

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1008

(Ano XIII)

(03/04/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

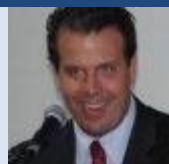
**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



#### **O futuro do INSS**

*Alexandre S. Triches, 04.*

### ARTIGOS

#### **Adulterio e sua consequência na área civil**

*Bruna Spagnol e Deyvison Emanuel Lima de Menezes, 08.*

#### **Acessibilidade como um direito fundamental da pessoa com deficiência no desenvolvimento urbano**

*Allane Lima de Moura, 14.*

#### **A ineficácia da pena privativa de liberdade no Brasil**

*Larissa Thaynara da Silva Dias Ramires, 32.*

#### **Violência Doméstica Contra a Mulher: Perspectivas de Combate à Violência de Gênero**

*Laís Caroline dos Santos, 51.*

#### **Liberdade de expressão e desacato: desenho constitucional no estado democrático de direito**

*Omar Ali Ayoub, 65.*

#### **Principiologia processual civil mediante a Constituição Federal**

*Heitor Danton Bernardo de Oliveira, 75.*

#### **Violência contra a mulher e a pandemia do covid-19**

*Mariana Lívia dos Santos, 91.*

#### **Direito do consumidor nas compras realizadas pela internet**

*Henrique Luis Keine, 107.*

#### **As brigas de torcida é um fenômeno social ou causada pela facilidade da lei?**

*João Henrique Miranda da Silva, 121.*

**Análise do instituto do conatus (tentativa): os critérios para a verificação da passagem da preparação para a execução do crime**

*Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana e Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro, 144.*

**As regras de transição da Emenda Constitucional nº 103/2019 no tocante ao Regime Geral da Previdência Social**

*Isabela Tiemi Koga, 160.*

**A convergência da ação revisional de alimentos com trinômio da necessidade, possibilidade e proporcionalidade**

*Fabiana da Silva Ribeiro, 175.*

**Relação de Trabalho x Pandemia**

*Maria Jose Santiago Fernandes, 182.*

**Sentenças intermediárias: uma análise crítica de suas espécies em cotejo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

*Beatriz da Costa e Silva Viana, 197.*

**Sucessão trabalhista nas serventias notariais e registrais: o limbo jurídico atinente aos empregados não recepcionados**

*Willian Santana de Barros, 207.*

**Uma análise perfunctória sobre as respectivas especificidades da compra e venda de imóveis no direito brasileiro**

*Antonio Augusto Vilela, 227.*

**Abandono Afetivo**

*Beatriz Melo Inácio Vedovato, 247.*

**Agências Reguladoras: principais aspectos e a nova Lei nº 13.848/2019**

*Beatriz da Costa e Silva Viana, 262.*

**O Estado e a autonomia universitária: entre a garantia e as ameaças, uma análise do princípio à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

*Willian Santana de Barros, 271.*

## O FUTURO DO INSS

**ALEXANDRE S. TRICHES:**

Advogado. Especialista em Direito Previdenciário.

Não são necessárias maiores reflexões para compreender o que o futuro reserva para o INSS. Basta observar a situação atual da autarquia e lançar um olhar atento para o passado. Isto porque a história da Previdência sempre se repete, com lições que não são suficientemente aprendidas, o que faz da instabilidade um cenário recorrente.

Em 1966 foi criado o Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, que foi resultado da fusão dos institutos de aposentadoria e pensões do setor privado então existentes, tais como o dos marítimos (IAPM), comerciários (IAPC), bancários (IAPB), industriários (IAPI), dos empregados em transportes e cargas (IAPETEC), além dos ferroviários e empregados em serviços públicos (IAPFESP). Além desses havia na época os serviços integrados e comuns a todos esses institutos — dentre eles o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência (SAMDU) e o Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS).

A criação do INPS significou tentativa de solução para a crise política, financeira e também organizacional que a Previdência vinha enfrentando desde o final da década de 1950 com os institutos privados. Mesmo assim o atraso nas análises dos pedidos já era objeto das crônicas dos jornais da época, e a ineficiência do serviço também era retratada de forma humorística na televisão. Portanto, o cenário atual não é novo e retrata exatamente as mesmas questões vivenciadas no passado.

Desde aquela época mostrava-se bastante instável a execução do atendimento previdenciário, sujeitos às mudanças de governo e aos cortes orçamentários. A famosa expressão “fila do INPS” foi tão marcante naquele período que é reproduzida até os dias de hoje, em especial para retratar a demora no atendimento da autarquia.

Abalado por crises estruturais e por péssimas condições de trabalho para seus funcionários, o INPS foi extinto pela Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, que criou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O INSS – em que pese as promessas de modernização - em nada resolveu os problemas do setor. A saga previdenciária, a partir deste momento foi de constantes altos e baixos. Atendimento com filas por ordem de chegada, agendamento eletrônico com análise e decisão na hora marcada, central de serviços por telefone,

retorno ao atendimento espontâneo, guichês exclusivos e inúmeras greves e mudanças no Ministério da Previdência Social – ministério que terminou extinto e incorporado à pasta da economia.

Ora, se a previdência tornou-se assunto econômico, por que nenhuma medida voltada ao atendimento se mostrou estável nas últimas décadas? Não seriam os números capazes de bem orientar os gestores públicos quanto às necessidades do INSS?

Atualmente, segundo o Dieese, 73,7% dos requerimentos de benefícios no INSS estão esperando análise há mais de 45 dias, que é tempo limite determinado por lei para serem analisados. Os jornais noticiam que quase dois milhões de requerimentos aguardam análise do Instituto e nenhuma medida tomada até agora conseguiu resolver este problema.

Os problemas acontecem em razão da redução expressiva do número de funcionários, do aumento do número de requerimentos, em face das constantes reformas previdenciárias, da lenta desburocratização e de problemas técnicos de atualização e gestão dos sistemas.

Além da notória falta de investimentos no setor, talvez o motivo principal, o qual demonstra, mais uma vez, a expressiva tradição do sucateamento da Previdência.

Por que a Previdência sempre é sucateada no Brasil? Por que não há uma política estável para o setor? Por que não há definição de parâmetros claros para as carreiras públicas envolvidas? Não se está defendendo vultosos gastos, os tempos mudaram, mas sim um pouco mais de previsibilidade.

A Previdência lida com o maior patrimônio do país: as pessoas. Todo e qualquer país sério gere com responsabilidade o seu Seguro Social, mas por aqui os números são sempre decepcionantes. Ainda em 2016, segundo os mesmos dados do Dieese, o orçamento previsto para o INSS representou 0,56% do orçamento total da União. Para 2020, este percentual ficou em 0,3%. O efetivo do órgão, que era de 37.685 funcionários, em 2014, sofreu redução de 32% para aproximadamente 25.618 atuais. Já o requerimento de benefícios saltou de 7,8 milhões, em 2010, para 10,1 milhões no ano passado.

Os fatos retratados diariamente pelas notícias não enganam: o INSS vive uma tragédia anunciada, pois não possui força de trabalho aparelhada para atender à população brasileira. Nesse contexto, precisa ser redimensionado, e duas medidas podem equacionar o problema.

A primeira delas é a adequação do quadro de pessoal para atendimento. Isso possibilitará que, imediatamente, os processos sejam analisados dentro do prazo de 45 dias previsto na legislação.

O governo precisa realizar concurso público para a ocupação de vagas deixadas por servidores que já se aposentaram. Ou, então, desenvolver uma forma de contratação temporária de colaboradores, desde que capacitados na matéria, o que pode se dar através de servidores aposentados, para que seja promovida a normalização do atendimento.

O custo desta medida será rapidamente absorvido pela redução de gastos desnecessários, seja por meio da redução das contestações judiciais, em desfavor do INSS e dos juros de mora dos pagamentos acumulados. Isso sem contar com a redução expressiva de gastos que o fechamento de agências em todo o Brasil, em substituição pelo sistema de trabalho em casa está proporcionando.

Por mais que haja um controle dos gastos públicos – argumento utilizado pelo governo para não repor o número de servidores necessários para a realização do atendimento previdenciário –, é necessário o reaparelhamento do Instituto. Mesmo que no modelo a distância, que é o ideal para os dias de hoje, pois reduz enormemente os custos. Aliás, está o Poder Público promovendo a alienação dos inúmeros imóveis desocupados do INSS, e que podem gerar ingresso de receitas para a autarquia?

O segundo aspecto diz respeito à tecnologia. O sistema da previdência, que ainda é essencialmente eletrônico, precisa ser substituído por um sistema digital, que possibilite um acesso mais efetivo e universalizado aos serviços. Isso permitirá a construção de uma verdadeira agência 24 horas da Previdência.

Diferentemente do que tem sido referido sobre o assunto, o acesso digital ao INSS propiciará uma inclusão efetiva das pessoas ao sistema. Isto porque, diferentemente do sistema eletrônico, as ferramentas digitais podem possibilitar o acesso por meio de biometrias e validações à distância. Isso sem contar com o atendente virtual. Por ainda não se bem conhecer no Brasil o que efetivamente seja um governo digital confunde-se costumeiramente o modelo proposto com aquele eletrônico.

Derrogar a formalidade excessiva e substituí-la por uma relação mais essencial deve ser uma obsessão do INSS nos tempos atuais. Os serviços públicos devem servir às pessoas e não o inverso. Por isso é fundamental investir em tecnologia. Contudo, como anda a Dataprev neste contexto?

Os dois pontos elencados como sugestões para o futuro do INSS não trazem garantias de um bom futuro. Eles apenas tentam contrariar dados históricos. Deixam a esperança de que, mesmo diante das mesmas premissas, seja possível um desfecho para o Instituto um pouco diferente daquele ocorrido em tempos passados.



## ADULTÉRIO E SUA CONSEQUÊNCIA NA ÁREA CIVIL

**BRUNA SPAGNOL:** advogada, especialista em Direito Processual Penal e doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Mar del Plata (Argentina).

**DEYVISON EMANUEL LIMA DE MENEZES:** advogado, doutorando em Direito pela Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), especialista em Direito Civil e Processo Civil, em Direito Administrativo e Direito e Processo do Trabalho.

**Resumo:** o presente artigo procura demonstrar que mesmo o crime de adultério ter sido abolido do Código Penal essa prática ainda pode trazer consequência no Direito Civil, principalmente porque a relação entre o casal tem base na fidelidade recíproca, conforme prevê o Código Civil.

**Palavras:** adultério, dever de fidelidade recíproca e indenização.

**Sumario:** 1- Introdução, 2- Do dever de fidelidade, 3- Da responsabilidade civil e entendimento jurisprudencial, 4- Conclusão, 5- Referência Bibliográfica.

### 1- INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a caracterização dos danos morais decorrentes do adultério, asseverando que tal responsabilização decorre da quebra do dever de fidelidade recíproca entre o casal. Para tanto, irá se analisar se o dano moral cabe somente ao cônjuge adúltero ou pode envolver a(o) amante no pagamento de indenização decorrente do comprovado dano moral, necessitando ainda, de comprovação da situação humilhante e do sofrimento anormal.

### 2- DO DEVER DE FIDELIDADE

Desde ano de 2005, o adultério deixou de ser considerado um crime, embora tal ato possa trazer diversas consequências jurídicas, diversa da criminal.

Embora o adultério não seja considerado mais um ilícito penal, ambos cônjuges ainda possuem o dever moral e jurídico de fidelidade recíproca, nos termos do artigo 1.566 do Código Civil.<sup>1</sup>

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

Para Diniz o adultério é um ilícito civil e caracteriza a falência da moral familiar.

“Sob o ponto de vista moral e jurídico, merecem reprovação tanto a infidelidade do marido como a da mulher, por ser fator de perturbação da estabilidade do lar e da família.

É preciso não olvidar que não é só o adultério (ilícito civil) que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida etc.” (DINIZ, 2009, p. 133).<sup>2</sup>

O Professor Rui Stoco vai além dos pensamentos de Diniz afirmando que a infidelidade ofende não só a honra objetiva da pessoa, mas o dogma religioso.

“... que o adultério é a traição da confiança de todos: do marido, mulher e filhos, parentes e amigos. É a ofensa às instituições e até mesmo ao dogma religioso. É o menoscabo, escárnio, vilipêndio ao companheiro, com o desfazimento da *afettio societatis*. Ofende a honra objetiva da pessoa, de sorte a causar mágoa, tristeza, frustração e angústia. Não se exige que esse comportamento se exteriorize e chegue ao conhecimento

---

<sup>1</sup>CODIGO CIVIL, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acessado em 18 de janeiro de 2021.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

externo; que ganhe publicidade. O só comportamento já causa mal à pessoa, ofendendo a sua dignidade, ferindo o seu amor próprio. Caracteriza, portanto, ofensa grave e, para alguns, insuportável. Então, se a ofensa moral está ínsita – in re ipsa – mostra-se exagerado e desarrazoado impor que, para que se o reconheça a obrigação de o cônjuge infiel reparar, se exija que essa infidelidade ganhe publicidade e se converta em despudorada exibição pública.”<sup>3</sup>

Ocorre que nos últimos anos vem crescendo os casos de pessoas que buscam a Poder Judiciário com o objetivo de obter uma indenização por danos morais em razão da traição do cônjuge.

O constrangimento indevido e desnecessário experimentado pela vítima, devido à traição, poderia gerar sim a indenização por danos mais, conforme Said Cahali comenta:

"a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)"<sup>4</sup>

Sendo assim, percebe-se que os autores concordam que a infidelidade e o dever de lealdade, previsto no Código Civil, ferido pelas partes gera um dano emocional tão grande que merece ser indenizado por aquele que provocou o ilícito civil.

### **3- DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Diante da repercussão dessa prática no judiciário foi construída pela jurisprudência as hipóteses em que se aplica a responsabilidade civil.

---

3 STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

4 CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.pg. 20.

Deve ser observado que o simples fato de ocorrer uma traição, embora seja um ato moralmente inaceitável, não enseja automaticamente a fixação de uma indenização compensatória por esse fato.

Para ocorrer a aplicação do dano moral em razão de uma infidelidade conjugal, inicialmente deve ser aplicada a responsabilidade civil subjetiva, sendo assim, deve ocorrer uma análise do caso concreto para verificar o preenchimento de todos os requisitos legais, como a ocorrência de um ato ilícito, culposo ou doloso, o nexo de causalidade e o dano, nos termos dos artigos 186, 927 do Código Civil.

Conforme entendimento jurisprudencial sobre o tema, para que a traição se configure como um ato possível de indenização, deve ficar comprovado no caso concreto que os acontecimentos superarão os meros dissabores, desilusões e aborrecimentos de uma traição, ou seja, o cônjuge traído precisa comprovar em juízo que a traição gerou danos aos direitos da personalidade.

Nesse liame os Tribunais vêm entendendo que para a ocorrência do dano moral se faz necessário que a pessoa traída cumpra seu ônus processual, nos termos do artigo 373, I do CPC e apresente provas da infidelidade e que a mesma teve como consequências situações de humilhação, constrangimento, abalo a honra, imagem, reputação, lesões concretas aos direitos da personalidade, pois a traição isolada, não enseja a aplicação da responsabilidade civil.

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AOS DEVERES DO MATRIMÔNIO. FIDELIDADE E LEALDADE RECÍPROCOS. 1-** Embora a atual legislação civil tenha previsto como consequência para a infidelidade conjugal apenas a dissolução do contrato matrimonial, a moderna doutrina civilista, vista de forma global, entende que a violação dos deveres inerentes à sociedade conjugal, é capaz de provocar dano moral no cônjuge que sofre a traição. 2- O adultério por si só não gera o dever de indenizar por dano moral. Mas os constrangimentos e humilhações sociais que a vítima sofre com a divulgação, a propalação do fato e a sua repercussão, no seu meio social e familiar, enseja a condenação em danos morais . **APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, APELACAO 0124042-29.2013.8.09.0006, Rel. ORLOFF NEVES ROCHA, 1ª Câmara Cível, julgado em 03/08/2018, DJe de 03/08/2018).5**

---

5TJGO, disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932332640/apelacao-apl-1240422920138090006/inteiro-teor-932332659>> Acesso em: 01 de janeiro de 2021.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002963-55.2010.8.08.0026 APELANTE: ADELSON DE CASTRO APELADOS: VALDINEIA SANTOS FERREIRA e WEDSON DA SILVA RELATOR: DES. SUBST. JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA ACÓRDÃO EMENTA : APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL - DANO MORAL – SUPOSTA INFIDELIDADE – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO. 1.Não há dúvidas quanto à incidência das regras de responsabilidade civil nas relações do âmbito familiar, devendo o caso em comento ser analisado à luz do artigo 186 do Código Civil. Assim, para que seja caracterizado o dano moral, e gerado o dever de indenizar, é necessária a comprovação de existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e da culpa do agente. 2.Com relação ao apontado cúmplice do convivente infiel, não há como se imputar o dever de indenizar, já que ele não possui, legal ou contratualmente, vínculo obrigacional com o convivente supostamente traído, não sendo possível exigir sua responsabilização pelo descumprimento de deveres inerente ao casamento. 3.Ainda que a união estável imponha o dever de fidelidade recíproca e de lealdade, a violação pura e simples de um dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar o direito de indenizar. A prática de adultério, isoladamente, não se mostra suficiente a gerar um dano moral indenizável, sendo necessário que a postura do cônjuge infiel seja ostentada de forma pública, comprometendo a reputação, a imagem e a dignidade do companheiro. 4.Recurso improvido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso. Vitória/ES, 06 de outubro de 2015. PRESIDENTE RELATOR (TJ-ES - APL: 00029635520108080026, Relator: ANNIBAL DE REZENDE LIMA, Data de Julgamento: 06/10/2015, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 14/10/2015)6

Ademais em caso de uma condenação por danos morais quem possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação em regradar é o traidor que possui o

---

6TJSE. Disponível em: < <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359500120/apelacao-apl-29635520108080026>> Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

dever legal e moral de fidelidade recíproca, sendo que o cúmplice da traição não pode ser responsabilizado juridicamente por esse fato isoladamente.

