a capacidade psicomotora alterada em detrimento da influência de álcool ou outra substância psicoativa que cause dependência, venha a realizar tal delito:

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1o do art. 302.

**§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima.** (Vigência) (BRASIL, 1997) (Grifo do autor)

Em linhas gerais, aplica-se uma pena rigorosa para obstar a prática de tal conduta, sobretudo se averiguar que o *caput* indica penas que variam entre 6 (seis) meses e 2 (dois) anos.

Destarte, observa-se que houve mudanças na legislação de trânsito, principalmente, no que diz respeito ao crime de embriaguez ao volante no trânsito. Descritas e analisadas os dispositivos alterados, se faz necessário analisar o posicionamento jurisprudencial brasileiro acerca da aplicabilidade de dolo eventual ou culpa sobre crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez.

#### **4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIRO SOBRE A CONFIGURAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA NOS CRIMES DE HOMICÍDIO NO TRÂNSITO CAUSADOS POR EMBRIAGUEZ AO VOLANTE**

Recentemente, vem se discutindo no ordenamento jurídico pátrio sobre o posicionamento dos Tribunais Brasileiro, no que concernem os crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez, isto é, sua configuração é dolo eventual ou culpa? A discussão gira em torno dos crimes de homicídios praticados na direção de veículo automotor por motoristas sob o efeito de bebida alcoólica.

Tem-se na atualidade acirradas discussões no que tange a configuração do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de homicídio no trânsito causados por embriaguez ao volante.

Nesse sentido, a 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que no acidente de trânsito causado por embriaguez do condutor ficou configurado culpa consciente, conforme se verifica na ementa do julgamento abaixo:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. HOMICÍDIO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIME DIVERSO DO DOLOSO CONTRA A VIDA. DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS. CULPA CONSCIENTE. RECURSO PROVIDO.

I - Cotejando-se o art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal com o art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, afere-se que a competência do Tribunal do Júri é restrita e taxativa, ou seja, limita-se ao processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida descritos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados, e nos crimes a eles conexos.

II - Para a caracterização do dolo eventual, exige-se que o acusado, antevendo o resultado como possível, o aceite e não se importe com sua ocorrência.

III - Uma vez evidenciada a inexistência de dolo, seja na modalidade direta ou eventual, e que a conduta do réu, no máximo e em tese, se caracteriza pela inobservância do dever de cuidado que lhe era exigido, impõe-se a desclassificação do delito, o que, à toda evidência, não se consubstancia indevida subtração de competência do Conselho de Sentença, ante a expressa determinação inserta no art. 419 do Código de Processo Penal, sendo certo que o autor do fato deve ser responsabilizado na estrita medida de sua culpabilidade.

IV - Recurso provido. (TJ-DF 20150810042098 DF 0004167-45.2015.8.07.0008, Relator: Nilsoni de Freitas Custodio, Data de Julgamento: 29/06/2017, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/07/2017 . Pág.: 133/145)

Denota-se da referida decisão que os elementos em tese, configuram a culpa, ou seja, conduta humana assinalada pela inobservância de um dever de cuidado, o que evidenciou a inexistência de dolo eventual no referido caso e, que conseqüentemente possibilita a desclassificação do delito. Contudo, cumpre ressaltar que o condutor não foi absolvido e, sim será julgado pelo homicídio de trânsito por embriaguez ao volante na configuração de culpa consciente.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que, em caso de homicídio no trânsito por embriaguez ao volante, pode ser caracterizado como dolo eventual em situações em que o réu além de ter ingerido bebida alcoólica, tenha tido outros fatores que influenciaram no resultado, como por exemplo, conduzir o veículo acima da velocidade permitida, aceitando, dessa forma, as possíveis conseqüências:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DOLOSO (ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). CRIME COMETIDO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. EXAME DO ELEMENTO VOLITIVO. INVIABILIDADE. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. A G. REG. Habeas Corpus 160.500 São Paulo. Relator:

Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Sessão Virtual de 21.9.2018 a 27.9.2018.)

Conforme posicionamento do STF, para a configuração do dolo eventual não se faz necessário somente a embriaguez do motorista, pois de acordo com o entendimento da Colenda Corte o mesmo não ingeriu bebidas alcoólicas com o intuito de cometer o crime de homicídio, mas sim por outros fatores que induziram no resultado, como no caso acima, a velocidade excessiva do condutor.

De modo igual, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também entende que para a configuração do dolo eventual não se justifica apenas pela embriaguez ao volante, ou seja, não é o único elemento capaz a caracterizar o dolo eventual, sendo imprescindível levar em conta outros fatores, como a velocidade excessiva e fuga do condutor:

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DELITO COMETIDO MEDIANTE EXCESSO DE VELOCIDADE E EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ E AINDA FUGA DO CONDUTOR DO LOCAL DO ACIDENTE. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE DOLO EVENTUAL. INEXISTÊNCIA DE CERTEZA JURÍDICA DE CULPA. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRONÚNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Admitindo a Corte local que o réu conduzia o automóvel, embriagado, acima da velocidade permitida para a via e ainda fugiu do local do acidente, tem-se, portanto, a presença de indícios de dolo eventual do homicídio, com justa causa para a pronúncia, não sendo juridicamente admissível a certeza jurídica de culpa consciente, para fins de desclassificação, nos termos do art. 419 do Código de Processo Penal.

2. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1848841 MG 2019/0340931-8, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2020)

Na decisão acima da Sexta Turma do STJ, foi concluído que o condutor não ingeriu bebidas alcoólicas com a finalidade de cometer o crime de homicídio, mas que outros fatores contribuíram para o acontecimento como é o caso da velocidade excessiva do condutor e a fuga do local do acidente. Ressalva que, mesmo quando estão embriagados, na maioria das vezes, o condutor acha que tem capacidade de conduzir o seu veículo sem provocar acidentes.

Analisando as decisões dos Tribunais, há uma tendência majoritária em configurar o dolo eventual em caso de embriaguez correlacionados com outros fatores que são determinantes para configuração do dolo como, por exemplo, a velocidade excessiva do condutor.

Pelo exposto, nota-se a dificuldade de se aplicar os institutos de dolo eventual e culpa consciente no caso concreto. Dessa forma, é necessário averiguar de maneira individualizada, caso a caso, para conseguir demonstrar se este de fato, agiu de dolo eventual ou de culpa consciente, para assim identificar qual dos institutos supracitados aplicar no caso de homicídio, num eventual acidente de trânsito.

## 5 CONCLUSÃO

Verificou-se no presente artigo que há debates doutrinários e jurisprudenciais no ordenamento jurídico pátrio acerca da aplicabilidade dos institutos dolo eventual e culpa consciente nos crimes de trânsito com mortes provocadas por embriaguez no volante.

Diante disso, foi oportuno analisar a evolução da Lei nº 9.503/1997, a qual sofreu várias modificações com o intuito de deixar a norma penal mais rígida, majorando a punição para condutores alcoolizados que se envolvessem em acidentes de trânsito e causasse conseqüentemente à morte.

Além do mais, constatou-se que a principal característica para configurar a culpa consciente é o agente ter agido com negligência, imprudência ou imperícia, mas não ter assumido o risco de produzir o dano. Já para configurar o dolo eventual há outros fatores além da embriaguez ao volante como, por exemplo, o excesso de velocidade que são elementares para a configuração do dolo eventual.

Pelo exposto, conclui-se que, há dificuldade de distinguir esses dois institutos (dolo eventual ou culpa consciente). Em razão disso, deve-se analisar cada caso concreto, para aplicabilidade de um ou outro instituto. Caso o condutor venha a ser processado pelo crime doloso, existindo dúvidas sobre o elemento subjetivo, a infração penal deve ser desclassificada para sua modalidade culposa. Já o dolo eventual deve ser aplicado em casos específicos onde o condutor além de ter ingerido bebidas alcoólicas, tiveram outros fatores: como a velocidade excessiva e fuga do condutor.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Sérgio Luiz. **Você sabe qual é a diferença entre dolo eventual e culpa consciente?** 2016. Disponível

em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/454503127/voce-sabe-qual-e-a-diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

BRASIL, **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

\_\_\_\_\_, **Lei de introdução ao Código Penal e da lei das contravenções Penais decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)>. Acesso em: 19 de abr de 2022.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 9.503, de 23 de novembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/lei/l12971.htm%2Lei+n+12.971+2014](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/lei/l12971.htm%2Lei+n+12.971+2014)>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. 'Lei Seca', [S. I.], 12 nov. 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm)>. Acesso em: 06 de mai. 2022.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. [S. I.], 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm)>. Acesso em: 06 de mai. 2022.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2017/lei/L13546.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/L13546.htm)>. Acesso em: 20 de abr. 2022.

\_\_\_\_\_, Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1848841 MG 2019/0340931-8**, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1206243046/recurso-especial-resp-1848841-mg-2019-0340931-8/inteiro-teor-1206243049>>. Acesso em: 10 de mai de 2022.



\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal - **AG.REG. Habeas Corpus 160.500 São Paulo**, Relator: Ministro Alexandre de Moraes; Primeira Turma, Sessão Virtual de 21.9.2018 a 27.9.2018. Disponível: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748375824>>. Acesso em: 10 de mai de 2022.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Justiça do Distrito Federal **20150810042098 DF 0004167-45.2015.8.07.0008**, Relator: Nilsoni de Freitas Custodio, Data de Julgamento: 29/06/2017, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/07/2017. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900048425/20150810042098-df-0004167-4520158070008>>. Acesso em: 09 de mai de 2022.

CARVALHO, Aline de Alencar Porto. **Embriaguez ao volante: alterações trazidas pela Lei 13.546/17**. 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10539/Embriaguez-ao-volante-alteracoes-trazidas-pela-Lei-13546-17>>. Acesso em: 21 de abr. 2022.