Frisa-se que em caso de condenação por danos morais a indenização será fixada de acordo com a extensão do dano verificado no caso concreto, com fulcro no artigo 944 do Código Civil, não podendo ensejar o enriquecimento ilícito da pessoa traída, entretendo, a indenização deve reparar o dano e servir de desestímulo para novas condutas ilícitas.

Em suma, para a ocorrência da responsabilidade civil em virtude da traição deve ficar comprovado que a traição ultrapassou os meros aborrecimentos e causou danos concretos a pessoa traída, seja através de situações humilhantes, constrangedoras ou exposição da intimidade. Comprovando esses fatos o causador do dano deve arcar com o pagamento de uma indenização que seja capaz de reparar os danos causados.

#### **4- CONCLUSÃO**

Conclui-se que para ocorrer a aplicação dos danos morais deve ocorrer uma análise no caso concreto com o objetivo de verificar que os fatos comprovados nos autos são capazes de violar ou não os direitos da personalidade, evitando a banalização do instituto, devendo ainda ser observado o ônus da prova para a comprovação dos fatos e danos.

#### **5- REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

CODIGO CIVIL, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acessado em 18 de janeiro de 2021.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.pg. 20.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TJGO, disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/932332640/apelacao-apl-1240422920138090006/inteiro-teor-932332659>. Acesso em: 01 de janeiro de 2021.

TJSE. Disponível em: < <https://tes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359500120/apelacao-apl-29635520108080026>>.  
Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

## **ACESSIBILIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DESENVOLVIMENTO URBANO**

**ALLANE LIMA DE MOURA:** advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), especialista com pós graduação lato sensu em Direito Ambiental e Urbanístico pela Damásio Educacional.

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é analisar a acessibilidade como um direito fundamental, que demonstra ser tão significativo quanto os demais direitos. Por infelicidade, nem sempre houve uma preocupação do legislador no que tange a essa acessibilidade. Partindo-se de uma análise de Leis, é buscado demonstrar a gradativa atenção e consideração do legislador em relação ao acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida ao meio urbano e edificações. Para o desenvolvimento do estudo é abordado o método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base o levantamento de legislação, doutrina e periódicos sobre o tema proposto.

Palavras-chave: Acessibilidade; Inclusão; Pessoa com deficiência; Direito fundamental.

**Abstract:** The objective of the present work is to analyze accessibility as a fundamental right, which proves to be as significant as the other rights. Unfortunately, the legislator was not always concerned about this accessibility. Based on an analysis of laws, the aim is to demonstrate the gradual attention and consideration of the legislator in relation to the access of people with disabilities or reduced mobility to the urban environment and buildings. For the development of the study, the deductive method is approached, with bibliographic research technique, based on the survey of legislation, doctrine and periodicals on the proposed theme.

Keywords: Accessibility; Inclusion; Handicapped; Fundamental right.

Sumário: 1. Introdução – 2. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade urbana – 2.1. O conceito de deficiência – 2.2. A legislação brasileira e o direito à acessibilidade – 3. Acessibilidade como direito fundamental a uma cidade inclusiva – 3.1 A inclusão social da pessoa com deficiência – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

### **1.INTRODUÇÃO**



As pessoas com deficiência têm uma longa história de luta por direitos e até mesmo por dignidade. Contudo, felizmente no cenário atual existe uma grande preocupação do legislador, não só no aspecto nacional, o que garantiu uma grande evolução no que se refere aos próprios aspectos existenciais desse grupo.

Entretanto, o direito de objetivo desse estudo é o da acessibilidade, que não consiste apenas no simples acesso a um local, trata-se de um direito fundamental tão importante quanto os outros direitos, como educação, saúde e moradia. A briga por esse direito consiste em um emaranhado de igualdade e dignidade.

A problemática consiste na luta pela eliminação de barreiras de locais públicos, não só de construções antigas, mas ainda nas criações de obras públicas.

Como objetivos específicos, podem ser enumerados os de demonstrar, através de legislações, a evolução de direitos das pessoas com deficiência, em especial o da acessibilidade; além de clarificar a inclusão social da pessoa com deficiência e mobilidade reduzida.

Já como objetivo geral, o de reconhecer o direito de acessibilidade, como um direito fundamental a uma cidade inclusiva.

Inicialmente, foi feito um passeio sobre o conceito de deficiência, que por muito tempo foi sinônimo de doença. E ainda, houve a exploração da legislação brasileira no que diz respeito à acessibilidade.

Por último, foi levantada a questão da inclusão social, que felizmente hoje paira sobre esse grupo de pessoas.

A metodologia utilizada no desenvolvimento do estudo foi a dedutiva, com a realização de pesquisa bibliográfica, tendo como base o levantamento de legislação, doutrina, periódicos e decisões sobre o tema proposto.

## **2 - A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À ACESSIBILIDADE URBANA**

### **2.1 O conceito de deficiência**

Inicialmente, de acordo com o dicionário Aurélio (2009, s/p) o significado de deficiência é: "s.f. Insuficiência orgânica ou mental. / Defeito que uma coisa tem ou perda que experimenta na sua quantidade, qualidade ou valor". Ao longo dos séculos, as pessoas com deficiência foram oprimidas pelos que detêm o poder sobre indivíduos em situação de vulnerabilidade. Segundo Maior (2015), em virtude da diferença, as pessoas com deficiência são excluídas e segregadas da sociedade, além de serem tomadas como incapazes e doentes. Além disso, Pessotti (1984, p.4) lembra que a deficiência era conceituada pelo catolicismo como um castigo:

Até o aparecimento do cristianismo, o deficiente era visto como um ser sem alma, dotado de uma infelicidade por ser assim constituído. A partir de então, ele ganha uma alma e não pode ser mais abandonado e morto, sem atentar-se contra os desígnios de Deus. Entretanto, [...] também passa a ser culpado pela sua condição, já que é deficiente por um castigo divino. E como cristão, é castigado e deve sofrer e ser punido.

Pessotti (1984, p. 9) ainda acrescenta que alguém com deficiência:

[...] era visto como portador de desígnios especiais de Deus ou como presa de entidades malignas às quais “obviamente” serviria através de atos bizarros como os das bruxas. Dada a credulidade da população rural e seu fanatismo clerical, não surpreende que entre as cem mil pessoas queimadas por bruxaria, só na Alemanha do século XVII, estivessem incluídos centenas de dementes e amentes ou deficiente mentais.

Durante longos períodos, em razão da falta de investigação sobre as pessoas com deficiência, do fanatismo religioso e do desconhecimento, uma vez que a ciência já foi considerada como bruxaria, a sociedade chegou a considerar essas pessoas como bruxas ou até mesmo endemoniadas, conforme enfatizam Moises e Stockmann (2020). Dessa forma, é evidente que a vida da pessoa com deficiência nunca foi tarefa fácil.

O Relatório Mundial sobre a Deficiência, estimou que mais de um bilhão de pessoas, representando cerca de 15% da população mundial, estaria vivendo com alguma deficiência, segundo a OMS (2011). No Brasil, segundo o Censo Demográfico IBGE (2012), mais de 45 milhões de pessoas declararam ter alguma deficiência, visual, auditiva, motora, mental ou intelectual, o que corresponde a 23,9% da população, sendo a Região Nordeste com o maior percentual de pessoas com deficiência.

Infelizmente, são dados impactantes, mas que geram inúmeras preocupações por direitos e garantias a esse grupo de pessoas e fazem com que suas necessidades sejam discutidas na agenda política a nível mundial.

Completa Lopes (2014) que a deficiência se enquadra na matéria coletiva, de modo a ser amenizada pela esfera pública, devendo os países promover o exercício dos direitos humanos e fundamentais, levando-se em consideração as políticas, programas, produtos, concepção de novos espaços, com desenho universal e inclusivo, para que não concebam obstáculos conflitantes com a participação das pessoas com deficiência.

Na legislação brasileira, o conceito de pessoa com deficiência foi definido no Decreto 914/1993:

Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Posteriormente o Decreto 914/1993 foi revogado por força do Decreto 3.298/1999 que ainda regulamentou a Lei 7.853/1989. Esse Decreto 3.298/1999 passou a conceituar deficiência como:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O referido decreto ainda categorizou os diferentes tipos de deficiência como física, auditiva, visual, mental e múltipla.

Em 2009 o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi promulgado no Brasil através do Decreto 6.949/2009, que mencionou:

Artigo 1 - Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas

barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em 2015, adveio a Lei 13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e trouxe uma redação quase igual ao da Convenção:

**Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.** (grifo do autor)

Dessa maneira, o conceito dado pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência teve como inspiração a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e apresentou compatibilidade com os dispositivos do Decreto 914/1993 que regulamentaram a Lei 7.853/1989.

## **2.2 A legislação brasileira e o direito à acessibilidade**

No Brasil, conforme enriquece Maior (2017), antes da Constituição Federal de 1988 não existiam normas que tratassem diretamente das pessoas com deficiência, com a ressalva de regulamentos da Educação Especial e da Legislação Brasileira de Assistência (LBA). Mas atualmente o aparato jurídico sobre os direitos dessas pessoas é reconhecido como um dos mais extensos do mundo.

A Constituição Federal (1988), no art. 5º, ostentou o princípio da igualdade, que se refere ao direito de acesso a todas as pessoas e materializou o direito à acessibilidade. Contudo, a Carta Magna (1998) não trouxe explicitamente o significado de acessibilidade, tendo deixado a tarefa para leis regulamentadoras e doutrina. De acordo com o art. 2º, inciso I, da Lei 10.098/2000, conhecida também como Lei da Acessibilidade, a definição do termo é a:

[...] possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

Segundo o Ministério das Cidades (2006, p. 18):

Falar de acessibilidade em termos gerais é garantir a possibilidade do acesso, da aproximação, da utilização e do manuseio de qualquer ambiente ou objeto. Reportar este conceito às pessoas com deficiência também está ligado ao fator deslocamento e aproximação do objeto ou local desejado. Indica a condição favorável de um determinado veículo condutor que, neste caso, é o próprio indivíduo, dentro de suas capacidades individuais de se movimentar, locomover e atingir o destino planejado.

Na Constituição (1998), existe uma ligação entre acessibilidade e os arts. 227, §2º e 244:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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: [...]

§ 2º – A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 244 – **A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência**, conforme disposto no art. 227, § 2º. (grifo do autor)

A própria jurisprudência, conforme decisão no Supremo Tribunal Federal – STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 903), que teve como relator o Ministro Dias Toffoli, reconhece essa ligação entre a acessibilidade e os arts. 227, §2º e 244 da CF/1988:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 10.820/92 do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre adaptação dos veículos de transporte coletivo com a finalidade de assegurar seu acesso por pessoas com

deficiência ou dificuldade de locomoção. Competência legislativa concorrente (art. 24., XIV, CF). Atendimento à determinação constitucional prevista nos arts. 227, § 2º, e 244 da Lei Fundamental. Improcedência. 1. A ordem constitucional brasileira, inaugurada em 1988, trouxe desde seus escritos originais a preocupação com a proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais, construindo políticas e diretrizes de inserção nas diversas áreas sociais e econômicas da comunidade (trabalho privado, serviço público, previdência e assistência social). **Estabeleceu, assim, nos arts. 227, § 2º, e 244, a necessidade de se conferir amplo acesso e plena capacidade de locomoção às pessoas com deficiência, no que concerne tanto aos logradouros públicos, quanto aos veículos de transporte coletivo**, determinando ao legislador ordinário a edição de diplomas que estabeleçam as formas de construção e modificação desses espaços e desses meios de transporte.

[...]

(STF - ADI: 903 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 22/05/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 06-02-2014 PUBLIC 07-02-2014) (grifo do autor)

É merecedora de nota, ainda, a Lei 7.853/1989, que sobre edificações menciona, em seu art. 2º, V, 'a':

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência

[...]

V - na área das edificações:

a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte.

De modo a regulamentar essa Lei 7.853/1989, surgiu o Decreto 3.928/99, que teve como intenção a integração da pessoa com deficiência. O art. 58 desse decreto aduz que:

Art. 58. A CORDE desenvolverá, em articulação com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, programas de **facilitação da acessibilidade em sítios de interesse histórico, turístico, cultural e desportivo, mediante a remoção de barreiras físicas ou arquitetônicas que impeçam ou dificultem a locomoção de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.** (grifo do autor)

A CORDE mencionada acima é a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

Existe também a regulamentação na prioridade de atendimento as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, bem como a determinação de que logradouros, sanitários públicos, edifícios de uso público devem promover acessibilidade às pessoas com deficiência para o caso de licenciamento de edificação, uma vez tratada a acessibilidade na Lei 10.048/2000.

Outro diploma que merece destaque é a Lei 10.098/2000, que como já mencionado, é conhecida por Lei da Acessibilidade. Nela se estabelece normas gerais e critérios básicos para promover a acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, através da supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Preconiza Maior (2017) que com intuito de regulamentar as Leis 10.048/2000 e 10.098/2000, surgiu o Decreto 5.296/2004, que trata das condições que impactam a vida cotidiana das pessoas com deficiência, pois versa sobre moradias, bens culturais imóveis, modais de transportes coletivos, terminais de embarque e desembarque, bem como o acesso aos espaços públicos e edificações. Além disso, de acordo com Fayan e Setubal (2016) o referido Decreto tornou o desenho universal obrigatório no Brasil, e ainda buscou promover a eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas.

Ademais, em relação ao termo Desenho Universal, este foi usado pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1985, pelo arquiteto Ron Mace, que influenciou a mudança de paradigma no desenvolvimento de projetos urbanos, de arquitetura, design e produtos. Para Mace, a expressão está condicionada a criação de ambientes e produtos que podem ser usados por todas as pessoas na sua máxima extensão possíveis, é o que entende o Governo do Estado de São Paulo (2010, pp. 14-15). Fayan e Setubal (2016, p. 170) destacam que: "Quando um projeto realmente atende ao Desenho Universal, sua repercussão é que ele é um ambiente bem projetado, que

evita isolar ou estigmatizar qualquer grupo de usuários, sem privilegiar um grupo sobre outro”.

No Brasil, a definição de desenho universal se encontra na Lei 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência):

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

[...]

**II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;** (grifo do autor)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência ainda menciona que:

Art. 57. As edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes devem garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tendo como referência as normas de acessibilidade vigentes.

Fayan e Setubal (2016, p. 174) acrescentam:

A Lei Brasileira de Inclusão trouxe várias garantias de acessibilidade em edificações, comunicação e meio urbano, relacionando a deficiência da pessoa ao meio em que ela vive, ou seja, se esta pessoa estiver em um ambiente totalmente acessível a deficiência praticamente inexistente.

Ademais, o Estatuto da Pessoa trouxe uma nova definição para o conceito de barreira, em seu art. 3, IV, a), que consequentemente alterou a respectiva redação no que tange a Lei 10.098/2000. O texto prevê:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

[...]

**IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à**



**compreensão, à circulação com segurança, entre outros,** classificadas em:

**a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;**

**b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;**

[...]

(grifo do autor)

As barreiras urbanísticas existem nos sítios históricos, sistema viário, edificações públicas e privadas, bem como no mobiliário urbano. São exemplos desse tipo de barreira a inexistência de vagas de estacionamento para pessoas com deficiência e a falta de rebaixamento nas calçadas. Já as barreiras arquitetônicas existem o interior de edifícios públicos e privados. São exemplos dessa última a sinalização inadequada, ausência de rampas de acesso a esses edifícios, portas e corredores estreitos, entre outros, é o que completa o Ministério das Cidades (2006).

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi uma grande conquista, com o marco de proteção da acessibilidade ao meio urbano e edificações, além de ter trazido grandes melhorias relacionadas a capacidade civil da pessoa com deficiência, que, via de regra, passou a ser considerada como capaz. O Estatuto trouxe um prisma de direitos existenciais e visou garantir todos os direitos fundamentais a esse grupo de pessoas para promover a inclusão social.

### **3 - ACESSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA CIDADE INCLUSIVA**

#### **3.1 A inclusão social da pessoa com deficiência**

Sobre a definição de direito fundamental, Araujo (2005, pp. 109-110) discorre:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Com o intuito de atestar que a acessibilidade é um direito fundamental, uma vez que a vida de uma pessoa necessita ser digna em qualquer dimensão, acrescenta Sousa (2014. pp. 61-62):

Os direitos das pessoas com deficiência são igualmente considerados como direitos humanos, ou seja, são conjuntos de direitos inerentes às pessoas com deficiência, que implicam o respeito pela dignidade e seus direitos iguais e inalienáveis, tal como acontece às pessoas não-portadoras de deficiência. Portanto, são considerados como direito universais, indivisíveis, irrenunciáveis e interdependentes, e são reconhecidos, garantidos e respeitados por determinado ordenamento jurídico interno.

O art. 5º da Constituição Federal (1998), que trata sobre os direitos e garantias fundamentais, não contemplou expressamente a acessibilidade da pessoa com deficiência, mas em um estudo mais aprofundado é possível chegar à conclusão de que essa acessibilidade é inserida como um direito fundamental. Contudo, é necessário seja feita uma caminhada perante os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da igualdade e da liberdade de locomoção.

Primeiramente, a dignidade da pessoa humana é trazida no art. 1º, inciso III, da Carta Magna (1998). Moraes (2016) esclarece que já que todos são iguais perante a lei, sem distinção, com a garantia do direito à vida como o direito primordial a todos, como o primário, este se constitui como pré-requisito à existência e ao exercício dos demais direitos e dessa forma, o Estado deve garantir o direito à vida em duas perspectivas, primeiro a garantia do nascimento com vida, dando ao nascituro condições viáveis, e depois a garantia do direito de subsistência de ter uma vida digna.

Sobre dignidade da pessoa humana afirma Sarlet (2015, p. 60):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe **garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável**, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos

da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (grifo do autor).

Sobre o tema, enriquecem Pimentel M. e Pimentel S. (2018) que é plenamente possível fazer uma associação entre a acessibilidade e a dignidade da pessoa humana dos indivíduos com deficiência, uma vez que através da acessibilidade haverá a isonomia entre as pessoas na sociedade, garantindo assim uma condição mínima de vida e boa convivência. Ademais, uma sociedade não acessível deve ser entendida como aquela que não garante o direito à vida plena de uma pessoa com deficiência, já que sua dignidade enquanto cidadão não lhe é garantida. Portanto, a acessibilidade é uma forma de complemento do direito à vida.

Dando prosseguimento, depara-se com o direito à cidadania, que é trazido pelo art. 1º, inciso II, da Constituição Federal (1998). Para relação desse princípio com a acessibilidade é importante citar o voto do Ministro Marco Aurélio em sede de recurso extraordinário (RE 440028 SP), no Supremo Tribunal Federal – STF, que versou sobre uma escola estadual, ou seja, um prédio público, que não contava com rampa e banheiros adequados a deambulação e uso por pessoas com deficiência física:

**A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais.** A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. Obstaculizar-lhes a entrada em hospitais, escolas, bibliotecas, museus, estádios, em suma, edifícios de uso público e áreas destinadas ao uso comum do povo, implica tratá-los como cidadãos de segunda classe, ferindo de morte o direito à igualdade e à cidadania. (grifo do autor)

Assim sendo, resta evidente o pensamento de que o alcance à plena cidadania deve englobar a acessibilidade.

Passando a falar em direito à igualdade, o caput do art. 5º da Constituição Federal (1998) traz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É importante frisar a igualdade sob o ponto de vista de justiça, que no ensinamento de Aristóteles (2003, p. 203) se faz necessário tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), já tratava internacionalmente sobre a igualdade no prisma de batalha por direitos humanos. Trouxe em seus arts. 2º, 6º e 7º:

Artigo II - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo VI - Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Além disso, a Constituição Federal (1998), em seu art. 3º traz entre os objetivos fundamentais do país a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Por conseguinte, o Estado tem a obrigação legal de garantir a igualdade da pessoa com deficiência, podendo a sociedade exigir o cumprimento disso.

Lamentavelmente, pessoas com deficiência enfrentam cotidianamente barreiras não apenas físicas, mas também sociais. Pimentel M. e Pimentel S. (2018, pp. pp. 75-102.) consignam que:

[...] sombras da estigmatização e da discriminação histórica de ver o indivíduo com deficiência como um ser “anormal” trouxeram para a realidade social uma mazela enorme, dificultando a aceitação da pessoa com deficiência como uma pessoa humana possuidora dos mesmos direitos, sem distinção.

Outrossim, o direito à igualdade resulta numa luta pela desfragmentação de uma igualdade taxada pela sociedade ao longo de sua história. Essa luta passou a ter como um dos pilares a proteção das pessoas com deficiência.

Por último, cumpre mencionar a importância da liberdade de locomoção da pessoa com deficiência. A Constituição Federal (1998), em seu art. 5º, inciso XV, garantiu liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz. Além do mais, o Decreto 3.298/99, que trata da Integração da pessoa com deficiência, trouxe em seu art. 2º que:

Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Compreende-se liberdade de locomoção como sendo também o direito de ir e vir. Explicam Fayan e Setubal (2016, p. 167) que: “Todas as atividades da vida humana estão relacionadas a deslocamentos e uso dos espaços”. E complementa Figueiredo (2000) que a liberdade de locomoção também é o direito de frequentar ambientes públicos fechados, aqui compreendido como direito de acesso arquitetônico, o de percorrer ruas, praças e avenidas, este compreendido como direito de trânsito, e por último, de utilizar-se, nesse trajeto, de meios de transporte público financeira e ergonomicamente acessíveis.

Além de que o Município é o grande incumbido de executar políticas de acessibilidade, já que está mais próximo do cidadão. Nessa linha de raciocínio, contribuem Brito e Feijó (2015, s/p):

**[...] ter e ser um município com ambiente urbano inclusivo passa, necessariamente, pela ideia de uma cidade de e para todos, independentemente do tipo de deficiência, exigindo uma nova concepção de viver em sociedade, sem segregação, sem barreiras.** Por isso, a compreensão do que seja acessibilidade auxiliará na concretização dos direitos inerentes às pessoas com deficiência, alterando **o pensamento de que acessibilidade é simplesmente a construção de rampas, a colocação de corrimãos e a instalação de elevadores.** É nesse cenário, na nova pólis, que as pessoas com deficiência devem exercitar o direito fundamental a uma cidade inclusiva para que também possam viver em plenitude, usufruindo, legitimamente, dos benefícios de ser um cidadão. (grifo do autor)

De acordo com Sampath (2020, s/p): “Uma cidade inclusiva é aquela que busca solucionar não apenas a igualdade econômica, mas também a igualdade social, política e cultural em todos os segmentos da cidade”. Em concordância com Leite (2011, s/p) que afirma que não basta apenas eliminar as barreiras de espaços públicos para garantir a circulação, é necessário que o Poder Público municipal não

crie diariamente barreiras ao projetar ou executar uma nova obra pública ou adaptar uma obra já existente.

Destarte, a acessibilidade da pessoa com deficiência, apesar de não ter sido expressamente trazida pelo art. 5º da Carta Magna (1998), é um direito fundamental implícito, comprovado pelas associações feitas. A acessibilidade deve ser vista como uma premissa para autonomia da pessoa com deficiência e tem a função de promover a igualdade e a liberdade desse grupo de pessoas.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a inclusão social das pessoas com deficiência foi de fato efetivada com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e reforçada com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Como exposto, essa inclusão engloba o direito à acessibilidade, que é tão importante quanto o direito a educação, saúde, moradia, entre outros. Sem a acessibilidade não é possível ser atingida a igualdade e a dignidade.

A viabilidade de implementação de aparatos de acessibilidade em um bem deve ser encarada como uma ferramenta de garantia do direito para todos, sem discriminação.

Diante do levantamento de legislações, doutrinas, decisões judiciais e periódicos analisados, é confirmada a preocupação do legislador brasileiro com a acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida ao meio urbano e edificações.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRASIL, Ministério das Cidades. **Caderno 2: Construindo uma cidade acessível**. Brasília: [s.n], 2006.

BRASIL, Ministério das Cidades. **Caderno 5: Implantação de sistemas de transporte acessíveis**. Brasília: [s.n], 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.298/1999**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração

da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 3.928/1999**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.949/2009**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 914/1993**, de 6 de setembro de 1993. Institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 ago. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0914.htm). Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.048**, de 08 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l10048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm). Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.098/2000**, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l10098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm). Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13146.htm). Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.853/1989**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Diário Oficial da União,

Brasília, DF, 1989. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20apoio%20%C3%A0s,P%C3%ABblico%2C%20define%20crimes%2C%20e%20d%C3%A1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20apoio%20%C3%A0s,P%C3%ABblico%2C%20define%20crimes%2C%20e%20d%C3%A1). Acesso em: 18 out. 2020.

FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; BRITO, Viviane Gomes de. Planejamento urbano e acessibilidade: o direito a uma cidade inclusiva. **Revista do CEDS**, São Luís, v. 1, n. 2, mar. /jul. 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Fundação Dorina Nowill para cegos, 2009.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Direito de locomoção da pessoa portadora de deficiência no meio ambiente urbano. **Revista Direito**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, jan./jun. 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010 - características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

LEITE, Flávia Piva Almeida. **Acessibilidade na cidade: um direito fundamental**. Disponível em: <https://www.diritto.it/acessibilidade-na-cidade-um-direito-fundamental/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

LOPES, LAÍS DE FIGUEIRÊDO. Artigo 1 Propósito. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Secretaria de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Brasília, 2014.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. **História, conceito e tipos de deficiência**. São Paulo: Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2015. Disponível em:  
<http://violenciaedeficiencia.sedpcd.sp.gov.br/pdf/textosApoio/Texto1.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos. **Inclusão Social**, v. 10, n. 2, dez. 2017.

MOISES, Ronaldo Rodrigues; STOCKMANN, Daniel. A pessoa com deficiência no curso da história: aspectos sociais, culturais e políticos. **History of Education in Latin America - HistELA**, v. 3, e. 20780, jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório mundial sobre a deficiência**. São Paulo: OMS, 2011.

PESSOTTI, Isaías. **Deficiência mental: da superstição à ciência**. São Paulo: T.A. Queiroz/ Edusp, 1984.

PIMENTEL, Susana Couto; PIMENTEL, Mariana Couto. Acessibilidade como um Direito Fundamental: uma análise à luz das Leis Federais brasileiras. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v.13, n. 1, jan./abr. 2018.

SAMPATH, Padmashree Gehl. **Cidades inclusivas: uma perspectiva asiática**. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8453/1/Cidades%20inclusivas\\_31.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8453/1/Cidades%20inclusivas_31.pdf). Acesso em: 02 nov. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SETUBAL, Joyce Marquezin; FAYAN, Regiane Alves Costa. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada**. Campinas: Fundação FEAC, 2016.

SOUSA, Filipe Venade de. **Os direitos fundamentais das pessoas surdas**. Editora: Almedina, 2014.

STF. **ADI 903 MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 22.05.2013. Publicação: 07/02/2014.

STF. **RE 440028 SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 29.10.2013. Publicação: 26/11/2013.

UNIVERSAL, Desenho. **Habitação de interesse social**. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 2010.

## **A INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL**

**LARISSA THAYNARA DA SILVA DIAS RAMIRES:**

bacharelada de Direito pela Instituição de ensino Universidade Brasil - Campus Fernandópolis-SP e Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo.

**ADEMIR GASQUES SANCHES**

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como principal objetivo, analisar a eficácia da pena privativa de liberdade no Brasil. A pena, nada mais é do que a retribuição imposta pelo Estado àqueles imputáveis que infringem as normais penas incriminadoras. A reintegração do indivíduo na sociedade não tem ocorrido conforme se almeja. Buscando melhorar esse lamentável quadro, a lei tem trazido algumas alternativas. A lei nº 9.099/95, por meio dos seus institutos, com a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos em substituição às penas privativas de liberdade foi um marco muito importante no nosso ordenamento jurídico. Em seguida, com o advento da lei nº 12.850/13, surgiu a possibilidade de não se aplicar a pena privativa de liberdade por meio da colaboração premiada eficaz. Por fim, foi editado o pacote anticrime, consubstanciado na Lei nº 13.964/2019, que trouxe a possibilidade de não persecução criminal, sendo este mais um importante instituto que objetiva a não aplicação de pena privativa de liberdade. Ao final se analisará o direito comparado, cotejando-se os sistemas penais de outros países com o Brasil. O método utilizado foi o dedutivo, que permite partir de uma premissa geral, aliado ao campo de pesquisa bibliográfica, legislações e artigos de revistas científicas.

Palavras-chave: Reincidência. Prisão Privativa de Liberdade. Prisão Restritiva de Direitos. Ressocialização.

**Sumário:** Introdução. 1. Histórico das penas. 1.1 Pena privativa de liberdade no Brasil e sua ineficácia. 2. Reincidência. 3. Justiça negociada lei nº 9.099/95 – A transação penal e a suspensão condicional do processo. 4. Acordo de não persecução penal (ANPP). 5. A não denúncia na colaboração premiada. 6. Lei de execução penal. 7. Pena privativa de liberdade na Europa. 7.1 Espanha. 7.2 Itália. 8. Pena privativa de liberdade na América do Sul. 8.1 Uruguai. 9. Pena privativa de liberdade na Ásia. 9.1 Japão. 10. Considerações finais. 11 Referências.

### **INTRODUÇÃO**

No presente trabalho, em seu primeiro capítulo, aborda-se a evolução e origem da pena, bem como seu nascedouro e modo de aplicação mesmo que indiretamente no começo da civilização humana, conceito da pena privativa de liberdade em nosso país, suas espécies, sua origem, evolução até nos dias de hoje. Discutiremos ainda sua ineficácia no nosso ordenamento jurídico, uma vez que advém muitos benéficos para a sua não aplicabilidade, e muitas das vezes quando aplicadas, fere seu propósito de punição; ressocialização e reeducação ao convívio social do condenado, assim não vindo derrubar a reincidência.

No Brasil, esse enorme problema que temos, atinge bruscamente, todo poder judiciário no seu sistema prisional, ou seja, há uma crise desta instituição que teve sua incumbência desviada a sua finalidade final, logo a sociedade e o próprio condenado não contribuem para o cumprimento deste dilema.

No segundo capítulo, discutiremos a reincidência, seu conceito, sua espécie, sua natureza jurídica e seus efeitos a punição de tal crime ou até mesmo de tal contravenção penal, e analisaremos a falência da prisão, como estímulo da reincidência específica, logo esses delitos muitas vezes não são recepcionados como deveria a tal punição do Estado.

Com isso surgiu a relevância da reincidência, logo os números apontam um altíssimo índice de aumento a cada ano, chegando na casa dos 70 %, por consequência não conseguindo assim combater a altíssima reincidência que temos dos apenados.

No terceiro capítulo, trata-se da Justiça Negociada no Brasil, suas características e requisitos. Institutos pré-processuais trazidos pela Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sendo a Transação Penal, prevista no artigo 76 e a Suspensão Condicional do Processo prevista no artigo 89, ambos da referida lei.

No quarto capítulo, discutiu-se atual Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), trazida pela Lei nº 13.964/19 denominada Pacote Anticrime, "pacote" este que o Governo Federal trouxe diversas alterações na legislação brasileira que visa aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal.

No quinto capítulo, analisa o benefício da não denúncia na colaboração premiada, que foi incluída na Lei nº 12.850/13 pela Lei nº 13.964/2019, uma vez que coloca em discussão o princípio da legalidade, com visões de doutrinadores e mais um artifício para a não aplicabilidade da pena privativa de liberdade.

No sexto capítulo, com a vinda do “Pacote Anti-Crime”, o governo modificou 14 leis ao todo, sendo uma delas a Lei nº 7.210/84, lei de execução penal, onde teve diversas modificações, a fim de coibir a impunidade e ter sanções mais eficazes. Complementação inéditas e plausíveis, que nos dá ânimo e confiança, para uma impunidade distante.

Por último, e não menos importante, no capítulo sétimo refere-se ao direito comparado, referente à pena privativa de liberdade e os benefícios que encontramos nos demais países e seu funcionamento interno e os requisitos aludidos.

Sendo da Europa o país da Espanha e Itália, na América do Sul o país Uruguai e na Ásia o país Japão.

No Estados Unidos que é sempre fonte de grande referência ao mundo todo, são nítidas a grande eficiência e a segurança jurídica aos moradores daquele local, logo seu funcionamento restringe o aumento da reincidência e consegue estabilizar a criminalidade.

Neste trabalho se utilizou do campo bibliográfico, legislação e indícios governamentais que apontam as questões discutidas, investigando e construindo um procedimento indicativo para a melhora da efetividade a essa aplicabilidade tão escassa que é no nosso país e sugestões de melhorias.

Podemos afirmar que em outros países as penas têm mais efetividade, que coíbe esse altíssimo índice de reincidência e maus antecedentes que temos, fazendo assim que a sociedade local tenha mais certeza e segurança jurídica da qual todo e qualquer ser humano deseja.

Por fim, esse trabalho tem por objetivo, averiguar os benefícios já existentes em nosso ordenamento jurídico brasileiro, tão logo em reflexo, o acréscimo de reincidência em face da ineficácia da pena privativa de liberdade no Brasil, comparar com outras justiças mais eficazes, que tem resultados satisfatórios, e identificar que a justiça negociada brasileira é razão para a não aplicação da pena e demonstrar a relação entre a ineficácia da pena privativa de liberdade no nosso país e o aumento da reincidência criminal.

## **1 Históricos das penas**

Historicamente a pena é uma entidade muito antiga, presente desde o começo da civilização humana, naquela época, não existia leis para assegurar direitos, logo a única salvaguarda que se tinha era a autodefesa. Sendo a pena repleta de dor, angústia, sofrimento, trabalho, vingança, recompensa, castigos, desumanidade,

dentre outras punições severas. Chamado nesse primeiro momento de vingança privada, onde se fazia justiça com as próprias mãos para defenderem seus direitos.

Era certo que a desproporcionalidade, crueldade e o ciclo de vingança era interminável, pois era comum o parente do agressor morto se vingar novamente de quem buscou justiça. O propósito da vingança privada é tão somente a retribuição do mal causado [...], e por se tratar de justiça com as próprias mãos era desnecessário um terceiro intermediador na aplicação da punição. O que imperava era a lei do mais forte. (MASSON, 2017, p. 75).

Havia a vingança individual, forma muito comum e habitual de aplicação da pena. Logo após sem nenhuma lógica justificada grupos de pessoas, faziam a vingança coletiva e ilimitada. Devido ao surgimento da estrutura familiar, e a busca pela paz social, o indivíduo que cometia um delito, assim julgado como impróprio daquela determinada tribo, era expulso, sem nenhum recurso de sobrevivência para si ou para sua família.