GANEM, Pedro Magalhães. **Dolo eventual, culpa consciente e crimes de trânsito**. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/574661971/dolo-eventual-culpa-consciente-e-crimes-de-transito>>. Acesso em: 21 de abr. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 22. Ed. Niterói, RJ. Impetus, 2020.

JESUS, Damásio. **Direito penal – parte geral**, ed 36, Saraiva. 2015.

MILHOMEM, Flávio. **Direito Penal Objetivo: Teorias e questões**. Ed.única. Brasília: Alumnus, 2014.

## SEGURIDADE SOCIAL - REGULAMENTAÇÃO ATUAL

**SILVIO LUIZ GIACHETTO:**

Graduando em Ciências Sociais e Jurídicas na Universidade Brasil (2022).

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador)

**RESUMO:** O direito assistencialista é um das ramificação do direito social que tem como escopo assegurar que as normas constituídas associadas as atividades do Estado Maior assegure condições mínimas de sobrevivência ao povo brasileiro, oferecendo condições dignas e humana as pessoas, para suprir suas necessidades mais urgentes, com a busca do próprio bem-estar social. Para a realização prática deste conceito é preciso que haja atenção nas questões sociais, jurídicas e políticas do Brasil. Negar qualquer tipo de assistência é deslegitimar o direito do cidadão tornando o inválido. A assistência social é uma prática válida presente no campo de intervenção, sendo assim é necessário compreender o conteúdo e a estrutura da assistência social no Brasil, identificando os benefícios que são oferecidos e as necessidades que atende, bem como, a forma que o Estado administra tais elementos, como por exemplo, quais são os órgãos responsáveis, quais as fontes de financiamento, sua infraestrutura, regulamentos, pessoas e Órgãos responsáveis. Portanto, o objetivo do trabalho foi relatar as principais definições da seguridade social, o princípio da dignidade humana vinculado a função do LOAS e suas atualizações normativas, assim como, discorreu também sobre os novos requisitos e atualizações.

**Palavras-chave:** Assistencialismo. Assistência social. LOAS. Serviços Sociais.

**ABSTRACT:** Welfare law is one of the ramifications of social law whose scope is to ensure that the established norms associated with the activities of the General Staff ensure minimum conditions of survival for the Brazilian people, offering dignified and humane conditions to people, to meet their most urgent needs, with the pursuit of their own social well-being. For the practical realization of this concept, attention must be paid to social, legal and political issues in Brazil. Denying any kind of assistance is to delegitimize the citizen's right, making him invalid. Social assistance is a valid practice present in the field of intervention, so it is necessary to understand the content and structure of social assistance in Brazil, identifying the benefits that are offered and the needs that it meets, as well as the way the State administers it. such elements, such as, for example, which bodies are responsible, which sources of funding, their infrastructure, regulations, persons and bodies responsible. Therefore, the objective of the work was to report the main definitions of social

security, the principle of human dignity linked to the function of the LOAS and its normative updates, as well as the new requirements and updates.

**Keywords:** Welfare. Social Assistance. LOAS. Social Services.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. CONCEITUANDO SEGURIDADE SOCIAL. 1.1 A Legalidade da Segurança Social. 2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. 3. LOAS E SUAS ATUALIZAÇÕES. 3.1 Novos Requisitos. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Para discorrer propriamente sobre a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) - Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993 é preciso compreender os elementos gerais da seguridade social no Brasil, bem como entender a importância do princípio da dignidade humana, o qual rege a base fundamental para a criação da citada lei. Então seguridade social trazem seu bojo diversas variantes de acordo com os países e as suas ideologias sociais e políticas, sendo assim, sua definição é extremamente variável, entretanto o escopo reside na proteção dos cidadãos, ou seja, vincula-se as medidas protetivas oferecidas aqueles que mais necessitam através do Assistencialismo cuja base reside na função do Estado (FERNANDES, 2018).

Em uma visão mais ampla sobre a seguridade social, tem-se um Estado protetivo, com uma função patriarcal, auxiliando indivíduos em estado de carência, assegurando a todos primas de bem-estar material, a todos seus cidadão cidadãos, a premissa deste conceito foca no fato que a seguridade social nada mais é do que um instrumento da justiça, cujo escopo é promover igualdade social e econômica, além da teoria (FERNANDES, 2018).

Considerando as questões econômicas e as políticas públicas do nosso país, vemos uma governo com uma política desgovernada incapaz de oferecer a população recursos financeiros forçando a maioria dos brasileiros a viver do Benefício Provisório Continuado (BPC). Historicamente antes da criação da Constituição Federal Brasileira de 1988 a situação era muito pior, com a implantação do benefício da prestação continuada que assegura uma renda normatizada pelo artigo 203 da Constituição federal e regulamentada pelos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.742/1993, A Lei Orgânica Da Assistência Social (LOAS).

### 1. CONCEITUANDO SEGURIDADE SOCIAL

Para entender o conceito de seguridade social, é de relevante importância entender que estas podem variar de país para país, pois seu conteúdo baseia em ideologias

diferentes, como exemplo, isso definição de previdências sociais em países socialista mostram à aplicação completa da proteção igualitária a todos os cidadãos do país do seu nascimento até o túmulo. Em contrapartida, em países com menos regulamentação, o conceito da assistência social reside se nas medidas de proteção que são concedidas a todos os cidadão mais necessitados através de um esquema desenvolvido por processos democráticos, baseados nos recursos económicos do país (AUGUSTO, 2017)

Os regulamentos da assistência social estão associados as medidas de proteção que são concedidos aos cidadãos carentes, através de um esquema desenvolvido em processos democráticos baseado nos recursos financeiros do país (AUGUSTO, 2017).

Pode-se afirmar que a seguridade social tem como intuito a proteção oferecida a todos os membros da sociedade que se encontram em contratemplos, nos quais não possuem controle da situação. Na busca por uma definição filosófica verifica-se que a seguridade social é de total responsabilidade do estado maior, o qual deve assegurar de forma eficaz um padrão mínimo de bem-estar material aos seus membros, assegurando assim as principais eventualidades da vida, Isso trata se de um instrumento o legal da justiça social e econômica. Atualmente, a crise econômica global obrigou a uma reavaliação da viabilidade e do conceito dá seguridade social. Como uma política social de responsabilidade do Estado, Deve se haver mudanças significativas tanto no conceito quanto na aplicabilidade da seguridade social, para que a mesma se torne mais eficaz ao cidadão que se encontram em meio a um desastre econômico causado pela pandemia do covid-19, que transformou o que era ruim em uma situação bem pior, uma situação calamitosa que atingiu todos os setores da sociedade Brasileira e mundial (AUGUSTO, 2017).

A Seguridade social possui 3 categorias fundamentadas sendo elas: Compensação; Restauração e Prevenção (CÔRREA, 2019). Quanto ao esquema oferecido pelo governo brasileiro, a classificação é dividida entre a assistência social e o seguro social (FERNANDES, 2018).

Constantemente verificam-se discussões quanto à necessidade da seguridade social do Brasil, estudiosos da área justificam essa necessidade com base aos altos índices de desempregos periódicos, flutuações cíclicas nos negócios, elevados índices de doença e acidentes, bem como um momento expressivo do número de idosos (AUGUSTO, 2017).

A doença é um fator limitante para o indivíduo, fazendo o suspender suas atividades laborais ou as encerrando definitivamente, o cidadão passa a não ter nenhum tipo de ganho, situação vivenciada também por sujeitos que se acidentaram, os quais podem terem incapacidade parcial ou permanente. nos casos de velhice, os indivíduos não conseguem mais sustentar-se, encontrando-se em situação de vulnerabilidade, em todos

esses casos os sujeitos devem ser protegidos de forma eficiente pelo governo por meio da seguridade social (DELGADO et al., 2017).

Nos casos mencionados os trabalhadores não possuem fontes alternativas de sustento ou propriedades que acumuladas poderiam sucumbir esse período de adversidade, portanto é de fundamental importância destacar o assistencialismo social como uma ferramenta de socorro para aqueles que necessitam. Diante de todas as situações citadas identifica-se a importância do Estado em auxiliar o cidadão com necessidade em períodos de adversidade. Entretanto, estudiosos afirmam que a seguridade social não pode ser vinculada apenas nos casos de proteção ao cidadão, mas também como um forte contribuinte para o desenvolvimento da sociedade Brasileira (MARTINS, 2018).

Quando a seguridade social se faz ausente há o impedimento da produção e formação de uma força de trabalho estável e eficiente que impedem o Brasil de crescer. Portanto a previdência social deve ser vista como um investimento inteligente de longo prazo e não um fardo para o governo (GOES, 2018).

### **1.1 A Legalidade da Segurança Social**

Neste item a intenção é apresentar uma série de definições sobre o conceito de segurança social. Esta apresentação é feita com o objetivo de convocar a atenção ao sentido político que têm em comum: intervenção estatal sobre a economia. Quando o Estado Moderno se apresenta como um grande gestor de bem-estar, de direitos humanos, conceitos como dignidade humana, direitos humanos e outros conceitos ligados ao humano, remete ao acesso incondicional de certos bens e serviços (KERTZMAN, 2016).

No entanto, é preciso focar em 2 elementos claros, que fortalece o sentido de um contrato estabelecido entre o cidadão e o Estado, no qual o sujeito abdica da sua

Capacidade de governança própria e, mais ainda, dá a possibilidade de gerir os recursos do seu trabalho, em troca da institucionalidade do Estado que Isso torna se o responsável da gestão de recursos por ele, assegurando uma provisão do mínimo vital. este conceito encontra se vinculado ao artigo 194, caput da CF/88 (BRASIL, 1998). Verifica se assim, que por uma definição constitucional, a seguridade social deve assegurar ao cidadão o seu direito a saúde, a assistência social e a previdência social, cada item desse disciplinado de forma constitucional e infraconstitucional específica (CÔRREA, 2019).