A referida vingança privada ilimitada, passou a ser limitada na segunda idade da pedra, apresentando proporcionalidade entre o delito e a pena imposta, chamado popularmente pena de Talião “olho por olho, dente por dente”. Nesse momento as leis começaram a serem escritas em pedras pelo rei Hamurabi, sendo diversas penas, como: corte de língua, mãos, dedos, orelhas, dentre outras.

Seguidamente a pena passou a ser de vingança divina ou sobrenatural, onde através dos preceitos divinos, sobressaia a punição. Mais tarde no século V, para coibir as penas de mortes, as igrejas católicas, fizeram a fim de punição do clero as prisões, a fim de purificar o homem infrator e estimular o arrependimento. Nesse momento surgiu a pena privativa de liberdade do indivíduo, dentro do Direito Canônico, onde ficou marcado nossa justiça, pois se deu fim à pena de morte.

Já na Idade Moderna, com o fim da pena de morte, mesmo com o esforço da igreja de tentar tornar as penas mais brandas, não foi possível, logo as penas de torturas e sofrimentos passou a ser mais utilizadas, isso no período da vingança pública.

As torturas e as atrocidades atuavam como rituais políticos, assim quando ocorria o crime, era o momento de vingança do monarca pela afronta à sua pessoa, por meio deste momento o acusado era obrigado a reparar os prejuízos trazidos ao reino e as demais pessoas atingidas e ser punido pela desordem provocada. A reprodução na maioria das vezes era teatral com a sociedade para reprodução do crime, o personagem principal por muitas vezes era o povo daquela região afetada

pelo delito, podemos comparar com o nosso tribunal do júri atualmente, sem as devidas proteções e dignidade é claro.

O culpado apesar do cansaço físico e exaustão, promovia sua própria defesa as ruas, carregava mensagem de suplico consigo e adentravam em igrejas para pagar suas ações impróprias, sendo que cegavam, torturavam, furavam a língua, marcavam o condenado com ferro quente e após sua morte decorrente era jogado a beira da estrada e queimado seu cadáver.

### **1.1 Pena privativa de liberdade no brasil e sua ineficácia**

“Pena privativa de liberdade, é a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado”. (MASSOM, 2020, p. 607).

Como já conceituado, a pena privativa de liberdade, tira o direito do indivíduo de ir e vir livremente, previsto em nossa Constituição Federal de 1988, por ter cometido alguma das infrações penais descritas no nosso Código Penal Brasileiro, ou em paralelo outras infrações descritas em nossa legislação vigente.

O Estado na figura do magistrado, mediante ação penal, onde foi assegurado todos meios de defesa do acusado, após a sentença condenatória, transitada em julgado o delinquentes é preso, ou seja, perde o direito de locomoção para ser punido pelo crime cometido, assim prevenir novos crimes que possivelmente possa a vir acontecer e proporcionar a sua readaptação social, para após ser reinserido a sociedade.

O artigo 33, § 1º do Código Penal elenca três regimes, fechado, semiaberto e aberto. No regime fechado a pena privativa de liberdade é executada em estabelecimentos, ou seja, penitenciária de segurança máxima. No regime semiaberto a pena privativa de liberdade é executada em colônia agrícolas, industrial, ou estabelecimentos desse fim específico, neste regime o preso tem a liberdade de trabalhar durante o dia e retornar durante a noite. Por fim no regime aberto a pena privativa de liberdade em casa de albergado ou estabelecimento adequado, e também tem a liberdade de trabalhar durante o dia e se recolher e dormir nessas casas de albergado ou em sua na própria casa.

Para Cesar Beccaria (2015), a pena não modifica o crime já consumado, ou seja, não anula a atuação criminosa que já aconteceu, mais tem o intuito de corrigir a conduta transgressora, sendo imprescindível a pena para o processo humano.

Assim surge o seguinte questionamento, será que a pena privativa de liberdade no Brasil, cumpri com sua finalidade? Será que o crime não compensa aqui

no nosso país? Será que ela supriu sua função de punição e ressocialização? São perguntas que é questionado em nossa sociedade diariamente, em casos cotidianos que vemos, traduz a deficiência da efetividade e da segurança que aduz.

Da mesma forma, há críticas também, ao tempo de duração dessas penas aplicadas, e aos benefícios para sua não aplicabilidade, bem como a justiça negociada Lei nº 9.099/95, bem como a colaboração premiada referente a não denuncia e o ANNP (acordo de não persecução penal) ambos trazidas atualmente pelo pacote anticrime, que veremos ainda.

As penas privativas de liberdade não se confundem com as restritivas da liberdade, em que se limita o poder de locomoção do condenado - obrigando o a manter-se em certo lugar, fixando-se lhe o domicílio, ou a não se transportar para determinada região. (PRADO, 2013, p. 70).

O doutrinador traz a crítica bem construtiva da pena privativa de liberdade, em que pese sobre sua ineficácia, pontuando sua pequena duração, e também os desgastes das inúmeras tentativas de resultados satisfatórios dos apenados que nem sempre são alcançados.

## 2 REINCIDÊNCIA

O doutrinador Jesus (2013, v. 1, p. 611) conceitua o instituto da reincidência, "reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime".

Na mesma linha de raciocínio Capez (2014, p. 458), expõe "a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado", lembrando sua natureza jurídica de agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal.

Por fim Mirabete e Fabrini (2013, p. 294) sem conceituá-la, declara que:

A agravante da reincidência, é contestada por alguns doutrinadores que veem na hipótese um *bis in idem*, ou seja, um agravamento na pena de um crime pela ocorrência de um crime anterior já reprimido por uma sanção penal.

Como vimos defronte a visão de três grandes doutrinadores a reincidência se dá quando um indivíduo pratica um ato criminoso, foi condenado após sentença transitada e julgado e dentro do período de 05 (cinco) anos, venha a praticar

novamente outro crime idêntico ou não, tem um lapso temporal entre a data da extinção da pena e a prática da nova infração. Se o crime for idêntico ao anterior se dá o nome de reincidente específico.

Cabe ressaltar que a prisão tem objetivos fundamentais, sendo elas a punição pelo delito cometido; prevenção de novas práticas de infrações e regeneração do delinquente, no sentido que ele não venha mais a delinquir.

A realidade aqui no Brasil está longe de atingir esses objetivos, as elevadas taxas de reincidência não só indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade, como também a inseguranças que da nossa sociedade vive, pois é vítima diariamente pelos delinquentes que não são punidos.

[...] considerar que as altas taxas de reincidência demonstram o fracasso total do sistema penal e proclamar a abolição da prisão. Indiscutivelmente, a natureza do tratamento penal tem um papel importante na persistência dos níveis de reincidência. (BITENCOURT, 2000, p. 170).

A reincidência pode ser compreendida em duas espécies:

Reincidência genérica: é aquela em que os crimes praticados pelo agente são de natureza diversa, isto é, são previstos em dispositivos legais diversos [...]. Reincidência específica: é aquela em que os crimes praticados pelo agente são da mesma natureza, isto é, quando previstos no mesmo dispositivo legal e ainda quando, embora em dispositivos legais diferentes, pelos fatos que os constituem ou por motivos determinantes apresentam caracteres fundamentais comuns. (RODRIGUES, 1996, p. 125).

O Poder Judiciário, designa e aplica as nossas leis brasileiras, ou seja, o que é determinado pelos legisladores, porém é moroso no tocando a aplicação da justiça, com isso gera a sensação de impunidade perante a sociedade. Já os legisladores têm uma responsabilidade enorme no resultado, pois são eles que elaboram as leis, muitas vezes falhas ou não suficiente para a reprovação total do delito e o sistema carcerário que é responsável por causar a reincidência, logo as medidas se tornam como escolas do crime:

A prisão facilita aos delinquentes os meios de se conhecerem, de adquirirem uma instrução para o crime e de se associarem, para constituírem órgãos eficazes de delinquência plural. É um albergue cômodo que desmoraliza certas pessoas miseráveis,



fazendo-as desejar o retorno a ela, quando recobram a liberdade. Isto as faz delinquir de novo e deste modo a prisão vem a converter-se numa causa indireta de reincidência. Os hábitos adquiridos nela são um obstáculo para se adaptar à vida livre honesta e em troca favorecem a criação nesta vida livre de associações de malfeitores. (FUÑES, 1953, p. 57).

Chegamos à conclusão que com isso acrescenta-se ao perfil da criminalidade nas médias e pequenas cidades, e nos grandes municípios onde os índices de reincidência são maiores, que não existem tantos criminosos, quantos delitos cometidos, o que acontece é que eles reincidem muito, ou seja, tem grande possibilidade de vir cometer novamente delitos, e é isso que ocorre, destacando que estão “pagando” por um outro delito anterior.

Com isso a sociedade fica à mercê do poder judiciário a dar mais provimento as essas penas aplicadas e cumpridas com benefícios diretos, assim vindo a insegurança jurídica à tona.

Pesquisas governamentais, expõem dados pelo Ministério da Justiça que apontam aumento de 70 % da reincidência. No ano de 2012 o Conselho Nacional de Justiça também realizou uma pesquisa, onde aponta que esse índice vem aumentando cada vez mais.

### **3 JUSTIÇA NEGOCIADA LEI Nº 9.099/95 – A TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**

No Brasil, diante da notoria necessidade de organizar e estruturar a prestação jurisdicional, o legislador infraconstitucional brasileiro buscou influências na justiça norte americana para solucionar conflitos nacionais obscuros, vindo a criar uma corte específica para tutelar causas de menor potencial ofensivo, de forma mais célere, informal, acessível e eficaz.

A justiça negociada no Brasil tao logo, foi positivada no nosso ordenamento jurídico atrás de lei federal, que nos permitiu de cada ente federativo criar seus proprios Juizados Especiais de Pequenas Causas.

Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, passou a ser obrigatório após positivado em nossa Constituição Federal, em forma que antes eram apenas regulamentados em lei ordinária.

Sendo assim, por meio da Lei dos Juizados Especiais de nº 9.099/95 criou-se institutos voltados para negociação criminal, como a transação penal e a suspensão

condicional do processo afim de dar mais provimento, com um objetivo maior de negociações e com isso mais celeridade ao processo.

A transação penal, é pré-processual, ou seja, um instituto despenalizador que está previsto no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. Com ela o acusado tem uma mitigação do devido processo legal, uma vez que a justiça é negociada.

É oferecida pelo Ministério Público que é o titular da ação penal, observando os requisitos para o tal benefício, que está esculpido no § 2º, incisos I a III do art. 76 da lei referida, onde a pena privativa de liberdade é substituída pela pena restritiva de direito, cumulado com prestação de serviço ou/e multa. Assim a persecução estará engessada.

Com a aceitação do acusado, a transação penal será homologada pelo magistrado, assim não configura a reincidência e e maus antecedentes criminais, somente registro da decisão, pois caso o acusado volta a praticar algum ato ilícito idêntico ou não, dentro do período de cinco anos, não será favorecido novamente pelo benefício.

Caso o beneficiário também descumpra algumas das penas imposta de restrições de direitos imposta pela transação penal, sem justificativa, prosseguirá o processo e será proposta a ele a suspensão condicional do processo, caso contrário será extinta sua punibilidade.

A Suspensão condicional do Processo está prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, onde a pena do delito cominada seja igual ou inferior a um ano, o Ministério Público poderá propor a suspensão do processo por um período de dois a quatro anos. O Ministério Público formulará uma denúncia contendo todas as circunstâncias do crime, autoria e materialidade, e juntamente com a proposta de suspensão condicional do processo, observando os requisitos que se pede.

Recebida a denúncia, e aceita a proposta de suspensão pelo acusado e assim este cumprindo com o benefício, será extinta sua punibilidade sem antecedentes criminais. Caso ele descumpra sem justificativa prosseguirá com a persecução penal normalmente e ele responderá pelo delito cometido.

Importante salientar que ao modo de análise da certidão criminal, o acusado já estiver com um processo em curso e ter sido concedido esse benefício a ele, será expedida cópia da atual denúncia para a vara responsável para revogação, assim respondendo criminalmente a persecução penal.

#### **4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)**

O acordo de não persecução penal é muito recente, em nosso ordenamento jurídico Brasileiro, também é inspirado da justiça americana, foi inserido no artigo 28-A do nosso Código de Processo penal, trazido pela Lei nº 13.964/19, denominado "Pacote Anti-Crime".

Para fazer jus a esse mais novo benefício o investigado tem que confessar formalmente a prática do crime; não haver violência nem grave ameaça e a pena ser mínima inferior a 04 (quatro) anos.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), traz os requisitos para esse mais novo instituto despenalizador, onde seu principal foco é ressarcir o prejuízo a vítima, assim quando for possível.

Sendo exigido a presença de um advogado, para a aceitação e caso descumpra os requisitos presentes, poderá proceguir a persecução penal e sua confissão exposta servir contra si como prova de autoria.

Cumprido todos os requisitos formulado pelo Ministério Público, será extinta a sua punibilidade. Como já exposto o ANPP é:

Ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (CUNHA, 2020, p. 127).

Podemos interpretar que esse novo instituto também pre-processual, tem como objetivo e dar mais efetividade e imediatismo as sanções aplicadas, sendo assim aliviar as demandas da justiça brasileira, e aplicar os princípios constitucionais como, economia processual e eficiência. Como já sabemos alguns processos demoram anos a serem julgados aqui no nosso país, assim perdendo sua efetividade e eficácia perante a sociedade.

## **5 A NÃO DENÚNCIA NA COLABORAÇÃO PREMIADA**

O não oferecimento da denúncia é uma alternativa recente no ordenamento jurídico vigente, que foi incluída na Lei nº 12.850/13 pela Lei nº 13.964/2019.

Seria outro benefício com requisitos próprios, dentro da colaboração premiada, sendo uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e outros.

No entanto, se exige algumas formalidades essenciais para que o Ministério Público deixe de oferecer a denúncia.

Art. 4º §4º da Lei nº 12.850/13 dispõe tais requisitos, quais sejam:

As mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I- não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. (BRASIL, 2013, n.p.).

Ou seja, qualquer informação que não tiver sido instaurado investigação formal deverá ser considerada como original.

Nessa hipótese é oferecido ao colaborador um acordo de imunidade, exigindo o cumprimento cumulativo dos requisitos que, se presentes, obrigam à oferta da benesse por parte do Ministério Público. (BITTAR, 2020, p. 206).

Essa previsão legal não pode ser contratada pela autoridade policial, sendo exclusiva do órgão do Ministério Público, logo, essa medida veio para trazer mais segurança jurídica ao colaborador que decidiu cooperar com o Estado, e se redimir dos crimes cometidos ajudando a detê-los.

A discussão sobre o benéfico existe, porém, a corrente majoritária que é a mesma de Jacinto Coutinho e Montero Aroca, que deduz a ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que o autor da ação penal, pode dispor independente que tenha materialidade sobre o autor do delito.

## **6 LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

Com a vinda do "Pacote Anti-Crime", o atual governo modificou 14 leis ao todo, sendo uma delas a Lei nº 7.210/84, lei de execução penal (LEP), onde teve diversas modificações, a fim de coibir a impunidade e ter sanções mais eficazes.

As mudanças que chamam atenção são Regime disciplinar diferenciado (RDD), em suas características e hipóteses de cabimento e na pena privativa de liberdade (PPL).

Na PPL, no tocando a progressão de regime, depois da Lei. nº 13.964/19 houve uma modificação muito significativa e aparente que vislumbra uma melhora no nosso poder judiciário.

Antes da Lei nº 13.964/19 no tocante da PPL, ocorria a progressão com menos rigorosada, se o preso tivesse cumprido ao menos 1/6 da pena do regime

anterior, ostentando assim bom comportamento carcerário, tinha o direito quando assim determinado pelo magistrado. Sendo a decisão motiva, antepassado a manifestação do Ministério Público (MP) e do defensor dativo, idêntico ao procedimento de concessão de livramento condicional, exigindo somente o bom comportamento comprovado atestadamente.

Depois da Lei nº 13.964/19, a PPL, será executada com mais exigência e rigidez, mais vez que para ser determinada pelo magistrado, o preso deve ter cumprido ao menos:

Art. 112 - [...].

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (BRASIL, 2019, n.p.)

Sendo que a decisão do juiz sempre será motivado pelo MP e do defensor, sendo também adotado na concessão de livramento condicional, acrescentando ainda que não se considera hediondo ou equiparado e o tráfico privilegiado.

Como previsto no artigo 112, já exposto no § 3º da LEP:

§ 3º Mulher gestante ou mãe responsável por pessoas deficiente e crianças, tem requisitos próprios para a progressão, cumulativamente: não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

[...].

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento e

V - não ter integrado organização criminosa. (BRASIL, 2018, n.p.).

Por fim, com essas principais e inéditas mudanças, temos a confiança e os pensamentos que estamos pertos de ter uma sentença ou uma decisão criminal cumprida totalmente ou uma alíquota dela.

## **7 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA EUROPA**

No Brasil pesquisas feita pelo instituto de Pesquisa Econômica e Aplicadas a pedido do Ministério da Justiça a penas privativa de liberdade no Brasil é substituída por penas alternativas mais de 20 %, bem como propostos os benefícios já expostos. Na Europa essa porcentagem é inversa, ou seja, mais fiel a sentença condenatória.

Estatísticas mundiais indicam que a reincidência criminal na Europa cai em torno de 60% quando o réu já cumpriu pena privativa de liberdade.

## 7.1 Espanha

Na Espanha a PPL são bem rigorosa, no tocante a sua execução e cumprimento, no país as penas restritivas de direitos são excepcionais ao ponto que não pode se perder a funcionalidade e a aplicação do direito.

Importante salientar o sistema e classificações da pena no Código Penal Espanhol (CPE), uma vez que no artigo 32 e artigo 35 CPE, separa a PPL das Penas privativas de direito (PPD) esculpido no artigo 39 e seguintes do CPE.