É claramente constituído como um processo de substituição da eleição individual, por uma escolha coletivista, trata-se de um esquema no qual o cidadão é reduzido a

condição kantiana em que o Estado, dada a dificuldade do indivíduo, assegura condições mínimas e serviços adequados, tal premissa é a base do princípio da dignidade humana. Em nosso país a previdência social integral é uma instituição legal cujo objetivo é regulamentar especificamente a proteção dos chamados direitos fundamentais que incluem: a vida, saúde e integridade de todos os cidadãos (VAZ e SAVARIS, 2016).

É determinado como segurança social por ter base em um plano normativo que se destina dar segurança a toda a população, desde a prestação dos serviços de elementares que não possui distinções baseadas em raça, idade, sexo ou status socioeconômico; e é integral porque abrange um grupo de proteções especiais tanto ao trabalhador quanto a sua família e também aqueles que estão em situação de vulnerabilidade, podendo todos se beneficiar da previdência social como um serviço público obrigatório que deve ser cumprido pelo estado (SILVA et al., 2019). Portanto em concordância com a CF, em seu artigo 203 caput, que estabelece que a assistência social será prestada a todos que dela vierem a necessitar, em consonância como a lei, os objetivos da assistência social estão elencados no artigo 203 e na Lei n. 13.014, de 2014.

Os elementos que compõem a legislação dividem-se entre a proteção social por meio da vigilância em resguardar dos direitos. O intuito é sempre proteger os cidadãos mais frágeis que compõem as relações sociais entre eles pode-se elencar as crianças e adolescentes carentes, idosos, pessoas com deficiência, mães e famílias assegurando o amparo assistencial através da prestação continuada (CORDEIRO, 2012).

É preciso salientar que o sistema da seguridade social tem como base 2 propósitos fundamentais sendo eles: legitimidade e financiamento. A legitimidade, é relacionada a prestação desserviço social numa escala ampliada para a população colocando o estado no papel de fiador da proteção aos indivíduos. essas proteções são compostas por regimes especiais está escuro pensões, saúde e serviços complementares em riscos laborativos, sua finalidade é cobrir certas contingências consideradas como protegível, por meio de organizações estatais ou privadas (AUGUSTO, 2017).

Outros significados modernos determinam a previdência social como bloco constitucional e normativo; ao mesmo tempo que é um direito fundamental também é um instrumento de justiça social, com base em princípios fundamentais de universalidade, solidariedade, igualdade, suficiência, participação e transparência. Nessa nova concepção Moderna a previdência social é considerada um elemento essencial há um sistema de proteção social integral a pessoa humana que assegura renda indispensável para que as pessoas vivam com dignidade e decoro; esta condição é, ao mesmo um dos pilares fundamentais que garantem o cumprimento dos direitos humanos fundamentais (CARTAXO, 2009).



Em suma, é um exercício em que o homem tenta se proteger contra a incerteza e onde a cooperação social é transformada em uma alternativa para essa proteção, no entanto, este conceito tem sido cooptado pelo Estado. É um conceito de difícil tratamento, pois atinge as áreas de Economia e Ciência Política de uma forma especial. É assumido como um conceito totalmente econômico em sua essência, na medida em que se refere à gestão de recursos de natureza escassa e que requerem ser administrados sob os princípios de eficiência, eficácia e rapidez. Ao mesmo tempo, é um conceito que assume um papel político eminente, assumindo como característica substantiva ao exercício de suas funções de Estado (COBO, 2015).

Infelizmente apenas 20% da população mundial possui uma cobertura de segurança adequada, enquanto mais da metade não possui nenhum tipo de cobertura assistencial, aqueles que não são cobertos tendem a fazer parte do economia informal, não conseguindo manter suas despesas. Além disso, muitas pessoas têm cobertura insuficiente, ou seja, podem faltar fatores significativos de proteção (como cuidados de saúde ou pensões) ou que a proteção que recebem é pequena ou apresenta um tendência de queda. A experiência mostra que as pessoas estão dispostas a realizar a contribuição como a previdência social, desde que atenda às suas necessidades (CORRÊA, 2021).

Até pouco tempo atrás, presumia-se que a proporção crescente da força de trabalho em países em desenvolvimento, resultaria em empregos que seriam capazes arcar com a previdência social, entanto, a experiência tem mostrado que o crescimento do setor informal resultou em taxas de cobertura estagnadas ou em processo de redução. Mesmo em países com alta crescimento econômico, porém as estatísticas sociais mostram que os trabalhadores, isso principalmente as mulheres têm menos empregos seguros, como trabalho temporário, trabalho em domicílio e alguns tipos de trabalho autônomo próprios que carecem de uma cobertura social efetiva ou acentuando e elevando o número de segurados que depende da previdência social (CORREIA e CORREIA, 2009).

Os grupos mais vulneráveis que não compõe a força de trabalho são compostos, por pessoas idosas ou portadores de deficiência que na maioria dos casos não conseguem ser assistidos por suas famílias, que em sua maioria são carentes e compõe população vulnerável (DELGADO et al., 2017).

A previdência social é o meio protetivo que a sociedade fornece aos indivíduos, para garantir assistência médica, segurança da renda, principalmente nos casos de velhice, desemprego, doença, deficiência, acidentes do trabalho, maternidade ou morte (CORREIA e CORREIA, 2009).

A previdência é um conceito de difícil tratamento, pois atinge as áreas de Economia e Ciência Política de uma forma especial. É assumido como um conceito totalmente econômico em sua essência, na medida em que se refere à gestão de recursos de natureza escassa e que requerem ser administrados sob os princípios de eficiência, eficácia e rapidez. Ao mesmo tempo, é um conceito que assume um papel político que assume característica substantivada no exercício político do Estado Moderno (CORDEIRO, 2012).

A previdência social é claramente por convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e os instrumentos do ONU como um direito fundamental, mas na realidade de uma pequena proporção das pessoas em nosso planeta aproveite. Definido em termos gerais como um sistema baseado em citações que garantem a proteção do saúde, pensões e desemprego, bem como benefícios sociais financiados por meio de impostos, a segurança social tornou-se um desafio universal em um mundo globalizado (FERNANDES, 2018).

## **2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Embora na antiguidade existam alguns precedentes que serviram na construção do conceito moderno de dignidade, é preciso destacar que seu significado atual se inicia com a transição para a modernidade, ou seja, o conceito de dignidade humana como fundamento dos direitos do homem, onde cada um de nós é possuidor de uma dignidade, ou seja, somos dignos. Nesse contexto, alguns autores a chamaram de dignidade do homem; outros chamam de dignidade humana; por outro lado, alguns mais afirmam que se deve chamar a dignidade da pessoa humana; é também muitas vezes chamada de dignidade do ser humano. No entanto, a denominação, por si só, não é a mais importante, mas o que é verdadeiramente relevante é o seu conteúdo semântico e a forma como a dignidade deve ser protegida um carácter instrumental (PIOVESAN, 2018).

Partindo do significado etimológico, o termo dignidade, do latim *dignitas*, cuja raiz é *dignus*, que significa "excelência", "grandeza", onde se deve acrescentar que a dignidade que cada indivíduo possui é um valor intrínseco, pois não depende de fatores externos (VAZ e SAVARIS, 2016).

Assim, a palavra dignidade não significa apenas grandeza e excelência, ou seja, o portador dessa qualidade não só se distingue e se destaca entre as demais, como denota um merecedor de certo tipo de tratamento (ANDRADE, 2016).

O princípio da dignidade humana como princípio orientador acordado na determinação do dever de proteger a vida humana está ancorado na Lei Fundamental Alemã, bem como em outras codificações relevantes de direitos humanos. Este princípio formula um direito direto incondicional à proteção concedido ao ser humano, antes de tudo, por sua capacidade de estabelecer "metas" e "fins" e autonomamente determinar

suas ações. Assim, esse direito abrange a capacidade em si e tudo o que é necessário para exercê-la. A liberdade de desenvolver a personalidade de forma autônoma está, portanto, incluída neste direito, assim como a inviolabilidade física do ser humano e os fundamentos naturais, econômicos e sociais de sua existência (CASTRO e LAZZARI, 2016).

A vida em sociedade requer sua regulação pelas regras que foram criadas para ela. As regras devem ser aplicadas igualmente a todos os seus membros. Portanto, a igualdade constitucional é definida como "igualdade perante a lei". Afirmar a respeito da qual não há dúvidas, pois foi analisada a importância de ser portador de uma dignidade, que deve ser reconhecida igualmente a todos os indivíduos como sujeitos dela participantes e que têm direitos e obrigações no interior do Estado (ANDRADE, 2016).

Embora seja verdade que a dignidade é um conceito universal, que deve ser considerado em todos os ordenamentos jurídicos internos, caberá aos Estados protegê-la e incluí-la em seus regulamentos, para torná-la efetiva. Para o qual não há dúvida de que o direito constitucional é o local mais adequado para isso (BARCELLOS, 2019).

### **3. LOAS E SUAS ATUALIZAÇÕES**

A LOAS entrou em vigor com a Lei 8.742/93, que dá origem ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). Esse benefício é um auxílio financeiro pago pela Previdência Social, e é destinado a indivíduos que comprovam não possuir meios para obter recursos que promovam seu sustento, nem participar de forma plena e efetiva em sociedade e que apresentam condições desiguais se comparados a outras pessoas (AMADO, 2021).