Distinguindo ainda as penas principais e acessórias, tanto quando as sanções mais graves, medianas e leves, de forma que cada qual tem seu tratamento específico.

As principais já previstas no ordenamento jurídico espanhol que são a legislação prevista no CPE e as leis especiais. Já as acessórias, são aquelas que determinadas disposições gerais que preveem e se aplicam juntamente com a pena principal, sendo as que no fundo acompanham e complementam os efeitos punitivos rigorosos.

As medidas de segurança diversas da PPL, que aqui no Brasil são chamadas que restritivas de direito, na Espanha são denominadas de medidas de segurança não privativas de liberdade (acessórias), ou seja, de liberdade vigiada, que são excepcionais em casos específicos e ímpar.

A liberdade vigiada está prevista no artigo 106 CPE, onde o acusado depois que cumprir toda a pena principal, poderá fazer jus a esta secundaria que é concedido e fixado pelo magistrado estar localizável mediante equipamentos eletrônicos, apresentações periódicas num local a definir pelo Tribunal, comunicar a alteração de residência ou trabalho, a proibição de se deslocar a determinados lugares, etc. A duração destas medidas é de um máximo de 5 anos. No caso de crime de terrorismo há um regime excepcional, podendo a liberdade vigiada por um período de tempo máximo de 10 anos, no caso de haver condenações por um ou mais crimes de terrorismo. Importa referir que não se pode confundir a liberdade vigiada com a liberdade condicional.

## 7.2 Itália

A justiça negociada na Itália, tem nome próprio de *patteggiamento*, prevista no artigo 77 da Lei nº 689 (Legge di depenalizzazione), é uma negociação de pena entre as partes, autorizada e assistida pelo MP e o magistrado italiano.

Esse benefício é muito difícil e muito pouco utilizado na corte Italiana, uma vez que os requisitos também são próprios e específicos. É solicitado pelo juiz antes de proferir uma sentença condenatória, sendo que a pena máxima do crime não ultrapasse 02 (dois) anos de prisão, assim poderá haver a aplicação de uma multa ou da medida da libertà controllata, com isso extingua o processo penal italiano e a sanção supridora predominava.

Após a extinção do processo, gera um registro na certidão por *patteggiamento*, e nunca mais poderia ser favorecido pelo benefício, ou seja, o tal benéfico se faz jus uma única vez.

## **8 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA AMÉRICA DO SUL**

### **8.1 Uruguai**

A justiça Uruguia também sempre foi grande referência para demais justiça, pela sua tamanha rigidez e sua inflexibilidade. Recentemente passou por reformas, onde o Código de processo penal Uruguio (CPPU), mais precisamente no dia 1º. de novembro do ano de 2017, passou do sistema inquisitivo para o sistema acusatório, dentre outras reformas nas leis orgânicas e estatutos e muito sucinta na questão de benefício, sendo eficaz e trazendo segurança jurídica e punitiva aos cidadãos locais.

Para determinados crimes, a corte Uruguai observando exclusivamente o caso concreto, poderá propor acordo de pena com o acusado na presença de seu defensor, substituindo a pena privativa de liberdade após cumprir esta ou a liberdade vigiada, uma delas ou cumulativamente como previsto nos artigos 272 e 273 do CPPU. Rito idêntico ao que já vimos na Europa. Vejamos no Artículo 273 do CPPU:

(Atentado violento al pudor)

Comete atentado violento al pudor, el que por los medios establecidos en el artículo anterior, o aprovechándose de las circunstancias en élenunciadas, realizara sobre persona del mismo o diferente sexo, actos obscenos, diversos de la conjunción carnal, u obtuviera que ésta realizare dichos actos sobre sí mismo o sobre la persona del culpable o de un tercero. Este delito se castigará con la pena de ocho meses de prisión a seis años de penitenciaría, Si el sujeto pasivo del delito fuese un menor de doce años, la pena a aplicarse será de dos a seis años de penitenciaría.

Importante salientar que a forma consensual é ampla, não deixando de cumprir com a eficácia esperada e diminuindo assim a reincidência no país.

## **9 PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA ÁSIA**

### **9.1 Japão**

A PPL e pena de morte no Japão foi oficializada no ano de 1907, pelo código penal, conhecido também como a temida Lei Número 45, logo está em vigor até hoje com modificações em suas estruturas.

“isso não significa que anteriormente não existissem punições no Japão, mas elas eram de outros tipos. Por exemplo, durante o período Tokugawa, conhecido como o feudalismo japonês, era



comum crucificar as pessoas que cometessem alguma infração".  
(Revista- Coisas de Japão)

Na justiça japonesa, o acusado é considerado culpado, até que prove o contrário, isto é, sua inocência. A rigorosidade do sistema japonês é muito conhecida no mundo todo, inclusive já sobreveio matérias sobre o assunto em nosso país.

No Japão as pessoas consideradas suspeitas, podem permanecer dias na delegacia de polícia, sendo torturadas psicologicamente por dia, sem ser comunicado aos familiares o seu paradeiro.

Após a condenação, o condenado está submetido a uma rigorosa jornada e rotina árdua na prisão e, caso falhe, poderá apanhar ou ficar até mesmo sem comer.

A maioria no Japão é de 20 (vinte) anos, apesar disso, as prisões são para jovens e adultos, sendo distinto o prédio para cumprimento. Adultos cumprem no cárcere e jovens cumpri no centro de reabilitação.

Sabe salientar que a pena de morte, prevista no ordenamento japonês, só pode ser sancionada e executada para aqueles maiores de 18 (dezoito) anos de idade.

As penas alternativas também estão presente na corte, porém se estiver demonstrado que a medida será suficiente para a reprovação do crime, recuperação social e prevenção de novos delitos.

Com o objetivo de efetividade e reprovação do crime, mais de 90 % das penas que são aplicas, são de multas.

Sendo assim o suficiente para promover a paz social locais e ter o índice de reincidência baixo, acerca de 25% de queda.

Por fim sendo conhecido como o país mais seguro e tranquilo para se viver, obtendo êxito no resultado e proporcionando segurança para os moradores, justamente pela baixa frequência de delitos registrados nos últimos tempos.

## **10 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No Brasil é evidente a situação alarmante da necessidade de melhorias, de modo que a pena privativa de liberdade não tragam insegurança para o povo brasileiro.

Através dos estudos realizados, a finalidade da pena também é clara, com o maior objetivo de reabilitação e ressocialização do recluso à sociedade. Contudo, verifica-se que para que esse objetivo seja alcançado torna-se necessário que a pena privativa de liberdade seja eficaz, que produza efeitos positivos.

Que consiga com isso derrubar o altíssimo índice de reincidência que temos e vivemos em nossa sociedade, uma vez que constatamos que geralmente são os mesmos

delinquentes que cometem os novos crimes, idênticos ou não, reincidindo muito. Assim se cumprissem a pena privativa de liberdade na íntegra imposta, esse índice podia ter uma quebra significativa e ser percebido pelo nosso poder judiciário.

As penas alternativas e os benefícios que temos previstos em nossa legislação, representam a tentativa da evolução do sistema penal brasileiro, para uma resposta mais célere que a sociedade espera, mas não são o remédio para todos os crimes, uma vez que muitos deles ainda necessitam de pena de prisão para o indivíduo e para a sensação de punidade da sociedade.

Simbolizam por outro lado, uma forma de se extrair decisões mais adequadas às infrações e aos interesses da sociedade.

Ocorre que a pena de prisão ainda é infinitamente mais empregada, tanto por causa dos crimes de alta periculosidade, quanto pelos infratores que não preenchem os requisitos subjetivos das penas e medidas alternativas.

Porém como já menciona acima não são cumpridas na íntegra ou totalmente para ao menos coibir a reincidência, entretanto com as modificações recentemente do pacote anticrime, Lei nº 13.964/19, temos esperança e percepção que isso vai mudar e nos proporcionar melhoria e satisfação.

O problema existe. E deve ser resolvido perante a sociedade para a aceitação desse indivíduo, claro para ser reabilitar e reinserir o apenado ao meio social e familiar, pois sabemos que isso não é fácil e pelo Estado para melhora de sua morosidade, e legisladores mais rigorosos a condutas a tal e que geram sentimento de insegurança, medo e revolta a comunidade Brasileira.

## 11 REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Walter Barbosa. **Deleção premiada**: direito, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato\\_2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.769**, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13769.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 15 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral arts. 1º ao 120). 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COISAS DO JAPÃO. **Conheça o Sistema Penal japonês e como são as punições**. Disponível em: <https://coisasdojapao.com/2020/04/conheca-o-sistema-penal-japones-e-como-sao-as-punicoes/>. Acesso em: 25 out. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime - Lei 13.964/2019**: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

FOLHA DE S.PAULO. **Europa usa penas alternativas**. 23/06/1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/3/23/cotidiano/8.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

FUÑES, Mariano Ruiz. **A crise nas prisões**. São Paulo: Saraiva, 1953.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: Parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

MASSON, CLEBER. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Método. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral arts. 1º ao 120). 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Apac: método de ressocialização de preso reduz reincidência ao crime. **Agência CNJ de Notícias**. 17/04/2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/apac-metodo-de-ressocializacao-de-preso-reduz-reincidencia-ao-crime/>. Acesso em: 20 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: Parte geral - arts 1º a 120. 12. ed. São Paulo, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do direito penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: PERSPECTIVAS DE COMBATE À VIOLÊNCIA DE GÊNERO**

**LAÍS CAROLINE DOS SANTOS:**

Acadêmica em Direito na Universidade IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientadora)<sup>7</sup>

**RESUMO:** A violência doméstica contra a mulher se tornou uma problemática mundial de saúde pública, ocorrendo principalmente no âmbito familiar e não se restringe a determinada raça, classe econômica, idade ou religião. Este estudo tem como objetivo pesquisar na cultura do nosso país e nos fatos já existentes, decisões judiciais embasadas nas leis brasileiras, nas quais a violência sofrida possui vários significados para a mulher, inclusive interpretações equivocadas sobre seu potencial autônomo, resultando em constante medo sobre qualquer possibilidade de restabelecimento de sua identidade, e tem acometido várias mulheres nos dias atuais. Por tal razão, várias políticas de atenção têm sido desenvolvidas para combater esta violência. Diante disso, conclui-se que a violência doméstica afeta consideravelmente a autoestima da mulher, causando prejuízos na sua autoimagem, gerando sentimento de incapacidade para o enfrentamento e perpetuando o ciclo de violência. O estudo em questão também procura demonstrar a viabilidade de fazê-lo por meio da Justiça Restaurativa, nos crimes caracterizados por violência doméstica e familiar, destacando os principais conceitos que envolvem o tema. Discute-se a política de enfrentamento desta violência no Brasil, assim como projetos em caráter preventivo e a Lei Maria da Penha.

**Palavras-chave:** Violência contra a mulher. Violência doméstica. Políticas Públicas.

**ABSTRACT:** Domestic violence against women it became a worldwide public health problem, happens mainly in family and does not refer to specific race, social class, age or religion. This work has to develop a research into the culture and the real facts of our country, judicial decisions based on Brazilian laws. The violence suffered has several meanings for women, including misinterpretations about their autonomous potential, resulting in constant fear about any possibility of reestablishing their identity and it has affected several women nowadays. For such a reason, several care policies are developed to combat this violence. Therefore, it follows that domestic violence considerably affects women's self-esteem, causing damage to their self-

---

<sup>7</sup> Docente do curso de Direito IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

image, generating feelings of inability to cope, perpetuating the cycle of violence. The study in question also wants to prove the feasibility of doing so through Restorative Justice, in crimes characterized by domestic and family violence, highlighting the main concepts involving the theme. It analyses the coping policy to face this violence in Brazil, as well as preventive projects and the Maria da Penha Law.

**Keywords:** Violence against women. Domestic violence. Public policy.

**Sumário:** 1. Introdução, 2. A Violência Contra a Mulher e as Políticas Públicas, 3. Rompendo o Silêncio, 3.1 O combate à violência doméstica sob a perspectiva da Lei Maria da Penha 11.340/06, 4. A Política de Enfrentamento da Violência Contra a Mulher no Brasil, 5. A Justiça Restaurativa, 6. Conclusão e Referências

## 1. Introdução

A violência contra a mulher caracteriza-se como um grave problema de saúde pública, o ordenamento jurídico brasileiro vem sofrendo diversas mudanças no que diz respeito aos direitos das mulheres, e em especial ao tema da violência contra a mulher.

O termo violência pode ser compreendido como “uma forma de restringir a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente”, mediante está interpretação, a violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como os mecanismos de enfrentamento desta forma de violência, analisando os desafios e as possibilidades de utilização da Justiça Restaurativa neste percurso serão o objetivo deste estudo, portanto, traçar um panorama geral da “trajetória” da legislação brasileira sobre a violência contra as mulheres, destacando os alcances e limites da lei, a partir de uma abordagem crítica sobre o que mudou o que ainda não mudou e o que deve (ou deveria) mudar na legislação nacional.

Observam-se, em número crescente, mulheres vítimas de violência, cujos próprios maridos ou companheiros são os agressores, esse tipo de violência denominada violência de gênero é compreendida como aquela onde o gênero do agressor e os da vítima estão intimamente relacionados. A explicação para esta violência vem alcançando proporções crescentes tanto nos casos documentados pela mídia quanto nas discussões emplacadas pelos estudiosos da área. A elaboração de políticas públicas visando promover a saúde da mulher também evidencia a situação de violência (FERNANDES et al., 2011).

A violência contra a mulher é um fenômeno antigo e se encontra justificado por pressupostos biológicos bem duvidosos, mas infelizmente comuns, que apontam a mulher como ser mais frágil, de menor força física e capacidade racional, que por sua própria natureza domesticável tem tendência a ser dominada, pois necessita de alguém para protegê-la e orientá-la. Este discurso naturaliza a violência de gênero de forma tal, que a

desloca para todos os tempos históricos como fenômeno que sempre ocorreu e que sempre ocorrerá, ainda que em maior ou menor potencialidade. É preciso, assim, desconstruir esta naturalização e, para isso, compreender inicialmente o que se quer dizer com “violência contra a mulher”.

Sob tais fundamentos, como metodologia deste trabalho, foi realizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, visando esclarecer o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher até os dias atuais, trazendo as informações dos Direitos conquistados, em prol do combate a violência de gênero.

Nesse sentido, e na medida do possível, buscar-se-á também identificar os principais acertos e vitórias, bem como os principais equívocos e reveses desse percurso, apontando para os desafios a serem enfrentados no campo legislativo em relação ao tema em análise.

## **2. A Violência Contra a Mulher e as Políticas Públicas**

Vários foram os desafios na consolidação da Cidadania Feminina “Fora do lar, as mulheres são perigosas para a ordem pública”, essas eram as palavras dos homens da revolução, conforme demonstra Badinter (1991, p. 26), quando descreve o que pensavam a maioria dos homens em suas discussões sobre os direitos das mulheres, em participar na política. Embora o movimento feminista tenha lutado desde o século XVIII por direitos iguais entre homens e mulheres. Para terem esse direito garantido elas foram para as escolas, para as academias, para os lugares onde lhes eram permitidos frequentar, buscando ultrapassar a fronteira imposta pela sociedade androcêntrica que limitava a atuação feminina ao mundo do privado.

Outro grande desafio enfrentado pela mulher é a poderosa instituição chamada Estado, forte pilar institucional que contribui para reprodução da desigualdade de Gênero na sociedade, segundo Bourdieu (1999, p.105-107). O Estado compartilha o pensamento sexista vigente nas outras instituições (Família, Escola, Igreja) quando considera a família patriarcal como modelo da ordem social e moral.

A discussão acerca das desigualdades entre homens e mulheres não é recente. Os gregos antigos já traziam a ideia de inferiorização da mulher na escala da moralidade que classificava os indivíduos, tendo os homens o direito exclusivo de exercer uma vida pública. Às mulheres restava apenas um lugar de menor destaque, onde seus direitos e deveres eram reduzidos à criação dos filhos e aos cuidados do lar (SILVA, 2010).

Em meados dos anos 60, o surgimento do movimento feminista trouxe uma grande visibilidade aos problemas que afetavam as mulheres nos países capitalistas. As mulheres foram às ruas buscando o fim das atitudes discriminatórias nas áreas sociais, econômicas e

jurídicas. Era a aparição de um movimento que objetivava recriar a identidade de sexo, sob uma nova ótica em que o modelo hierarquizado era desnecessário (SOUZA, 2006).

A Organização das Nações Unidas (ONU) iniciou os seus esforços contra esta forma de violência com a criação da Comissão de Status da Mulher que formulou entre os anos de 1949 e 1962 uma série de documentos sobre todos os direitos que deviam ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza. Somado a isso, várias ações, políticas, marcos e dispositivos legais foram implantados no sentido de tornar efetivas as medidas preventivas e protetoras da mulher, bem como para promover o seu empoderamento (Pinafi, 2012).

Este tipo de violência recebe influência cultural, social e histórica. Nesta perspectiva torna-se relevante o estudo dos marcos e dispositivos legais desenvolvidos no combate à violência contra a mulher, visto que a partir do conhecimento e reflexões sobre estes se encontram contributos para o redirecionamento de políticas e alargamento das discussões na comunidade, convidando-a para também refletir sobre tais acontecimentos, os seus efeitos e melhorias. Este estudo tem como objetivo discutir a evolução histórica dos marcos e dispositivos para o combate à violência contra a mulher no Brasil. Segundo Azevedo & Guerra (2001, p.25):

O termo violência psicológica doméstica foi cunhado no seio da literatura feminista como parte da luta das mulheres para tornar pública a violência cotidianamente sofrida por elas na vida familiar privada. O movimento político-social que, pela primeira vez, chamou a atenção para o fenômeno da violência contra a mulher praticada por seu parceiro, iniciou-se em 1971, na Inglaterra, tendo sido seu marco fundamental a criação da primeira "CASA ABRIGO" para mulheres espancadas, iniciativa essa que se espalhou por toda a Europa e Estados Unidos (meados da década de 1970), alcançando o Brasil na década de 1980.