Este benefício é um apoio financeiro saldado pela Previdência Social, e é indicado a pessoas que comprovam não ter recursos para obter seu próprio sustento, nem sequer integrar de maneira plena e efetiva na comunidade, apresentando condições desiguais quando comparados a outros indivíduos (CARNEIRO, 2019).

É importante salientar que o LOAS é a sigla utilizada para se referir à Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8.742/93). Já BPC é a sigla para Benefício Assistencial de Prestação Continuada, é usual as pessoas utilizarem os dois termos ao referir-se ao benefício, entretanto, é preciso compreender que o termo correto é BPC (Benefício Assistencial de Prestação Continuada) (KAORU, 2019).

O auxílio LOAS é direito do indivíduo com incapacidade de laborar e de praticar atividades cotidianas. Similarmente tem direito ao benefício os idosos com idade superior a 65 anos, que não podem encarregar-se do próprio sustento ou que não contam com familiares que possam fornecer esse sustento. A LOAS considera como elucidação de

família sujeitos que sejam ligadas por laços consanguíneos ou de afeto, e que moram no mesmo abrigo. Para ter direito ao auxílio mensal, cada elemento que compõe a família do beneficiado deve receber até 25% do salário-mínimo nacional atual (CAVALCANTE, 2021).

A LOAS, em seu artigo 20, parágrafo 3º, estabelece como critério para aferição de condição de miserabilidade para fins de concessão do BPC a renda per capita não superior a 1/4, critério este aplicado em sua forma literal pelo INSS na concessão do referido benefício assistencial. O cálculo da renda per capita é previsto no artigo 4º do Decreto n. 6.214/2007.

O estado de miserabilidade foi um conceito construído pela jurisprudência, com base no entendimento restritivo do INSS, no sentido de comprovar e demonstrar o estado de miserabilidade do grupo familiar do requerente do benefício. Ou seja, a jurisprudência dominante exigia que o grupo familiar fosse verdadeiramente miserável para a concessão do benefício. Ocorre que a Constituição e as leis pertinentes ao tema em nada reclamam miséria ou estado degradante e/ou indigno do grupo familiar, ao passo que se o legislador não restringiu, não cabe aos intérpretes restringir direitos sociais (KAORU, 2021).

O entendimento mais contemporâneo acerca do requisito socioeconômico do benefício diz respeito ao estado de pobreza ou necessidade, não mais ao antigo estado de miserabilidade. Nesse sentido o STF já decidiu que: "...o critério de renda familiar por cabeça nele previsto como parâmetro ordinário de aferição da miserabilidade do indivíduo para fins de deferimento do benefício de prestação continuada. Permitiu, contudo, ao Juiz, no caso concreto, afastá-lo, para assentar a referida vulnerabilidade com base em outros elementos". (SANTOS, 2016).

Ao compor o sistema para aferição de requisito de miserabilidade na renda per capita inferior a meio salário-mínimo, ouve uma quantificação do bem-estar, dessa maneira impondo uma segregação no texto da lei, surgindo assim uma irrupção ao princípio do não retrocesso social, ao expropriar parte da sociedade da referida disposição assistencial (LAZZARI et al., 2018).

Segundo Strazzi (2021), os requisitos para a solicitação do LOAS, inicia-se com um requerimento junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e comprovar os requisitos exigidos pela lei.

Os beneficiários da LOAS têm direito a um salário-mínimo nacional. Porém, não têm direito a receber o décimo terceiro salário e, em caso de falecimento do titular, o benefício é extinguido e não gera pensão por morte aos dependentes. O benefício da LOAS também não pode ser acumulado com:

- a) Outros benefícios da Previdência Social. A exceção são casos de pensão especial para indivíduos que fazem tratamento de hemodiálise, são portadores de hanseníase, possuem pensão indenizatória, talidomida e benefícios indenizatórios a cargo da união;
- b) Benefícios que tenham ligação com o Governo Federal;
- c) Benefícios de outros regimes da Previdência Social;
- d) Seguro-desemprego;
- e) Pensão vitalícia.

É comum que algumas indivíduos confundam o direito à aposentadoria com o benefício LOAS. Porém, não há semelhanças entre estes. Enquanto a aposentadoria é destinada a indivíduos seguradas do INSS, que recolheram a contribuição ao longo do tempo em que trabalharam e que apresentam todos os requisitos importantes para atestar este direito, o LOAS é destinada aos indivíduos em situação de extrema carência, que não evidencia condições de assegurar o próprio sustento e que não contribuem com a Previdência Social (STRAZZI, 2021).

Ademais, o custo dos benefícios é distinto. O aposentado recebe um benefício com base no valor de suas contribuições, tendo direito ao décimo terceiro salário e, em caso de morte do beneficiário, o pagamento é transferido para seus dependentes, determinada pensão por morte. Já o LOAS possui o valor de um salário-mínimo sem direito a pagamento de décimo terceiro salário e nos casos de falecimento o benefício é finalizado (STRAZZI, 2021).

### **3.1 Novos Requisitos**

No dia 31 de dezembro de 2020, ocorreu a publicação da MP n.1.023/2020, a qual alterou art. 20, § 3º, inciso I, da LOAS, que passou a contar com a seguinte redação:

Lei n. 8.742/1993, Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. [...]

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:

I - inferior a um quarto do salário-mínimo; (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.023, de 2020).

É preciso salientar que o citado dispositivo já havia sido alvo de alterações no ano de 2020, sendo que a mais recente até então tinha se dado em razão da Lei n. 13.982/2020, que fixava o valor da renda per capita familiar mensal como igual ou inferior a 1/4 (25%) do salário-mínimo. Todavia, essa disposição da Lei n. 13.982/2020 seria válida até 31 de dezembro de 2020, o que levava a crer que a partir dessa data não haveria critério legal de renda para o BPC a partir de 1º de janeiro de 2021, haveria então uma lacuna legal preocupante (CAVALCANTE, 2021).

Entretanto a modificação elencada pela MP, a partir de 1º de janeiro de 2021, a renda per capita familiar mensal do requerente passou a ter que ser inferior a 1/4 (25%) do salário-mínimo para ele ter direito ao benefício. Uma diferença relativamente sutil, pois anteriormente a citada MP, o critério de renda era ser igual ou inferior a ¼ do salário-mínimo (25%), agora a renda tem que ser exclusivamente inferior. Uma mudança que mesmo sutil, conseguiu impedir que milhares de cidadãos perdessem ou não conseguisse receber o BPC (KAORU, 2019).

Felizmente outra atualização no critério de renda, dessa vez, veio para beneficiar os requerentes. Em 23 de junho de 2021 foi publicada a Lei n. 14.176/2021 que estabeleceu um novo critério de renda familiar per capita para acesso ao BPC. A citada lei regulamentou o auxílio-inclusão, o "novo" benefício do INSS, com destino para pessoas com deficiência moderada ou grave que preencherem certos requisitos de concessão (PEREIRA, 2021).

O novo critério de renda per capita familiar do BPC, a Lei n. 14.176/2021 alterou novamente a LOAS, revogando o inciso I do art. 20, § 3º e deixando apenas especificado que o benefício financeiro será dirigido a pessoa com deficiência, idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Em tese, tudo voltou a ser como era antes da MP n. 1.023/2020, de modo que a renda per capita familiar mensal foi fixada novamente como igual ou inferior a 1/4 (25%) do salário-mínimo (e essa mudança já passou a valer a partir de 23 de junho de 2021, data da publicação da lei). A alteração objetivou beneficiar milhares de famílias que, pelo critério de renda anterior, não preencheriam os critérios de concessão.

É preciso salientar que a nova norma também revogou o art. 20-A da LOAS, o qual tinha sido inserida pela Lei n. 13.982 em abril de 2020 e previa que, em razão da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, o critério de aferição da renda poderia ser



ampliado para até 1/2 (meio) salário-mínimo, entretanto também acrescentou o § 11-A ao art. 20 da LOAS, que traz uma nova possibilidade (discricionária) de ampliação do critério de renda para até 1/2 (meio) salário-mínimo. Houve também o acréscimo à LOAS o art. 20-B, que orienta sobre os elementos de avaliação das provas da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade. Frisa-se que o § 11 da LOAS acima expostos estão inclusos desde 2015, pela Lei n. 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), o qual determina:

De acordo com a Lei n. 14.176/2021, essa possibilidade de ampliação do critério de renda (prevista no § 11-A e no art. 20-B) só começa a valer em 1º de janeiro de 2022. Portanto ainda não se pode tentar conseguir essa ampliação, é fundamental aguardar para ver como ficará regulamentado. Ademais, o art. 6º, parágrafo único da mesma lei fala que essa ampliação fica condicionada a decreto regulamentador do Poder Executivo, em cuja edição deverá ser comprovado o atendimento aos requisitos fiscais (CAVACALNTE, 2021).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A segurança social é o conjunto harmonioso de entidades, normas e procedimentos públicos e privados e é constituída pelos regimes gerais de pensões, saúde, riscos profissionais, abonos de família e serviços sociais complementares definidos na lei. Trata-se de um sistema que cobre eventualidades como alterações de saúde, incapacidade para o trabalho, desemprego, velhice e morte, para cuja proteção foram instituídos os sistemas de Saúde, Pensões, Riscos Laborais e Abono Família.

O Benefício da Prestação Continuada (BPC) é um benefício de cunho assistencial instituído pelo governo brasileiro, como uma medida previdenciária a política é considerada de extrema importância pois seu intuito é reduzir as disparidades sociais no país. Por meio dele, milhares de idosos e pessoas com deficiência recebem um salário-mínimo que tem por escopo retirá-los de um estado de miséria, assegurando condições mínimas de sobrevivência.

A possibilidade mediada para a ampliação do requisito de renda per capita familiar para meio salário-mínimo, prevista recentemente incluída na Lei n. 13.981/2020, sem dúvidas será capaz de beneficiar muitas famílias e ampliar ainda mais o alcance do benefício.

## **REFERÊNCIAS**

AMADO, F. **A partir de 1.1.2021 não tem critério legal de miserabilidade no BPC/LOAS.** Disponível em: [https://www.instagram.com/p/CJcN9yjrkJj/?utm\\_source=ig\\_web\\_copy\\_link](https://www.instagram.com/p/CJcN9yjrkJj/?utm_source=ig_web_copy_link). Acesso em setembro de 2021.

ANDRADE, L.P.C. **Seguridade social: instrumento de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47301/seguridade-social-instrumento-de-concretizacao-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em setembro de 2021.

AUGUSTO, T.M. **A história do Serviço Social no Brasil. Rondônia.** UFRO. 2017. Disponível em: <http://taniamaraaugusto.blogspot.com.br>. Acesso em setembro de 2021.

BARCELLOS, A.P. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BASTOS, C. R; MARTINS, I. G. da. S. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

BRASIL. **Lei Orgânica da Assistência Social. nº. 8.742/1993.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm). Acesso em setembro de 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 de outubro de 2003.

BRASIL. **Lei n. 13.981, de 23 de março de 2020.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de março de 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei n. 14.176, de 22 de junho de 2021.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de junho de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 1.023, de 31 de dezembro de 2020.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 898, de 15 de outubro de 2020.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de outubro de 2020.

CARNEIRO, B. **LOAS: O que é, Quem tem direito e Como receber o benefício?**. Desmistificando o direito, 2019. Disponível em: <https://www.desmistificando.com.br/loas-beneficio/>. Acesso em setembro de 2021.

CARTAXO, A.M.B. **Estratégias de sobrevivência: A Previdência e o Serviço Social**. São Paulo: Cortez, 2009.

CASTRO, C.A.P.; LAZZARI, J.B. **Manual de direito previdenciário**. 13ª ed. rev. São Paulo: LTr, 2011, p. 889/890.

CASTRO, C.A.P.; LAZZARI, J.B. **Manual de direito previdenciário**. 17ª. ed. rev., conforme as emendas constitucionais e a legislação em vigor até 10/01/2006. São Paulo: LTr, 2016.

CAVALCANTE, M.A.L. **Lei 14.176/2021: fixa em 1/4 do salário-mínimo a renda mensal per capita para concessão do amparo assistencial e promove outras alterações no benefício**. Dizer o direito, 2021. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2021/06/lei-141762021-fixa-em-14-do-salario.html>. Acesso em setembro de 2021.

COBO, B. **Políticas Focalizadas de Transferência de Renda: contextos e desafios**. São Paulo: Cortez, 2015

CORDEIRO, K.S. **Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial: O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre., Livraria do Advogado Editora, 2012.

CORRÊA, L.A.C. **Princípios da seguridade social**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74142/principios-da-seguridade-social>. Acesso em setembro de 2021.

CORREIA, M.O.G.; CORREIA, É.P.B. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva. 2009.

DELGADO, G.; JACCOUD, L.; NOGUEIRA, R.P. **Seguridade Social**. 2017. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream\\_seguridade\\_social](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream_seguridade_social). Acesso em setembro de 2021.

FERNANDES, A.C.P. **O Benefício de Prestação Continuada e o entendimento dos Juizados Especiais da Justiça Federal na Paraíba**. João Pessoa, 2018. 54 f.

GOES, H. **Manual de Direito Previdenciário: teoria e questões**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2018. 867 p.

KAORU, T. **Reforma da Previdência mudou BPC de idoso e deficiente pobres? Veja a regra.** Economia Uol, 2019.

KERTZMAN, I. **Curso Prático de Direito Previdenciário.** 13ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. 688 p.

LAZZARI, J.B.; KRAVCHYCHYN, J.L.; KRAVCHYCHYN, G.L.; CASTRO, C.A.P. **Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial.** 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, S.P. **Direito da Seguridade Social.** 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, A.R. **O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.** Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em setembro de 2021.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2018.

SANTOS, M.F. **Direito Previdenciário Esquemático.** 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30ª ed., ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, M.C.; QUEIROZ, C.M.; FERREIRA, P.H. Aplicabilidade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana frente ao Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento.** Ano 04, Ed. 11, Vol. 03, pp. 117-127. Novembro de 2019.

STRAZZI, A. **[Atualização] BPC LOAS em 2021 - novas regras da Lei 14.176/2021.** Disponível em: <https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/1253843551/atualizacao-bpc-loas-em-2021-novas-regras-da-lei-14176-2021>. Acesso em setembro de 2021.

STRAZZI, A. **Modelo de Ação de Concessão de Benefício Assistencial – LOAS / BPC. Desmistificando o direito, 2020.** Disponível em: <https://www.desmistificando.com.br/requerimento-bpc-loas/>. Acesso em setembro de 2021.

VAZ, P. A. B; SAVARIS, J. A. **Direito da Previdência e Assistência Social: Elementos para uma Compreensão Interdisciplinar.** 16ª ed. São José, SC: Editora Conceito Editorial, 2016. p. 255-256.

## O CONCEITO DE CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DO ESTADO COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS

**FELIPE ANTÔNIO MACIEIRA PINTO LOPES:**  
Acadêmico do curso de Direito do Centro  
Universitário de Belo Horizonte – UNIBH.

AGHISAN XAVIER FERREIRA PINTO.

**(orientador)**

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo propor uma análise sobre a possibilidade de aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor nas relações em que serviços são prestados pelo Estado tendo cidadão como destinatário. Os serviços públicos constituem atividades de prestação de bens e serviços que, podem ser titularizadas pelo Estado ou, ainda, delegadas a particulares. Ao longo do tempo, as mudanças na sociedade de consumo de massa e a necessidade de serviços públicos eficientes e eficazes levaram ao desenvolvimento de aspectos subjetivos e objetivos dos direitos básicos. Objetivando alcançar a cidadania de consumidores para o uso de serviços públicos, esse trabalho se propõe a esclarecer se as normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à essas relações jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consumidor. Código de Defesa do Consumidor. Serviços públicos. Prestação de serviço. Relação de consumo.

**ABSTRACT:** This article aims to propose an analysis of the possibility of applying or not the Consumer Protection Code in relationships in which services are provided by the State with the citizen as recipient. Public services are activities for the provision of goods and services that can be securitized by the State or even delegated to individuals. Over time, changes in mass consumption society and the need for efficient and effective public services have led to the development of both subjective and objective aspects of basic rights. Aiming to achieve consumer citizenship for the use of public services, this work proposes to clarify whether the rules of the Consumer Defense Code are applicable to these legal relationships.

**KEYWORDS:** Consumer. Consumer Defense Code. Consumer relationship. Public services. Service provision.

### 1 INTRODUÇÃO

A necessidade de se pensar o Direito do Consumidor começa com a enorme migração populacional das áreas rurais para as urbanas no contexto da Revolução Industrial. Nessa época, as pessoas começam a ter mais interesse pelo consumo de produtos e serviços. Como, no primeiro momento do surgimento desse interesse, se preocupou muito com a quantidade e não com a qualidade, surgiram inúmeros problemas que o Direito não estava preparado para resolver.

Antes, havia uma bilateralidade da produção, existindo uma discussão e consequente acordo dos termos da relação de consumo entre consumidor e fornecedor, que cedeu espaço para a unilateralidade da produção, de modo que o fornecedor passou a definir sozinho os rumos da relação de consumo, cabendo ao consumidor tão somente aderir ao contrato, sem o devido conhecimento

Portanto, nota-se, desde a antiguidade, a essencialidade de se proteger o consumidor, mesmo que indiretamente, pois, em regra, ele é a parte mais frágil em uma relação de consumo. Com o avanço do mercado, a partir da Revolução Industrial, ficou ainda mais nítida a necessidade de proteção e fiscalização para esse ramo do Direito.

No Brasil, havia o Código Civil de 1916, que era um Código próprio para demandas individualizadas, no entanto, as relações de consumo são, em regra, coletivas, e para essas relações não havia nenhuma regulamentação. Desse modo, os fundamentos do Código Civil de 1916 não poderiam ser aplicados às relações de consumo por incompatibilidade, fazendo-se necessária, então, uma intervenção estatal para que se criassem e implementassem legislações específicas.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, trouxe em seu artigo 5º, XXXII162, o direito fundamental à defesa do consumidor, incluindo no ordenamento jurídico brasileiro a tendência mundial de influência do direito público sobre o direito privado. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, entrou em vigor por meio da Lei nº 8.078, em 1990, com o mesmo objetivo.

O CDC traz em seu artigo 2º o conceito de consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990). O conceito apresentado neste artigo, vem acarretando divergências a respeito de sua aplicação nas relações jurídicas de consumo, pois a pessoa jurídica nem sempre será destinatária final ao adquirir um produto, podendo colocá-lo na cadeia de consumo.

---

162 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(...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;



Assim, foram desenvolvidas algumas teorias para tentar suprir as interpretações a respeito do tema. (GARCIA, 2019).

A primeira teoria a se observar é a teoria maximalista, que objetivamente diz que o destinatário final é a pessoa que adquire o produto independentemente de qual será sua destinação, seja para utilização própria e de sua família ou com intuito lucrativo. É uma relação objetiva, pois a destinação do produto não é relevante, e sim, se ele foi retirado da cadeia de fornecimento. (ALMEIDA, 2017, p. 38).

A segunda teoria é a finalista, que defende, sob caráter subjetivo, que consumidor é toda pessoa que adquire o produto ou serviço para destinação própria, ou seja, retira o produto do mercado de consumo, se tornando o destinatário final dele.