A História nos mostra que as instituições tendem a produzir e reproduzir valores e ideias que justifiquem os mais diversos interesses de grupos dominantes. A democracia grega já reforçava a distinção entre os sexos: destinando o espaço público da polis aos homens e a esfera privada do *òikos*, às mulheres. A rua, o mercado, a cidade e a política foram definidas, longinquamente, como espaços masculinos. Paralelamente, se estabelece a divisão entre produção e reprodução, cabendo ao homem o papel de provedor que traz recursos provenientes da esfera pública (polis) para o âmbito doméstico (*òikos*), espaço destinado às mulheres e voltado à reprodução dos membros da família. Os aspectos



biológicos são utilizados para reforçarem o maior envolvimento com a reprodução, pois só a mulher é capaz de gerir, parir e amamentar (no próprio peito) os recém-nascidos. Assim, ao longo da história, as mulheres foram ficando responsáveis pela reprodução diária dos indivíduos dentro da família.

### 3. Rompendo o Silêncio

No Brasil historicamente existem muitas formas de violência contra mulher, se perpetuando até os dias atuais como nos fala Silva (2017), afetando mulheres independente de classe social, sua cultura ou região brasileira. Após muitos anos de sofrimento no silêncio arraigado da sociedade, esse cenário obteve algumas mudanças e, na atualidade, “a violência contra as mulheres é entendida não como um problema de ordem privada ou individual, mas como um fenômeno estrutural, de responsabilidade da sociedade como um todo” (SILVA, 2017, p.8). Outros autores como Guimarães e Pedroza (2015) reforçam que essa violência em questão “tem sido um problema cada vez mais em pauta nas discussões e preocupações da sociedade brasileira.” (GUIMARÃES; PEDROSA, p.257). Não sendo um fenômeno exclusivo da contemporaneidade, a percepção é que a “visibilidade política e social desta problemática tem um caráter recente” onde:

[...] nos últimos 50 anos é que tem se destacado a gravidade e seriedade das situações de violências sofridas pelas mulheres em suas relações de afeto. As trajetórias históricas dos movimentos feministas e de mulheres demonstram uma diversidade de pautas discutidas e de lutas empreendidas por elas, sobretudo, a partir do século XVIII. No século XX, a partir da década de 60, essas mobilizações enfocaram, principalmente, as denúncias das violências cometidas contra mulheres no âmbito doméstico. (GUIMARÃES; PEDROZA, 2015, p. 257).

Na Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1993. De acordo com a Declaração:

Todo ato de violência baseado em gênero, que tem como resultado, possível ou real, um dano físico, sexual ou psicológicas incluídas as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, seja a que aconteça na vida pública ou privada. Abrange, sem caráter limitativo, a violência física, sexual e psicológica na família, incluídos os golpes, o abuso sexual às meninas, a violação relacionada à herança, o estupro pelo marido, a mutilação genital e outras práticas tradicionais que atentem contra mulher, a violência exercida por outras

peças que não o marido - e a violência relacionada com a exploração física, sexual e psicológica e ao trabalho, em instituições educacionais e em outros âmbitos, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada e a violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra. (OMC, 1998, p.7)

O conceito descrito, por ser amplo, possibilita aos profissionais da área de segurança pública maiores condições para identificar as pessoas que estejam na situação de vítimas de violência e, assim, permite auxiliá-las no próprio reconhecimento, contribuindo na busca ao acesso aos seus direitos. Entre as formas de violação dos direitos das mulheres, existem também às formas de violência não físicas, que se manifestam direta ou indiretamente e provocam múltiplas consequências, entre elas: depressão, isolamento social, insônia, distúrbios alimentares, entre outros.

Nesse sentido, o amparo à mulher em situação de violência é um grande desafio que se firma frente a esta realidade, solicitando uma dedicação conjunta de todos os setores sociais (SANTI; NAKANO e LETTIERE, 2010).

O reconhecimento da capacidade civil das mulheres permitiu, não só às mulheres que lutaram por este direito, uma maior liberdade destas perante seus cônjuges, companheiros ou namorados. Do mesmo modo, a Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha amplia de forma significativa a consciência, tão disseminada pelo movimento feminista, de que a violência doméstica é um problema de saúde pública e é dever do Estado combatê-la. Uma mulher que sofre violências sistemáticas, que se encontra sob o total controle do marido, que naturaliza as opressões diárias que vive e que reprime sua sexualidade, encontrará muito mais dificuldades para se enxergar como sujeito ativo capaz de modificar a realidade social, de lutar para sua libertação e empoderamento.

### **3.1 O combate à violência doméstica sob a perspectiva da Lei Maria da Penha 11.340/06**

A violência de gênero no Brasil na década de 80 demonstra como era urgente o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres e da necessidade de se realizar recortes de gênero no sistema jurídico para que, a partir das diferenças, se combatesse as desigualdades.

Revela-se, assim, a necessidade de, no âmbito das ações para prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, a criação de políticas específicas para o combate a violência doméstica. Neste sentido, ainda que tardiamente e por muita pressão dos movimentos feministas, foi promulgada em 2006, a Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

Ainda em 2006, como reforço à Lei Maria da Penha foi criada a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, um serviço oferecido pela SPM (Secretaria de Políticas para Mulheres) com o objetivo de receber denúncias ou relatos de violência, reclamações sobre os serviços da rede, bem como orientar as mulheres sobre os seus direitos e sobre a legislação vigente, encaminhando-as para os serviços quando necessário. Esse serviço permitiu que a Lei Maria da Penha fosse cumprida de forma mais homogênea, levando o serviço para mais perto das mulheres, principalmente daquelas que preferiam o anonimato. Para complementar as ações de combate à violência, aconteceu a II CNPM (Conferência Nacional de Políticas para Mulheres) em 2007, na qual foi lançado o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra a Mulher como parte da Agenda Social do Governo Federal. Este pacto consiste num acordo entre as três esferas de governo, federal, estadual e municipal do Brasil, para o planejamento de ações que ratifiquem as políticas públicas para combate à violência contra as mulheres. A partir deste pacto houve mais disseminação de informação nos meios de comunicação, o que favoreceu bastante a prevenção e a denúncia dos casos, visto que as mulheres passaram a ter maior domínio sobre os seus direitos. (GOMES, BOMFIM, DINIZ, SOUZA, & COUTO, 2012).

Embora a Lei Maria da Penha tenha grande importância e seja um marco nos direitos as mulheres, não bastou para conter outra questão que é a morte de mulheres por seus parceiros ou indivíduos que integram a família. Assim, houve a urgência na criação de outra lei, devido a esses inúmeros casos, sendo sancionada em 2015 a Lei do Feminicídio - Lei 13.104/2015, “que altera o Código Penal Brasileiro, passando a prever o feminicídio como uma das circunstâncias qualificadoras do homicídio no Código Penal brasileiro (1940), além de incluir o feminicídio como crime hediondo” (BRASIL, 2015, p.1). Neste sentido, segundo Gomes (2012 p.40/41) “os feminicídios são a expressão letal da violência de gênero, é a última e mais cruel maneira de exterminar as mulheres”.

#### **4. A Política de Enfrentamento da Violência Contra a Mulher no Brasil**

Para que as mulheres denunciem e se sintam seguras, é essencial e importante que o Estado ofereça e possibilite condições mínimas de proteção e garantias de seus direitos. A violência doméstica é definida como:

A expressão violência doméstica costuma ser empregada como sinônimo de violência familiar e, não tão raramente, também de violência de gênero. Esta, teoricamente, engloba tanto a violência de homens contra mulheres quanto a de mulheres contra homens, uma vez que o conceito de gênero é aberto, sendo este o grande argumento das críticas do conceito de patriarcado, que, como o

próprio nome indica, é o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens [...] (Safiotti (2011, p.44).

Segundo o art. 6º da Lei Maria da Penha (Brasil, 2006), “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”, dispositivo fundamental para desvincular esse tipo de crime da Lei n. 9.099/1995, a qual o considerava como de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, dispõe a Lei 11.340/2006, em seu art. 5º:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A Lei Maria da Penha reafirma os compromissos firmados na Constituição Federal, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, dispondo sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e de medidas de assistência e proteção às mulheres vítimas desta violência.

A referida lei, também determina como deve ser realizado o atendimento da mulher nas delegacias e os procedimentos a serem seguidos no processo e no julgamento. Dispõe expressamente sobre o direito da vítima a medidas protetivas de urgência, que podem determinar ao agressor a proibição de determinadas condutas (como aproximar-se da vítima), a prestação de alimentos provisórios, ou o encaminhamento da vítima e seus dependentes a programas de proteção ou atendimento. Garante também às mulheres em

situação de violência doméstica e familiar o acesso à Defensoria Pública e à Assistência Judiciária Gratuita. Prevê ainda a formação de equipe multidisciplinar nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, para desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção, acompanhamento psicológico, entre outras medidas, voltados não somente a vítima, mas também ao agressor e aos familiares.

Foi notado no ano de 2012 que as mulheres faziam a denúncia contra o agressor, mas desistiam, pois acreditavam, na maioria das vezes, no arrependimento do companheiro, o qual em seguida voltava a praticar as mesmas agressões. Essa conduta gerou uma nova ação por parte dos organismos públicos e surge a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424 que conferiu natureza pública e incondicionada à ação penal fundada na Lei nº 11.340/7 de Agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Dessa forma, a mulher após a denúncia contra o companheiro por agressão não poderá mais desistir da ação, o processo fica sob responsabilidade do Ministério Público (Supremo Tribunal Federal, 2012).

Com o objetivo de integrar e ampliar os serviços públicos existentes voltados às mulheres em situação de violência foi estabelecida a criação da Casa da Mulher Brasileira no ano de 2013, um centro de articulação dos atendimentos especializados no âmbito da saúde, da justiça, da rede sócio assistencial e da promoção da autonomia financeira, é o chamado Programa Mulher: Viver sem Violência (VIVA), que entra em vigor em 30 de agosto de 2013 por meio do Decreto 8.086 (Lei nº 8.086/13 de 30 de Agosto, 2013). Esse programa teve um forte impacto na efetividade dos serviços, visto que passou a ser possível fazer a integração dos serviços públicos de segurança, justiça, saúde, assistência social, acolhimento, abrigo e orientação para o trabalho, emprego e renda em todas as capitais brasileiras.

Em 2014 foi publicado o Mapa da Violência, o qual apresentou que as taxas de homicídios de mulheres passaram de 2,3 (1980) para 4,8 homicídios por 100 mil mulheres (2012). Assim, essa taxa duplicou (Waiselfisz, 2014). Diante desses dados, observou-se a necessidade da criação de uma lei específica para o combate ao feminicídio, que é uma forma grave de violência contra mulher. Assim, em 9 de março de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.104, a qual prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, sendo incluído no rol dos crimes hediondos (Lei nº 13.104/ 2015 de 09 de Março). O principal ganho com esta lei é torná-lo visível, além da punição mais grave para os que cometerem o crime contra a vida.

Diante da problemática levantada, constata-se que devido à luta de muitas mulheres, vários direitos já foram conquistados até alcançar a garantia de igualdade entre homens e mulheres expressa pela Constituição da República. Não obstante, conforme o exposto, na prática essa igualdade de direitos ainda não foi lograda. A violência contra a mulher é o reflexo de anos de desigualdade e inferioridade com

que o gênero feminino foi e por vezes ainda é tratado. Que tão logo, não seja necessário que mais pessoas suscitem esta realidade, para obtermos não apenas o fim da violência contra a mulher, mas a equidade de gênero.

## **5. A Justiça Restaurativa**

A Justiça Restaurativa atua em vários locais, como escolas, ONGs, comunidades e Sistema de Justiça, no Brasil. Com a aplicação de práticas, que se baseiam em uma metodologia que procura resgatar o diálogo e tem como princípio desarmar as pessoas e uni-las enquanto seres humanos, construindo valores, estabelecendo diretrizes, para somente depois abordar o conflito

É importante destacar que a prática restaurativa não tem por finalidade a punição, mas sim a reparação dos danos oriundos do delito causados às partes envolvidas e ao desenvolvimento do ciclo restaurativo entre elas. A justiça restaurativa pode reabilitar a família, reconstruir sentimentos e conjugar medidas reparatórias ao dano causado. Essa nova forma de justiça é um novo olhar sendo construído, e surge em decorrência das carências constatadas no sistema punitivo atual, que vem se mostrando ineficiente, especialmente, porque segrega a vítima ao mesmo tempo em que fracassa na responsabilização do autor. (PELLENZ, DEBASTIANI, p.40, 2015).

Sendo assim, o objetivo principal é o de resgatar vínculos, promover valores civilizatórios e construir soluções para reparar os traumas e perdas causadas pelo ofensor, implicando em um processo de natureza consensual e voluntária – princípios norteadores da Justiça Restaurativa – propondo compreender novas formas de solução de conflitos. O modelo retributivo, além de não atingir os fins propostos, tão pouco se preocupa com a vítima que é colocada em segundo plano. O interesse da vítima ao acionar o sistema penal na maior parte das vezes não é a punição do infrator, mas a resolução do conflito com a reparação do dano gerado pela prática delitiva.

A Justiça Restaurativa se preocupa em especial com as necessidades das vítimas de atos ilícitos, aquelas necessidades que não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal. Não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal. Às vezes os interesses do Estado são diretamente conflitantes com aqueles da vítima. Isso acontece em parte devido à definição jurídica do crime, que não inclui a vítima. O crime é definido como ato cometido contra o Estado, e por isso o

Estado toma o lugar da vítima no processo. No entanto, aqueles que sofreram dano muitas vezes tem várias necessidades específicas em relação ao processo judicial. (ZEHR, 2017, p. 28).

Silvana Sandra Paz e Silvina Marcela Paz explicam ainda que a mediação penal é a busca “de uma solução, negociada livremente entre as partes, para um conflito nascido de uma infração penal, no marco de um processo voluntário, informal, e confidencial”.

Renato Sócrates Gomes Pinto traz a seguinte definição de Justiça Restaurativa:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

Para a vítima o crime torna-se traumático por consistir em uma violação do ser, uma invasão daquilo que é o indivíduo, daquilo que acredita e do seu espaço privado. “A experiência de ser vítima de um crime pode ser muito intensa, afetando todas as áreas da vida”. (ZEHR, 2018, p. 31).

A vítima recebe apoio e expõe ao infrator o quanto foi lesada. Deste modo, é desenvolvido o senso de responsabilidade. Os ofensores também precisam de cura. Devem ser responsabilizados pelo que fizeram, mas essa responsabilização pode ser um passo em direção a mudança e à cura. (ZEHR, 2018)

Atualmente, o movimento em prol da Justiça Restaurativa, segue crescendo no Brasil e no mundo, juntamente com publicações, pesquisas, práticas e institucionalizações. É possível encontrar centrais inteiras de práticas restaurativas funcionando em conjunto com o sistema judiciário.

Com a recomendação da Organização das Nações Unidas (ONU) para que a temática da Justiça Restaurativa fosse implantados nas legislações estados membros, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 225 de 31 de maio de 2016:

A Resolução nº 225 dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, contendo diretrizes para a implementação e difusão da prática da JR. A Resolução é resultado de uma minuta desenvolvida por um grupo de trabalho instituído pelo presidente do CNJ no ano de 2016, ministro Ricardo Lewandowski (MEZZALIRA, 2018).

Diante dos sinais evidentes do esgotamento do modelo retributivo no qual o encarceramento se apresenta como a melhor solução, os procedimentos restaurativos se tornam possíveis alternativas. Neste modelo descentralizado de resolução de conflitos, a vítima é tida como personagem principal, na qual o delito encontraria sua real e desejada solução. Desta forma, a Justiça Restaurativa consistiria, basicamente, numa alternativa ao sistema tradicional criminal, trazendo consigo a promessa de se fazer justiça.

## **6. Conclusão**

A violência doméstica por estar diretamente ligada aos conflitos de gênero os quais envolvem, além de aspectos socioculturais, também questões psicológicas e afetivas das partes envolvidas, ocorrendo na maior parte das vezes no âmbito familiar, apresentam uma maior complexidade do que as outras formas de violência.

A violência de gênero não é um fenômeno natural, baseado na maior força física do homem e na fragilidade da mulher, sequer um fenômeno isolado, próprio das classes mais baixas. Trata-se, na realidade, de um fenômeno próprio das sociedades patriarcais, as quais estabelecem uma relação de dominação-subordinação entre homens e mulheres. A desigualdade de gênero passa, assim, a ser um dos eixos estruturantes da sociedade, entrelaçando-se com a de raça e a de classe. Só haverá, assim, uma real libertação, emancipação e empoderamento das mulheres quando houver a superação desta estrutura patriarcal, racista e capitalista.

A violência foi, ao longo dos anos, deixando de ser vista como uma realidade normal da situação familiar, passando a ocupar um lugar de destaque com o desenvolvimento de políticas e leis para a sua prevenção e combate. Ressalta-se também, a importância dos momentos de discussão aberta para a sociedade que são as conferências realizadas, as quais muito contribuem para a realização de políticas dentro da realidade da mulher vítima de violência.



Verifica-se que, entre os marcos, aquele que apresentou maior relevância social foi a Lei Maria da Penha, visto que tornou mais visível o problema da violência e encorajou as mulheres a realizarem as denúncias. Merece destaque também, o Ligue 180 e o Programa Viva Mulher, os quais permitem maior privacidade à mulher para realizar a denúncia, receber informações e receber um atendimento integrado da rede.

Nesse cenário, visando o enfrentamento, redução e prevenção dos índices de violência, desponta a justiça restaurativa como um mecanismo que prioriza as necessidades da vítima, por meio de seus princípios, valores e procedimentos, com a finalidade de reparação do dano e principalmente de prevenção. Para além da cura e reparação dos danos e do rompimento dos laços do ciclo de violência, as práticas restaurativas também buscam o empoderamento da mulher, para que consiga lidar com a violência e defender seus interesses, não mais se submetendo a qualquer tipo de opressão.

## Referências

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal:** contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. 1. ed. Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº. 11.340, de 07 de ago. de 2006. Lei Maria da penha. Brasília, 2006. BRASIL. Lei nº. 12845, de 01 de ago. de 2013. Atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes. 3ª edição. ed. Brasília – DF: Ministério da Saúde, 2012. 21 p.

GOMES, N. P., Bomfim, A. N., Diniz, N. M., Souza, S. S., & Couto, T. M. (2012). **Percepção dos profissionais da rede de serviços sobre o enfrentamento da violência contra a mulher.**

ONU, Conselho Econômico e Social da. Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002 que aborda princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. (Tradução Livre por Renato Sócrates Gomes Pinto). Nova York: ONU, 37ª Sessão Plenária, 24 de julho de 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial para os Direitos Humanos. Conferência que visou discutir o reconhecimento dos direitos das mulheres e que a violência de gênero fosse incluída na discussão ; 1993 ;

PINAFI, T. (2012). **Violência contra a mulher: Políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade.** <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/dicao21/materia03/texto03.pdf>

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SANTOS, Bárbara Ferreira. **Os números da violência contra mulheres no Brasil.** Revista Exame, São Paulo, 8 mar. 2017. Disponível em: . Acesso em: 12 set. 2017.

SICA, Leonardo. Justiça **Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, L. L. da, COELHO, E. B. S., & CAPONI, S. N. C. de (2007, jan./ abr.). **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica.** Interface – Comunicação, Saúde, Educação, 11(21), 93-103.

SOUZA, R. F. S. de. **Estudo sobre as diversas formas de violência contra a mulher, especialmente a violência à moral, e sua repercussão perante a Lei nº. 11.340/2006.** ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa: Teoria e Prática. 2 ed.** São Paulo: Palas Athena, 2017. ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: Justiça Restaurativa para o nosso tempo.** 3 ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

## **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DESACATO: DESENHO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**OMAR ALI AYOUB:** Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Especializando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Membro da Associação de Advogados de São Paulo (AASP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Grupo de Pesquisa Impunidade Criminal (CNPq). Advogado regularmente inscrito na Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP).

**Resumo:** este trabalho tem como objetivo analisar os principais aspectos controversos envolvendo a crescente tensão entre a liberdade de expressão e o tipo penal de desacato. Preliminarmente, faz-se breve análise do desenho jurídico-constitucional de ambos os institutos no seio do Estado Democrático de Direito. Em seguida, tem-se esmiuçado alguns traços referentes à discussão no âmbito internacional, mormente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Por fim, analisa-se precedente do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema: o *Habeas Corpus* 379.269/MS. Este caminho demonstrará o reconhecimento da constitucionalidade e da convencionalidade do desacato frente ao ordenamento jurídico brasileiro. O método utilizado na pesquisa foi o lógico-dedutivo, com base em revisão bibliográfica e análise jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Desacato.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Desenho jurídico-constitucional da liberdade de expressão; 3. Aspectos do desacato no ordenamento jurídico brasileiro; 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos: liberdade de expressão e desacato; 5. O Habeas Corpus 379.269/MS; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas

### **1. Introdução**

Dentre os direitos e garantias fundamentais elencados no Estado Democrático de Direito brasileiro, a liberdade de expressão, insculpida no art. 5, IX da CF, ganha foros de importância na atualidade.

Através da livre manifestação do pensamento os seres humanos podem exercer a cidadania, a democracia e, conforme demonstrado ao longo das linhas deste trabalho, a própria dignidade da pessoa humana.

Embora num primeiro momento se possa pensar tratar de direito absoluto, limites externos e internos mesclam e entrelaçam a liberdade de expressão, sendo, talvez, o mais problemático deles, a própria tipificação do desacato no ordenamento jurídico.

Perguntas surgem quanto a (des) necessidade de tipificação do desacato, acerca de sua constitucionalidade e convencionalidade, bem como de suas limitações e restrições. Todos estes pontos serão explorados nas próximas linhas.

## **2. Desenho jurídico-constitucional da liberdade de expressão**

O direito fundamental<sup>8</sup> à liberdade de expressão<sup>9</sup> apresenta contornos peculiares num Estado Democrático de Direito<sup>10</sup>, principalmente no que diz respeito com as limitações ou restrições de seu exercício, quer por parte de particulares em relação à particulares, quer por parte de particulares em relação ao próprio Estado.

Para que se compreenda melhor esta situação, faz-se mister breve análise de suas formulações teóricas. Afinal, entender os fundamentos que se apresentam como justificativa para a tutela da liberdade de expressão é de extrema importância, quando se enfrentam intrincados problemas relacionados à sua normatização.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2018, p. 390):

É frequente que se diga que “a busca da verdade ganha maior fecundidade se levada a cabo por meio de um debate livre e

---

8 Para Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 405) os direitos fundamentais são: “Todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhe ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal”.

9 Vide as seguintes Cartas: Alemanha (art. 5), Portugal (art. 37), Espanha (art. 20), México (art. 6), Argentina (art. 14) e Itália (art. 21).

10 Na lição de José Afonso da Silva (2017, p. 121): “A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando”.

desinibido”. A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana. O argumento democrático acentua que “o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder”. A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre).

Em que pese a sua importância para o exercício adequado da busca da verdade, da cidadania<sup>11</sup>, da democracia e até mesmo da dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>, tem-se evidente que nenhum direito fundamental pode ser tido como absoluto.

A liberdade de expressão encontra limites internos ou imanentes e externos. Por um lado, diz-se internos ou imanentes aqueles limites encontrados no seio do próprio direito fundamental que se está a analisar. Isso porque, os dispositivos constitucionais que definem determinado direito fundamental têm um pressuposto fático limitado ou restrito. Por outro lado, diz-se externos aqueles limites encontrados em outros dispositivos constitucionais ou até mesmo em dispositivos infraconstitucionais.

---

11 André Ramos Tavares (2018, p. 793) estabelece que: “Assim como ocorre com a dignidade da pessoa humana, a cidadania invoca conceito vago, embora seja pauta inafastável em qualquer Estado democrático. (...) Frise-se que a concepção de cidadania adotada pela Constituição de 1988 coincide com aquela introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e vincula-se, portanto, ao movimento de incorporação (internalização) dos direitos humanos e, acrescente-se, ao movimento da máxima efetividade dos referidos direitos. (...) Como conteúdo mínimo da cidadania tem-se a vedação absoluta no ser considerado estar o indivíduo a serviço do Estado. Aqui, o conceito se justapõe à tutela derivada da própria dignidade da pessoa humana (mais um aspecto evidenciado da consubstancialidade já analisada aqui quando do estudo da dignidade)”.

12 Nas palavras de Daniel Sarmento (2020, p. 89): “O princípio da dignidade da pessoa humana visa a proporcionar uma proteção integral à pessoa, e não a tutelar aspectos previamente recortados da sua personalidade e dos seus direitos. Por isso, deve ser dotado de suficiente elasticidade para que possa dar conta da sua tarefa monumental. (...) Essa constatação, todavia, não deslegitima o esforço de definição do conteúdo material do princípio. Mais do que legitima, esta é uma tarefa urgente. Afinal, como aplicar um princípio sem saber o que ele prescreve? Como empregá-lo como vetor hermenêutico sem conhecer a direção em que aponta? Diante dos abusos a que o princípio vem se sujeitando – trivialização, invocação sem critério e fundamentação, emprego para a imposição heterônoma de modelos de virtude e de vida boa para as pessoas etc. – ganha importância ímpar a tentativa de definição do seu conteúdo material na ordem constitucional brasileira”.

Veja que se os dispositivos infraconstitucionais podem limitar direitos fundamentais, deve haver limites dos limites (*schranks-schranks*). Entende-se que são três: a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), a razoabilidade (*Angemessenheit*) e a preservação do núcleo irreduzível ou essencial.

Em que pese num primeiro momento se possa pensar tratar que a figura do desacato aparenta não se coadunar com a liberdade de expressão, uma vez que o bem jurídico<sup>13</sup> tutelado pela norma penal incriminadora não teria o condão de mitigar a figura do direito fundamental em questão, tal posicionamento não merece prosperar, conforme demonstrarei nas próximas linhas.

### **3. Aspectos do desacato no ordenamento jurídico brasileiro**

Analisando a evolução histórica do desacato no Brasil, esclarece Cesar Roberto Bittencourt (2020, p. 220) que:

A punição do crime de desacato remonta ao direito antigo, tendo larga aplicação no direito romano, que reprimia as ofensas irrogadas contra os magistrados, e eram consideradas *injuria atrox (gravíssimas)*, cujas penas cominadas eram das mais graves: a deportação, para alguns, e a pena de morte, para outros. Essa orientação foi mantida durante a Idade Média pelos práticos, que a estenderam aos sacerdotes. (...) A partir dos Códigos Penais franceses de 1791 e 1810, já na era da codificação (seguidos pelos códigos de diversos países), ampliaram, de modo geral, essa figura delituosa para alcançar a todos os funcionários públicos, com a denominação de *outrage*, e, de modo geral, fundamentaram a criminalização dessas condutas na necessidade de assegurar aos agentes públicos a possibilidade de exercerem de modo eficaz suas funções e, assim, atingir a finalidade superior, de caráter eminentemente social, que a Administração procura. Alguns códigos, como o alemão, por exemplo, não disciplinaram o desacato como figura autônoma de crime, mantendo o critério tradicional.

O bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora é a própria administração pública, mais especificamente a sua moralidade e probidade administrativa. Nota-se que, em verdade, protege-se a probidade da própria função

---

<sup>13</sup> Segundo Claus Roxin (p. 56, 2008): “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

pública, ou seja, sua respeitabilidade<sup>14</sup>. Conforme explica Magalhães Noronha (1986, p. 317):

O bem jurídico considerado é a dignidade, o prestígio, o respeito devido à função pública. É o Estado diretamente interessado em que aquele seja protegido e tutelado, por ser indispensável à atividade e à dinâmica da administração pública.

Por sua vez, o sujeito ativo<sup>15</sup> pode ser qualquer pessoa que desacata funcionário público no exercício da função ou em razão dela. O sujeito passivo primário é o Estado e o secundário o funcionário público desacatado.

O tipo objetivo consiste em desacatar, menosprezar, desrespeitar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. Nas palavras de Nelson Hungria (1958, p. 424):

É qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseria falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.

O tipo subjetivo consiste no dolo, representado pela vontade consciente de praticar a conduta descrita na norma penal incriminadora. Veja, também, que é necessário que o sujeito ativo tenha plena consciência de que está diante de um funcionário público e que este se encontra no exercício de sua função ou em razão dela, sob pena de incorrer em erro. No que diz respeito ao especial fim de agir expressa Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 465) que:

---

<sup>14</sup> Luis Regis Prado (2018, p.417) escreve que: "O bem jurídico protegido sedimenta-se no interesse em se assegurar o correto, normal e pleno funcionamento da Administração Pública (princípio da autoridade). tal proteção não visa propriamente à pessoa do funcionário, mas sim o respeito que se deve ter à função pública.

<sup>15</sup> Magalhães Noronha (1958, 328) traz questionamento interessante: "Se o ofendido, no delito em apreço, é primacialmente a Administração Pública ou o Estado, o superior, que ofende o inferior, ofende, como qualquer outra pessoa, a administração, não podendo se sobrepor-se a esta. É óbvio que, tutelando-se a administração, protegem-se seus agentes, não se excluindo os humildes e modestos. Há a considerar ainda o seguinte. Se o delito em estudo pode ser cometido pelo particular, que não é nem superior nem inferior hierárquico do funcionário, não se vê por que, em se tratando de servidores públicos, há de se atentar à relação hierárquica, quando está em jogo o mesmo bem jurídico e quando o funcionário, ao cometer tal crime, despe-se dessa qualidade, agindo e sendo considerado como particular".

Consiste na vontade consciente de praticar a ação ou proferir a palavra injuriosa, com o propósito de ofender ou desrespeitar o funcionário público a quem se dirige. É este o fim que distingue o desacato da resistência, nos casos em que materialmente as ações se confundem.

Consuma-se o delito em questão com a prática efetiva do desacato, através de uma das fórmulas supramencionadas. Todavia, impende observar a crítica de Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 1023):

Se o funcionário demonstra completo desinteresse pelo fato ofensivo proferido pelo agressor, não há que se falar em crime, pois a função pública não chegou a ser desprestigiada. É o que pode acontecer, quando um delegado, percebendo que alguém está completamente histérico, em virtude de algum acidente ou porque é vítima de um delito, releva eventuais palavras ofensivas que essa pessoa lhe dirige. Não se pode considerar fato típico, desde que o prestígio da administração tenha permanecido inabalável.

Perceba-se que a tentativa é perfeitamente possível, embora de difícil caracterização.

Trata-se de crime comum porquanto não exige qualidade especial do sujeito ativo, formal, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente.

#### **4. Corte Interamericana de Direitos Humanos: liberdade de expressão e desacato**

No que diz respeito à matéria do tipo penal de desacato, o caso Palamara Iribarne vs. Chile é o que teve maior importância e destaque.

Consta dos autos que Palamara Iribarne integrou as Forças Armadas Chilenas em meados de 1970. Todavia, aposentando-se, optou por escrever um livro em que discorria sobre diferentes pontos da inteligência militar chilena, bem como a necessidade de adequação de parâmetros éticos, democráticos, transparentes e humanos. Acontece que, em meio a esta atividade, teve o seu livro censurado. Insurgindo-se contra este ato, sofreu diversos processos criminais, dentre eles um de desacato.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos insurgiu-se contra a decisão, mas logo após o Chile revogou a lei de desacato no país, mantendo, todavia, um delito de ameaça a agentes públicos.



Quer isso dizer que o direito à liberdade de expressão continuou com restrições, não se podendo afirmar, portanto, tratar-se de um direito humano absoluto.

## 5. O Habeas Corpus 379.269/MS

O *leading case* para o problema em questão pode ser encontrado, sem sombra de dúvidas, no bojo do Habeas Corpus 379.269/MS, julgado em 2017, pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. O caso envolveu a prática, no mesmo contexto fático, dos crimes previstos no art. 306, CTB (dirigir veículo automotor sob a influência de álcool), art. 330, CP (desobediência) e art. 331, CP (desacato).

Consta dos autos que policiais militares, no exercício regular de suas funções, abordaram o paciente por conduzir seu veículo automotor em condições psicomotoras alteradas em razão da ingestão de bebida alcoólica. Quando solicitada a sua identificação pessoal, o paciente desacatou os funcionários públicos no exercício de suas funções, praticando diversos atos obscenos e proferindo dizeres de baixo calão.

Rejeitada parcialmente a denúncia, o juiz de direito valeu-se do postulado da consunção, admitindo a peça acusatória somente quanto aos crimes dos artigos 331, CP e 306, CTB. O Ministério Público Estadual, através de recurso em sentido estrito, recorreu da decisão, para incluir o crime do art. 330, CP, pedido este acatado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. Acontece que, diante do cenário, a Defensoria Pública Estadual impetrou *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, alegando a existência de manifesto constrangimento ilegal e pleiteou absorção do crime de desacato pelo de desobediência.

O remédio constitucional foi denegado, pelos motivos corretamente abaixo elencados, demonstrando o acerto do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à matéria. Os entendimentos arcados pelo voto vencedor do Ministro Saldanha Palheiro podem ser resumidos nos seguintes tópicos: a) não se tem como aplicável o postulado da consunção entre o tipo penal de desacato e de desobediência, porquanto ambos tutelam bens jurídicos distintos; b) deve-se entender o desacato como uma forma *sui generis* de injúria, marcado pela ofensa à função pública dos funcionários públicos que integram a estrutura burocrática do Estado; c) a Corte Interamericana de Direitos Humanos não abarca o direito fundamental à liberdade de expressão como absoluto, mas relativo; d) por não apresentar verdadeira função jurisdicional, as manifestações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não passam de meras recomendações, que podem ou não ser observadas; e) visto que não há precedente relacionado especificamente ao Brasil, resta-se evidente que não há nenhuma obrigação de revogar, afastar, limitar ou restringir a aplicação do crime de desacato; f) por fim, pela

teoria da margem de apreciação nacional, mesmo que houvesse qualquer precedente relacionado ao Brasil, este, por si só, seria insuficiente para guiar os rumos de deliberação da aplicação de eventual jugado em seu âmbito interno.

## 6. Conclusão

Ante o exposto, resta-se evidente que a figura do desacato permanece criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro. A tipificação penal da ofensa contra os funcionários públicos pode ser vista como verdadeira proteção especial que não impede, de qualquer forma, o direito fundamental à liberdade de expressão. Todavia, tal proteção deve ser usufruída sem exageros ou excessos, sob pena de sua deslegitimação.