Esta teoria limita o conceito de consumidor e acaba desprezando o fato de que o próprio artigo 2º do CDC descreve como consumidor a pessoa jurídica, assim, para esta corrente, não seria possível a relação de consumo entre dois profissionais.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A questão decorrente destas duas teorias é a insegurança jurídica, pois o indivíduo, no momento de acionar o Poder Judiciário, não sabe se poderá utilizar-se do CDC ou não, pois as correntes abrangem ideias completamente distintas e não havia um critério específico para sua aplicação, sendo insuficientes para preencherem as lacunas deixadas sobre o assunto.

Com o passar do tempo, uma terceira corrente a respeito do tema foi desenvolvida; a teoria finalista mitigada, que traz, sob a ótica dos princípios da vulnerabilidade e da proteção ao consumidor, a possibilidade de, mesmo na hipótese do consumidor adquirir produto ou serviço sem se colocar fim na cadeia de consumo, poder valer-se do CDC, sendo necessário, além dos requisitos para caracterização da relação consumerista, a análise da vulnerabilidade diante do fornecedor. Esta teoria foi cada vez mais sendo aplicada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. (JR. HUMBERTO, 2020. p.8)

Assim, o trabalho proposto aborda o tema da aplicação do CDC nas relações entre o Estado, como pessoa jurídica de direito público, prestadora de serviços públicos da

Administração Direta, e o cidadão. Para tanto, buscou-se estabelecer uma reflexão sobre a possibilidade de o Poder Público figurar no polo ativo da relação de consumo como prestador de serviço e, assim, ocupar o polo passivo de uma eventual ação judicial que busque reparação por danos decorrentes dos serviços por ele prestados.

## **2. PRINCIPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR**

### **2.1 Princípio da vulnerabilidade**

Diante da proteção constitucional dos consumidores, o CDC é visto pela doutrina como uma norma principiológica, uma vez que conforme o art. 5º, inc. XXXII, da CRFB/88, o Estado deve promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, garantindo, assim, a tutela constitucional dos seus direitos. A vulnerabilidade do consumidor foi o motivo principal para o desenvolvimento de um novo direito e para criação de uma lei de caráter principiológico. (TARTUCE, 2021).

Para melhor compreensão dos ditames do CDC, é necessário analisar os princípios norteadores deste código como uma norma protetiva dos vulneráveis, que são dotados de alto nível de subjetividade.

*“Não se pode esquecer, ato contínuo, da importância do estudo dos princípios jurídicos, que são regramentos básicos aplicáveis a uma determinada categoria ou ramo do conhecimento. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.” (TARTUCE, Flavio, 2021, p.44)*

Analisando o art. 4º, inc. I, do CDC, pode-se observar o objetivo do legislador em colocar o consumidor na condição de vulnerável na relação de consumo. Os consumidores são a parte mais frágil dos contratos de massa padronizados, principalmente no que tange à informação e ao poder de negociação frente ao fornecedor.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Portanto, ao se falar em consumidor, por consequência se fala em vulnerabilidade, pois, caso houvesse um tratamento igualitário entre as duas partes do contrato, haveria a perpetuação da desigualdade, já que isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção de sua desigualdade.

A vulnerabilidade do consumidor é manifestada em três situações, vulnerabilidade econômica, técnica e/ou jurídica.

Na primeira situação, em regra, o fornecedor se encontrará em uma situação financeira melhor estruturada diante do consumidor, podendo enfrentar com mais facilidade uma eventual reclamação a respeito de seu produto ou do serviço prestado.

O fornecedor, via de regra, é um litigante habitual, contando com sólida infraestrutura jurídica e administrativa, para resistir ao ataque do consumidor, que, na maioria das vezes, nunca litigou. (SOUZA, Sylvio, 2018, p. 15)

Na segunda situação, se considera o desconhecimento técnico do consumidor em relação ao produto ou serviço que está adquirindo, estando, portanto, desamparado, uma vez que não consegue identificar os defeitos ou vícios que possam eventualmente surgir.

A terceira situação é concretizada pelo conhecimento insuficiente do consumidor em relação aos seus direitos e a sua dificuldade de acesso à justiça, e, ainda, o desconhecimento acerca dos instrumentos a serem utilizados para sua própria defesa. Deste modo, o desconhecimento do consumidor pode beneficiar o fornecedor, pois o consumidor tem limitação da autonomia de sua vontade ao se submeter a um contrato por adesão, com cláusulas pré-estabelecidas pelo próprio fornecedor.

O conceito de vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência, pois a hipossuficiência possui uma definição fática e não jurídica, sendo aplicada no caso concreto, baseando-se em uma desproporção econômica, financeira ou política, se trata de um fenômeno do direito processual, de presunção relativa. Já a vulnerabilidade, diz respeito a situação do indivíduo, sua ausência é caracterizada pelo prejuízo inerente ao consumidor no mercado de consumo, tendo como parâmetro o fornecedor (parte mais forte), é um fenômeno do direito material, determinado expressamente em lei com presunção absoluta, sendo aplicado à todos os consumidores.

O que se percebe, portanto, é que o conceito de vulnerabilidade é diverso do de hipossuficiência. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário

final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente. (TARTUCE, Flavio, 2021, p. 49)

Sintetizando, sob a ótica do doutrinador Humberto Theodoro (2020), a aplicação da legislação deve se dar de forma a igualar as partes. Portanto, o CDC deve ser tido como uma legislação especial, não podendo abarcar qualquer situação, mas apenas as relações que apresentem vulnerabilidade de uma parte em relação à outra.

## 2.2 Princípio da Intervenção Estatal

Com a criação de leis específicas para regulamentar as relações de consumo, evidente se tornou a necessidade de o Estado intervir no mercado consumidor, para que assim, pudesse proteger a parte mais vulnerável da relação jurídica. E assim foi feito, especificando-se no CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

(...)

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho

Ainda sobre o princípio da intervenção estatal, encontramos o que dispõe o artigo 5º da lei consumerista:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

- I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;
- II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
- III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
- IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
- V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.
- VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)
- VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento. (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

Assim sendo, determinou-se três frentes de atuação e intervenção do Estado, sendo elas: o Estado-Administrador, que, de maneira efetiva, direta ou indiretamente, garante a implementação da tutela do consumidor; o Estado-Legislator, responsável por editar leis que defendam o consumidor; e, o Estado-Julgador, que esclarece e julga os conflitos de interesses que envolvem consumidores e fornecedores. Nesse sentido, discorre Bruno Miragem:

“o princípio da intervenção do Estado resulta do reconhecimento da necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor. A Constituição brasileira, ao consagrar o direito do consumidor como direito fundamental, o faz impondo ao Estado o dever de defesa deste direito” (MIRAGEM, 2010)

### **2.3 Princípio da Harmonia nas Relações de Consumo**

Disposto no Artigo 4º, inciso III, do CDC, o princípio da harmonia nas relações de consumo, tem como objetivo a compatibilização dos interesses entre as partes da relação

consumerista e, ainda, a compatibilização da proteção do consumidor de acordo com as necessidades econômicas e tecnológicas de desenvolvimento.

Art. 4º

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Nesse sentido, podemos concluir que o CDC, apesar de se voltar à proteção do vulnerável, não pode ser tido como arbitrário, uma vez que o privilégio concedido a uma das partes, tem como objetivo a harmonização dos interesses, para assim haver o reequilíbrio da relação que, em sua essência, é desigual. Dessa forma, podemos observar que atrelado ao princípio da harmonia, estão os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio.

## **2.4 Princípio da Boa-fé Objetiva**

Elencada como um preceito básico, a boa-fé objetiva, como conhecemos hoje, permeia todo o CDC.

Inicialmente, a boa-fé era apenas um elemento subjetivo, pois estava mais ligada à ideia de uma ação natural e voluntária do indivíduo. Com o surgimento do Código Civil em 2002, foi se transformando, no que conhecemos hoje como boa-fé objetiva, em um dever jurídico e em uma conduta obrigatória para quem o utiliza.

“Como é notório, a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano psicológico ou intencional (boa-fé subjetiva), para o plano concreto da atuação humana (boa-fé objetiva).” (TARTUCE, Flávio, 2021, p. 52)

O princípio da boa-fé está presente em todo o CDC, pois no momento em que se fala em direitos básicos do consumidor, já se pode traçar uma ideia de que este princípio, ainda que implicitamente, norteia todo o Código, se baseando em uma função imposta a uma determinada pessoa que participa da relação consumerista, em agir com lealdade e colaboração, não praticando condutas que possam ferir a perspectiva da parte contrária ao longo do processo. (SOUZA, SC, WERNER, JG e NEVES, TF, 2018. p. 314)



## 2.5 Princípio do Equilíbrio

O princípio do equilíbrio, se analisado juntamente à boa-fé, resulta na harmonização da relação de consumo. Sendo representada por uma balança, essa relação penderia para um dos lados em razão da fragilidade e vulnerabilidade do consumidor quando comparado ao fornecedor.

Uma vez que já sabemos que o fornecedor é o detentor do monopólio dos meios de produção, se fez necessária a criação de legislação específica capaz de dar suporte ao consumidor, a parte mais vulnerável, viabilizando a igualdade e o equilíbrio da relação como uma consequência natural para mitigar a desigualdade já existente.

Assim explica Bruni Miragem:

“o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, e o caráter desigual com que este se relaciona com o fornecedor, ressaltam a importância do princípio do equilíbrio no direito do consumidor. Este parte, exatamente, do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor e, portanto, sustenta a necessidade de reequilíbrio da situação fática de desigualdade por intermédio da tutela jurídica do sujeito vulnerável. Da mesma forma, o princípio do equilíbrio incide sobre as consequências patrimoniais das relações de consumo em geral para o consumidor, protegendo o equilíbrio econômico das prestações do contrato de consumo”. (MIRAGEM, 2010)

## 2.6 Princípio da Educação e Informação

O princípio da educação e informação está diretamente ligado ao princípio da boa-fé, sendo possível identificá-lo em vários dispositivos do Código, que tem como objetivo amenizar a vulnerabilidade técnica do consumidor. Como exemplo temos o art. 4º, inciso IV, do CDC.

Art. 4º (...)

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

Ainda, no art. 6º, incisos II e III do CDC, podemos identificar claramente que este objetivo é elencado como direitos básicos do consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

Nesse sentido, encontramos na doutrina a importância da aplicação desse princípio nas relações de consumo, bem como as possíveis consequências de seu descumprimento.

Aliás, convém lembrar que a informação inadequada ou incompleta se equipara à vício do produto ou do serviço, gerando responsabilidade civil do fornecedor. Outra regra decorrente do princípio da informação e que muitos não perceberam é a obrigação de constar de todos os produtos a informação de seus prazos de validade, e de maneira visível e indelével. (SOUZA, Sylvio, 2018, p. 18)

Dessa forma, se torna nítida a relevância deste princípio em conjunto com os demais princípios adotados pelo ordenamento jurídico, objetivando sempre igualar as partes da relação de consumo, definindo os ideais de justiça.

## **2.7 Princípio da Qualidade e Segurança**

O princípio da qualidade e segurança está fundamentado principalmente pelos preceitos do dever de informar sobre a qualidade e segurança, dever de informar de maneira adequada a periculosidade e comunicá-los por anúncios e publicidades, e vedar a circulação de produtos com alto grau de nocividade. Assim o princípio está previsto no art. 4º, inciso V, do CDC:

Art. 4º (...)

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Conforme determina o art. 8º, do CDC, o controle de qualidade e a segurança que permeia os produtos e serviços oferecidos, devem estar incorporados na dinâmica de oferta dos fornecedores.

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

§ 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto. (Redação dada pela Lei nº 13.486, de 2017)

§ 2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação. (Incluído pela Lei nº 13.486, de 2017)

No que diz respeito aos produtos e serviços que sejam potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, o fornecedor deverá prestar informações de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade (art. 9º do CDC).

Lado outro, caso o bem de consumo possa apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, o fornecedor ficará impossibilitado de colocá-lo no mercado, conforme determinado pelo CDC em seu art. 10, *caput*.

Ainda, caso a descoberta da periculosidade do produto ou do serviço se dê em momento posterior à sua inserção no mercado, os fornecedores e o Poder Público estão obrigados a comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários, como segue:

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

## **2.8 Princípio da Coibição e Repressão ao Abuso**

O princípio da coibição e repressão ao abuso pode ser identificado como uma preocupação do legislador em, primariamente, tentar dirimir qualquer abuso na relação de consumo e, alternativamente, de maneira eficaz reprimi-lo. Nesse sentido dispõe a Lei nº 8.078 de 1990:

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

Observa-se ainda, que a legislação mune as autoridades competentes de dispositivos capazes de inibir as práticas abusivas, a fim de que cumpram o dever de fiscalizar, de maneira efetiva, e evitar a ocorrência de condutas abusivas no mercado de consumo. Podemos ver isso nos Art. 39 e 51 do CDC:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

## **2.9 Princípio da Racionalização e Melhoria dos Serviços Públicos**

O princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos é um dos principais responsáveis por firmar a ideia de incidência do CDC sobre alguns serviços públicos, e está regulamentado no inciso VII do art. 4º do CPC:

Art. 4º (...)

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

Este princípio está relacionado à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral e ao princípio da eficiência, previsto na CRFB/88 como um dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*). Nesse sentido é o entendimento de Rizzatto Nunes:

“o legislador constitucional acresceu ao elemento obrigatório da adequação do serviço público o da eficiência. Isso significa que não basta haver adequação, nem estar à disposição das pessoas. O serviço tem de ser realmente eficiente; tem de cumprir sua finalidade na realidade concreta. O significado de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona. A eficiência é um plus necessário da adequação”. (NUNES, 2009, p. 150.)

## 2.10 Princípio da Responsabilidade Solidária

O princípio da responsabilidade solidária traz consequências práticas relevantes para o direito do consumidor, uma vez que reconhecida a solidariedade entre os fornecedores da cadeia de consumo, o consumidor poderá eleger aquele que deseja acionar ou até acionar todos os sujeitos responsáveis pelo produto ou o serviço no mercado de consumo.

Desse modo, discorre Rizzatto Nunes:

“o consumidor pode escolher a quem acionar: um ou todos. Como a solidariedade obriga a todos os responsáveis simultaneamente, todos respondem pelo total dos danos causados”. (NUNES, 2009, p. 150.)

“cabará ao responsável acionado, depois de indenizar o consumidor, caso queira, voltar-se contra os outros responsáveis solidários para se ressarcir ou repartir os gastos, com base na relação jurídica existente entre eles”. (NUNES, 2009, p. 151.)

## 2.11 Princípio da Continuidade do Serviço Público

O princípio da continuidade do serviço público é aquele que dispõe sobre o impedimento por parte da Administração Pública de interromper a prestação de serviços, com exceção de algumas situações admitidas no ordenamento jurídico. Tem como objetivo principal impedir que a coletividade fique sem o amparo de um serviço considerado

essencial para o desempenho das atividades comuns do cotidiano. Nesse sentido, o art. 22, do CDC, prevê:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Lado outro, por se tratar de serviços públicos, é importante analisar a questão levando-se em consideração as regras de Direito Administrativo. Um exemplo claro, é o disposto no art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei nº 8.987/95, que expressamente admite interrupção de serviços públicos nas seguintes situações:

Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I — motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II — por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Esse princípio, por tratar de um tema polêmico, e provocar discussões no âmbito doutrinário, é o principal norteador do presente artigo, uma vez que sua determinação está expressa no código consumerista, bem como em lei específica. Outrossim, não se existe unanimidade quanto a sua aplicação no Direito do Consumidor, ou no Direito Administrativo.

### **3. RELAÇÃO DE CONSUMO**

Vivemos cercados de acontecimentos que passam despercebidos no cotidiano. Para que um acontecimento seja considerado um fato jurídico, ele deve produzir efeitos jurídicos. Dessa forma, são elencados alguns elementos que caracterizam o surgimento deste direito, onde a norma abstrata passa a ser aplicada a um fato jurídico.

“Em resumo, podemos dizer que toda vez que um mero fato, abstratamente considerado, penetra no mundo jurídico, produzindo



um dos efeitos acima enumerados, ele passa a ser um fato jurídico.” (SOUZA, Sylvio, 2018, p. 22)

Com o objetivo de facilitar seu campo de aplicação, o CDC, já nos artigos 2º e 3º, apresenta o conceito de consumidor e fornecedor respectivamente, que se caracterizam como elementos subjetivos, e o produto ou serviço, que caracterizam os elementos objetivos da relação de consumo.

Ampliando a definição de consumidor no CDC, podemos observar nos artigos 17 e 29, a referência à coletividade de pessoas (mensurável ou não) que participaram da relação de consumo, chamadas assim, de consumidores por equiparação, pois também estão expostas às práticas abusivas, mesmo que não sejam consumidoras padrão. (SOUZA, 2018)

O artigo 3º do CDC define o fornecedor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (BRASIL, 1990). Esta definição buscou englobar todos os tipos de fornecedor, para que não restasse nenhuma lacuna. Segundo o autor Sylvio de Souza: “considerando como fornecedor o gênero, e como espécies os que realizam as atividades descritas no referido dispositivo.”. (SOUZA, SC, WERNER, JG e NEVES, TF, 2018. p. 26)

Os elementos objetivos da relação de consumo são os produtos e os serviços, que encontram sua definição nos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º do Código de Defesa do consumidor.

Os produtos são definidos como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Dessa maneira, é considerado produto tudo aquilo que envolve uma produção, seja ela de fábrica ou de natureza agrícola. (SOUZA, SC, WERNER, JG e NEVES, TF, 2018. p. 27)

Já os serviços, são definidos no parágrafo 2º como: “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as da natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista.” (BRASIL, 1990). Na expressão “fornecida no mercado de consumo” entende-se a necessidade de que a atividade esteja disponível para todos os sujeitos, podendo haver restrição desde que não ofenda o ordenamento jurídico. Já na expressão “mediante remuneração” extrai-se a ideia de que é necessário que haja uma contraprestação, seja ela direta ou indireta.

Destarte, existindo todos os elementos (objetivo e subjetivo) caracterizadores da relação consumerista, se aplicará o Código de Defesa do Consumidor, caso contrário, será aplicado o Código Civil, que institui a ordem jurídica privada no âmbito infraconstitucional.

#### **4. APLICAÇÃO DO CDC NAS RELAÇÕES DO ESTADO PRESTADOR DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Após a reforma administrativa, por consequência da insuficiência de recursos, o Estado passou a assumir o papel de orientador da administração dos serviços públicos, delegando as funções e execução de certas atividades à terceiros, inclusive particulares.

Até 2017, o diploma legal utilizado mais comumente para resolução de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, era a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como Lei de Concessões, que dispunha em seu Capítulo III acerca dos direitos e deveres dos usuários de serviços públicos:

##### Capítulo III

##### DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999)

Em 26 de junho de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.460, conhecida como Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos, ou ainda, Código de Defesa dos Usuários, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Esse diploma legal tem embasamento constitucional, por força de alterações que foram promovidas pela Emenda Constitucional 19 de 1998 (Emenda da Reforma Administrativa), prevendo que o legislador deveria criar um diploma normativo capaz de garantir ao usuário a participação na gestão dos serviços e a possibilidade de apresentação de "reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços" (CRFB/88 art. 37, § 3º, 1).

Esta lei, estabelece alguns instrumentos que visam garantir os direitos assegurados aos usuários, tais como: o quadro geral de serviços; a carta de serviços ao usuário; o direito de manifestação; a ouvidoria; o conselho de usuários; e a avaliação continuada. Nesse sentido, o Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos se configura como um conjunto de normas básicas de garantias e deveres de usuários e prestadores de serviços públicos, às quais se somarão garantias especiais. Disposto no Art. 5º dessa mesma lei, estão os deveres inerentes aos prestadores desses serviços públicos, sejam eles entes da Administração Direta ou Indireta:

Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:

I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários;

II - presunção de boa-fé do usuário;

III - atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo;

IV - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação;

V - igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação;

VI - cumprimento de prazos e normas procedimentais;

VII - definição, publicidade e observância de horários e normas compatíveis com o bom atendimento ao usuário;

VIII - adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários;

IX - autenticação de documentos pelo próprio agente público, à vista dos originais apresentados pelo usuário, vedada a exigência de reconhecimento de firma, salvo em caso de dúvida de autenticidade;

X - manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento;

XI - eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido;

XII - observância dos códigos de ética ou de conduta aplicáveis às várias categorias de agentes públicos;

XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações;

XIV - utilização de linguagem simples e compreensível, evitando o uso de siglas, jargões e estrangeirismos; e

XV - vedação da exigência de nova prova sobre fato já comprovado em documentação válida apresentada.

XVI – comunicação prévia ao consumidor de que o serviço será desligado em virtude de inadimplemento, bem como do dia a partir do qual será realizado o desligamento, necessariamente durante horário comercial. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

Parágrafo único. A taxa de religação de serviços não será devida se houver descumprimento da exigência de notificação prévia ao consumidor prevista no inciso XVI do caput deste artigo, o que ensejará a aplicação de multa à concessionária, conforme regulamentação. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

Entre os direitos básicos dos usuários, estão o de ser atendido com respeito, cortesia e em linguagem compreensível, a igualdade de tratamento. Os locais de prestação dos serviços públicos e os *sites* das instituições públicas devem dispor de informações precisas sobre: horário de funcionamento dos órgãos; serviços prestados, localização exata e indicação do setor responsável pelo atendimento; valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços. O usuário poderá escolher os meios para obtenção e utilização dos serviços dentre as opções disponibilizadas pela Administração Pública, além de ter acesso às informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados do setor público. O art. 6º desta lei assegura ainda a participação na prestação e avaliação dos serviços; a liberdade de escolha; acesso e proteção das informações pessoais do usuário; obtenção de informação, entre outros:

Art. 6º São direitos básicos do usuário:

I - participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços;

II - obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação;

III - acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

IV - proteção de suas informações pessoais, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

V - atuação integrada e sistêmica na expedição de atestados, certidões e documentos comprobatórios de regularidade; e

VI - obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet, especialmente sobre:

- a) horário de funcionamento das unidades administrativas;
- b) serviços prestados pelo órgão ou entidade, sua localização exata e a indicação do setor responsável pelo atendimento ao público;
- c) acesso ao agente público ou ao órgão encarregado de receber manifestações;
- d) situação da tramitação dos processos administrativos em que figure como interessado; e
- e) valor das taxas e tarifas cobradas pela prestação dos serviços, contendo informações para a compreensão exata da extensão do serviço prestado.

VII – comunicação prévia da suspensão da prestação de serviço. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

Parágrafo único. É vedada a suspensão da prestação de serviço em virtude de inadimplemento por parte do usuário que se inicie na sexta-feira, no sábado ou no domingo, bem como em feriado ou no dia anterior a feriado. (Incluído pela Lei nº 14.015, de 2020)

Encontramos ainda na lei dos usuários de serviços públicos, em seu art. 8º, rol de deveres inerentes aos usuários:

Art. 8º São deveres do usuário:

I - utilizar adequadamente os serviços, procedendo com urbanidade e boa-fé;

II - prestar as informações pertinentes ao serviço prestado quando solicitadas;

III - colaborar para a adequada prestação do serviço; e

IV - preservar as condições dos bens públicos por meio dos quais lhe são prestados os serviços de que trata esta Lei.

Importante destacar que não se afasta o cumprimento de normas específicas, nem do CDC quando caracterizada uma relação de consumo, como determina art. 1º do dispositivo legal:



Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

§ 1º O disposto nesta Lei aplica-se à administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso I do § 3º do art. 37 da Constituição Federal.

§ 2º A aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto:

I - em normas regulamentadoras específicas, quando se tratar de serviço ou atividade sujeitos a regulação ou supervisão; e

II - na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo.

§ 3º Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular.

Assim sendo, o Código de Defesa dos Usuários dos Serviços Públicos não impediu a aplicação de outras leis específicas, tampouco do CDC, estabelecendo, assim, a implementação de um diálogo entre as fontes normativas, possibilitando a melhor proteção dos usuários/consumidores dos serviços prestados pelo Poder Público. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, fortaleceu o entendimento ao editar a Súmula 601 que determina: “O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público”.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A evolução das relações comerciais trazidas pela Revolução Industrial gerou a necessidade da criação de normas específicas que as regulamentassem. No Brasil, O Código de Defesa do Consumidor foi sancionado em 1990, passando a tratar especificamente das questões jurídicas advindas das relações de consumo e estipulando alguns princípios básicos, norteadores dessas relações, sendo eles: a vulnerabilidade; a intervenção estatal; a harmonia das relações de consumo; a boa-fé objetiva; o equilíbrio; a educação e informação; a qualidade e segurança; a coibição e repressão do abuso; a racionalização e melhoria dos serviços públicos, a responsabilidade solidária e a continuidade dos serviços públicos. Desse modo tornou-se possível determinar, de

maneira clara e objetiva, os direitos e deveres dos consumidores e fornecedores de produtos e serviços.

No entanto, ao analisarmos as relações de consumo, podemos perceber na doutrina uma controvérsia no que tange à aplicação do Código de Defesa do Consumidor em situações que envolvem a prestação de serviços públicos. A partir daí, em 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.460, comumente conhecida como Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos.

Nesse sentido, deve-se considerar que a Lei nº 8.078 de 1990, aborda, no art. 3º, *caput*, a definição de fornecedor dentro das relações de consumo incluindo de maneira taxativa as pessoas jurídicas de direito público. Ainda, no tocante aos Princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, no art. 4º, inciso VII, o Código de Defesa do Consumidor elenca a racionalização e melhoria dos serviços públicos como um preceito fundamental. Seguindo ainda a mesma lógica, o art. 6º do mesmo diploma legal, ao tratar dos direitos básicos dos consumidores, precisou em seu inciso X a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

É cediço que a Lei nº 8.078/90 é fundamental para a evolução das relações administrativas e da prestação de serviço público, bem como, necessária a incidência dessas normas nas falhas existentes na regulação pública. No entanto, nem as particularidades da definição de usuário de serviço público, tampouco o regramento especial previsto no art. 175, da CRFB, podem ser considerados suficientes para obstar a determinação do conceito de consumidor.

Diante de todo o exposto, compreender o usuário como consumidor e o Poder Público e seus agentes delegados como fornecedores, e ainda, os serviços públicos remunerados por tarifas como objeto da relação jurídica de consumo, é fundamental, e legítima a incidência do CDC nessas relações.

A prestação de serviços públicos é de titularidade da Administração Pública, objetivando satisfazer as necessidades da população, e nesse sentido, o serviço público se caracteriza como uma relação de consumo quando é possível identificar o usuário e quando for possível mensurar a prestação individualizada, como por exemplo, o que ocorre na prestação do serviço de distribuição de água potável, em que cada usuário é cobrado individualmente em medida proporcional ao seu consumo, que não é o caso do fornecimento de iluminação de vias públicas, sendo impossível determinar a parte correspondente a cada usuário.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan D.; LENZA, Pedro. **Esquematizado – Direito do Consumidor**. Editora Saraiva, 2021. 9786555592788. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555592788/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm)>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

BRASIL. Lei n. 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm)>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 601. Diário da Justiça Eletrônico, ed. 2374. Brasília, 2018. Disponível em: < <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/33842/S%C3%9AMULA%20n.%20601%20-%20STJ.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

JR., HUMBERTO T. **Direitos do Consumidor**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530992941. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. **Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal** (STJ – Resp 476.428 –SC; Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi; j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005). Revista de Direito do Consumidor, n. 62, abril. -jun. 2017.

SOUZA, Sylvio Capanema D.; WERNER, José Guilherme V.; NEVES, Thiago F C. **Direito do Consumidor**. Grupo GEN, 2018. 9788530981273. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981273/>. Acesso em: 02 jun. 2022

BESSA, Leonardo R. **Código de Defesa do Consumidor Comentado** . [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2020. 9788530992132. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992132/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 de junho de 2022.

FILHO, Sergio C. **Programa de Direito do Consumidor**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. 9786559772766. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772766/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumir Comentado artigo por artigo**, - 14. ed. ver. .ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica** . [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2016. 9788597008821. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/>. Acesso em: 13 jun. 2022.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** (com exercícios). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Júlio Moraes, **Curso de Direito do Consumidor Completo** – 4 ed. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **O Conceito Jurídico de Consumidor**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.V. 18 Abril/jun.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor - Direito Material e Processual** - Volume Único. Grupo GEN, 2021. 9786559640270. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640270/>. Acesso em: 02 jun. 2022.