Acrescenta Rogério Sanches Cunha (2020, p. 929) que:

Afastar a figura criminosa do desacato não traria mudança significativa nos limites do direito de expressão, pois o exagero poderia de qualquer forma ser punido como injúria majorada. Logo, o esforço para discernir a censura do insulto permaneceria. O importante não é afastar *a priori* a possibilidade de punição do desacato, mas, mantendo a proteção ao exercício da função pública, exercer o controle sobre eventuais abusos desse exercício. Noutras palavras, compete ao Poder Judiciário garantir tanto a punição do exagero no exercício do direito de crítica à atividade desempenhada pelo funcionário público quanto a punição do abuso na reação do funcionário diante de uma crítica justa proferida pelo cidadão.

Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tenha se manifestado contrário à criminalização e persecução penal do tipo de desacato, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem manifestado certo consentimento no que diz respeito ao Direito Penal ser invocado para punir excessos à liberdade de manifestação do pensamento.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento da constitucionalidade e da convencionalidade do tipo penal de desacato, uma vez que a regra de direito internacional de liberdade de expressão não se diferencia do exposto na Constituição Federal. Quer isso dizer que nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto, inclusive tendo a honra e a intimidade tutela penal e constitucional.

Finalizo com o *habeas corpus* 141.949/DF, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, em 13/03/2018:

O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado Democrático. A ninguém é lícito usar sua liberdade de expressão para ofender a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da dignidade de quem a exerce. Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do "status" de funcionário público (civil ou militar). A investidura em função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade. Nesse aspecto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o direito penal pode punir condutas excessivas no exercício da liberdade de expressão.

## **7. Referências Bibliográficas**

BITENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. V.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Especial. 12 ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. II.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal – Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 1986, v. IV.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PRADO, Luis Regis. Tratado de Direito Penal – Parte Especial. 3 ed. São Paulo: Forense, 2018.

ROXIN, Klaus. Derecho penal, parte general –Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2008, t. I.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. 2 ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2020.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

## **PRINCIPIOLOGIA PROCESSUAL CIVIL MEDIANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**HEITOR DANTON BERNARDO DE OLIVEIRA:**

Bacharelado em direito pela Universidade  
Brasil

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(orientador).

**RESUMO:** Este presente trabalho tem como intenção analisar os princípios processuais perante a Constituição Federal, que são utilizados para melhor desenvoltura na linhagem do processo, sendo o meio utilizado para alcançar um determinado direito e estado amparado pela justiça, em conflitos na relação material e que será solucionado na relação jurídica processual. Trata-se de estudo sobre a aplicabilidade e a finalidade judicial e convencional, para que se tenha efeito no mundo jurídico e assim incidindo na relação do mundo real, para que não haja um abuso de poder dos poderes legislativo e judiciário.

**Palavras-chave:** Princípios. Processo Civil. Constituição Federal.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 2 BREVE VISÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO; 2.1 Constituição e Processo; 2.2 Conceito de Princípios Processuais; 2.3 Cláusulas Gerais Processuais; 3 DOS PRINCÍPIOS; 3.1 Princípio do Devido Processo Legal; 3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3.3 Da Legalidade; 3.4 Do Contraditório; 3.5 Da Ampla Defesa; 3.6 Da Licitude Probatória; 3.7 Da Publicidade; 3.8 Da Duração Razoável do Processo; 3.9 Da Igualdade Processual; 3.10 Da Efetividade; 3.11 Da Eficiência; 3.12 Da Boa-Fé Processual; 3.13 Da Adequação; 3.14 Da Cooperação; 3.15 Do Duplo Grau de Jurisdição; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **INTRODUÇÃO**

O objeto estudado é aclarar a criatividade e efetividade destes direitos e deveres adquiridos. Com uma visão panorâmica de doutrinas e entendimentos, haja vista que, foram construídas normas constitucionais e processuais que são embasadas e estruturadas em Princípios e Regras.

Princípios hoje é norma, tem força vinculante, que certos doutrinadores no passado, não tiveram esta visão de que princípios podem reger códigos de uma tal maneira que faz das leis algo mais acessível, prático e humano a serem exercidas. Nos vernáculos jurídicos contemporâneos, são vistos e utilizados os princípios aferidos pelo decorrer dos anos, alcançando uma maior efetividade.

O tema está totalmente vinculado com a atual Constituição Federal, sendo que ela foi construída mediante tempo e sofrimento, que encorajou e impulsionou certos direitos, estes fundamentais para a convivência e que para o ser humano possa gozar daquilo que desde sempre são seus direitos, exclusivamente, com dignidade.

E para tanto, é certo afirmar que a metodologia aplicada neste presente artigo, é de inspiração máxima em Leis Secas, Doutrinas Bibliográficas e Jurisprudências.

## **2 BREVE VISÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO**

Para este novo desenvolver doutrinário, mesmo que sendo efetivado e ainda passivo de estudo, é muito valorado o novo modo de processo em sua formalidade e materialidade. Em que se está comparado com premissas e direitos fundamentais e neles são fundados para que se maneje o processo.

As alegações mostradas deste pensamento são as equiparadas do chamado "Neoprocessualismo". Embora seja fiel em afirmar que a modulação teórica surgiu no Neoconstitucionalismo, a formalidade processual assegura-se no braço dos aspectos sociais e éticos do processo.

Com especial atenção para o princípio modelador contemporâneo e mais correto a exercer-se no mundo processual, o da Cooperação que é resposta dos princípios do Devido Processo Legal e da Boa-Fé Processual, junto do Contraditório, que serão esmiuçados adiante, são como escopos da efetivação processual, colando-se aqui, o requisito da Moralidade, segundo alguns pensadores "neoconstitucionalistas".

### **2.1 Constituição e Processo**

A constitucionalização do Direito processual é uma das características do direito contemporâneo. Visto primeiramente, que há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direito fundamental, que posteriormente a segunda guerra os países ocidentais expressam em suas constituições esses direitos processuais fundamentais. Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e o contraditório, que serão analisados posteriormente.

De outro lado a doutrina passa a examinar as normas infraconstitucionais como concretizadoras dos dispositivos constitucionais, havendo um estreitamento entre os processualistas e constitucionalistas, com um avanço gradativo.

Sobreposto, não é em vão que assim está redigido o art. 1º do CPC:

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.

Visto pelos vícios normativos, o artigo deixa claro em dizer que qualquer norma jurídica brasileira deva ser redigida e interpretada de acordo com a Constituição Federal, deve estar em conformidade com ela.

## **2.2 Conceito de Princípios Processuais**

Princípio trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido, e para que seja alcançado esse fim é preciso de certos comportamentos, passando a ser necessários esses tipos de comportamentos para que se realize a promoção final:

Os princípios por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistemas, notadamente das regras (ÁVILA, 2005, p. 78).

Há, porém, normas que servem à concretização dos princípios processuais. Os meios para alcançar esses estados de coisas, podem ser determinados por subprincípios ou por regras jurídicas, que servem para delimitar o exercício do poder e conter a arbitrariedade da autoridade jurisdicional, na resolução do caso examinado.

Os princípios exercem uma função bloqueadora, sevem para justificar a não aplicação de textos expressamente previstos que sejam diferentes com o estado de coisas que se busca atingir.

Essa vertente da teoria dos princípios serve para explicar porque o Código de Processo Civil atual não reproduziu e enunciado do art. 126 do CPC-1973, que mencionava os "princípios gerais do direito" como a última forma de completar as lacunas legislativas. Esse texto era ultrapassado. O juiz não pode decidir a "lide" com base na lei, mas sim no Direito, que é composto de todo o conjunto de normas, regras e princípios.

Ora, princípio jurídico é prerrogativa elementar de um sistema, verdadeiro estrutura dele, esquema fundamental que se emana sobre distintas normas preenchendo-lhe o núcleo e servindo de pressuposto para sua adequada compreensão e inteligência, preciosamente por definir a lógica e juízo do sistema regimental, no que lhe assegura a força e lhe dá sentido congruente.

### 2.3 Cláusulas Gerais Processuais

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (fato próprio) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é sem medida.

O método da subsunção do fato ao enunciado normativo, revela-se insuficiente para a aplicação de cláusulas gerais. As mesmas exigem concretização em vez de subsunção:

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de 'generalizar' o caso; tem também de 'individualizar' até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na 'subsunção'. Quanto 'mais complexos' são os aspectos peculiares do caso a decidir, 'tanto mais difícil e mais livre se torna a atividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção (DIDIER JR, 2017, p. 61).

O direito começa a ser construído posteriormente, em uma mescla de indução e dedução. As cláusulas servem para a realização da justiça do caso concreto.

As cláusulas gerais e os precedentes judiciais tem uma relação íntima entre si. A cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo o juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.

Vale a interpretação das Cláusulas gerais pela doutrina:

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito, pois revolucionam a tradicional teoria das fontes, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo (MARTINS-COSTA, 1998, p. 6-7).



### 3 DOS PRINCÍPIOS

#### 3.1 Princípio do Devido Processo Legal

O inciso LIV do art. 5º da CF prevê:

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

A literalidade “devido processo legal” corresponde a tradução para o português da expressão inglesa “due process of law”. Law, porém, significa Direito, e não lei. Como já proferido, o processo tem que estar em consonância com o Direito como um todo, não somente com a lei.

Desse dispositivo normativo extrai-se o princípio do devido processo legal, que todo sujeito, no Brasil, tem o direito fundamental a um processo devido, justo e equitativo.

Processo é método de exercício de poder normativo. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo desse poder, de qualquer poder.

Diz que a vertente do Devido Processo Legal é de fundamento antigo, no Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C, que os imperadores deviam obedecer as leis e regras do Império. Com isso foram de grande numeração as concretizações de que o devido processo legal é de direito fundamental de todos.

Com essas afirmações no decorrer do tempo, o devido processo legal tornou-se verdadeiro a sua aplicação, como por exemplo o contraditório, a ampla defesa, duração razoável do processo, juiz natural entre outros, tendo a previsão máxima normativa que é a Constituição Federal.

Este princípio tem como criar meios essenciais para a promoção a proteger os direitos que estão expressos na carta máxima, mas que o sistema é omissivo, então tem a função de integrar aquilo que já é garantido mas de forma errônea no seu manuseio. Buscando sempre a lealdade (boa-fé), adequação e principalmente a efetividade.

Esses princípios supracitados, são redigidos na constituição, mas como de praxe estão omissos, mas que mesmo assim são de grande relevância. São princípios fundadores do devido processo legal.

Doutrinadores de épocas passadas condizem que esses princípios não devem ser somente encaixados no juízo proposto em razão de se colidirem as vezes,

expressam que tais devem ser introduzidos no âmbito do caso concreto, alcançando assim na atuação estatal destes princípios.

Surge então, nos corredores dos operadores jurídicos, algo peculiar a este tema, citando como fundamento constitucional a proporcionalidade e razoabilidade. Em primeira vista, a proporcionalidade é conferida de modo a dizer que o Estado operando os princípios no seio da sociedade não pode exercer este poder de forma abusiva, tendo o conluio deste pensamento de abusividade. E em segunda vista vem a razoabilidade, na criação de normas em determinados pontos, ao passo que, seja observado no texto a razoabilidade nos termos e fins almejados.

A efeito, as leis que se apresentam de forma agressiva, fora do alcance da sociedade, é interferida. Pelo que presa na criação de leis é a busca de um fim almejado, mas de formar a alcançar a justiça, razoabilidade e proporcionalidade.

É apreciado que, a proporcionalidade e razoabilidade é anterior ao devido processo legal. As constituições antepassadas, mesmo que não tinha um processo devido, era mantido esses pilares principiológicos. Causando então um novo estudo do princípio do devido processo legal, que para reconhecer e proteger os direitos de liberdade, bem como direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, veio o devido processo legal substancial.

### **3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da Dignidade da Pessoa humana, nos últimos anos estão sendo elevados de uma maneira que dá a entender que esse máster princípio foi criado a poucos anos. Sendo até previsto no artigo 8º do CPC/2015, mas que já é fundamental para a existência de nossa Republica a décadas.

Este princípio é o maior de todos já elencados, a dever que os princípios tem de obedecerem a ele. Se uma norma, um princípio ou até mesmo uma regra existem é porque são de calibres medidos por ele, máximo de nossa carta maior.

O Estado, pelo órgão judiciário, deve resguardar a dignidade da pessoa humana, aplicando a norma corretamente as partes, a proteger e não violar este princípio. O que se venera é a promoção, efetivação da dignidade, até mesmo num momento em que no processo o magistrado perceba que irá ferir a dignidade de alguém, retoma a sua essência e busca promove-lo.

E como uma das principais busca deste princípio, a liberdade de atuar no processo é de indispensável conversa. O Novo CPC enriquece, no que diz respeito, a vontade das partes, o autorregramento processual, ofuscando o protagonismo do juiz no processo.

Então, nesta escolta mínima, é revisto que o Estado deve promover e não violar a dignidade da pessoa humana, a efetivar um direito, em alguns vértices de processos.

É bem verdade que, mesmo que em casos diferentes, aplica-se a mesma norma jurídica. A criar novos dizeres ao devido processo legal, é ajudar na harmonização do processo, a fim de inibir problemas reais que incidem na dignidade da pessoa.

E por fim, o CPC construiu regras, como norma, para proteção de eventuais decisões que seriam diretamente danosas a dignidade do indivíduo.

Como permitir acesso ao processo e seu procedimento as pessoas com deficiência, idosas ou com doenças termináveis.

### **3.3 Da Legalidade**

Este princípio esta fundado no artigo 82 do NCPC. Ele tem a possibilidade de funcionar como norma, que será um divisor de aguas.

Ele é de aplicação do devido processo legal, tem a missão de formalidade da lei em sim. É encontrado também na dimensão do Direito propriamente dito, pela sua função formalística, de alimentar as partes de um processo, a saberem que sua relação de direito material é formalizada no ordenamento.

O direito supradito, não é incorporado somente pela lei escrita expelida pelo Estado, mas sim no ordenamento jurídico por completo, que foi até difundido da literalidade "lei" por "ordenamento jurídico".

Então dizer em legalidade não é somente fundada na escrita da lei, mas sim no ordenamento jurídico por completo, é decidir conforme está o conjunto de normas, princípios e regras.

### **3.4 Do Contraditório**

Prediz o artigo 5, LV, da Constituição Federal:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Este é um dos princípios mais bem posto na esteira da CF, um dos ganhos mais importantes após um regime político ditatorial. Ganhado a oportunidade de participar e como consequência, influenciar na decisão do judiciário.

O mais belo é que mesmo que um direito está sendo litigado, é saber que mesmo sendo tendencioso a uma decisão desprovida, as partes tem um direito fundamental de ser ouvida, de participar, desenvolver um argumento que vai levar uma defesa digna com um peso de influenciar a decisão.

Se por um momento o poder de influência, a saber provas, fatos, argumentos, documentos, ser interrompido um processo de condenação, esse princípio estará sendo danificado

Por isso essa missão é de poder alegar certos fatos, é para evitar, inibir que sejam aferidas decisões que estariam fora do esperado das partes.

Já foi o tempo em que fossem proferidas sentenças sem que o réu pudesse ao menos defender-se, ao ponto de chegar a saber da sentença no dia na sua morte, por isso não é mais permitido decisões surpresas, sem o consentimento do réu, e até mesmo do autor da ação, e para prosseguir o processo é preciso deixar ser produzido o contraditório.

Na corrente do devido processo legal, o contraditório é conferido quando a parte é ouvida, mas para ser ouvida é necessário estar em juízo com um capaz com o poder postulatório, um Advogado.

A luz do art. 9º do CPC, onde é mais uma vez preferido o direito de ser ouvido em juízo e que somente após compreendido este ato processual possa ser proferido uma sentença. O endividado só pode ser sentenciado se a ele foi garantido a defesa do contraditório.

Só será permitido sentença sem contraditório quando ele for encontrado decisões em que o réu já é vencedor, e isso será vislumbrado já na petição inicial de que o réu tem a procedência no processo.

Contudo do que foi dito, é necessário então chegar a um ponto. A chegar numa conclusão, de que no andar do processo se garante uma igual proporção tanto para o réu quanto para o autor garantindo-lhes uma igual participação de meios para chegar a um fim desejado, meio estes que são por parte do autor acusar que foi o réu que infringiu um direito e o réu a defesa de provar que não é o agente causador.

### **3.5 Da Ampla Defesa**

Art. 5, LV, da CF, subscreve o princípio da ampla defesa. Onde há um estreitamento entre o contraditório que juntos são tratados no mesmo artigo.

Alguns doutrinadores expressa que a ampla defesa é uma forma que qualifica o contraditório, ao passo que, o contraditório tem para colocar de forma

clara a defesa da parte então é bendito dizer e entender que ampla defesa é espécie de contraditório.

### **3.6 Da Licitude Probatória**

Dentro dos termos da comentada Carta Magna, no seu artigo 5º, inciso LVI, compreende-se que, muito seja contrária a relação processual, tal artigo não autoriza que os disputantes façam manuseio de meios insidiosos para convencer a compreensão judicial.

Vale dizer, é conveniente que o andamento do processo tenha lugar de maneira indubitavelmente balanceado no princípio da lealdade, resignado o dispositivo legal 14, inciso II, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, facilita observar a textual advertência abarcada no artigo 332 do precitado diploma legal.

### **3.7 Da Publicidade**

Ainda a luz da constrição Federal no art. 5, LX, é adquirido o direito de publicidade dos autos, e o CPC vem fortalecendo em seus artigos 8 e 11.

É um tanto quanto importante dizer que o processo é devido quando é publicado. De que é pregado, devido processo legal, é feito para inibir as arbitrariedades do Judiciário, então o porquê de não ser público? As partes tem direito de saber Como está o andamento dos atos processuais dentro do processo para que não seja permitido abusos ou obscuridade a algum tipo de possibilidade de fraude em uma decisões inesperadas.

A função deste princípio é também apresentar a terceiros o lado processual de alguém. É uma vantagem a terceiros saberem com quem faz negócios, ei quem confia. E do outro lado da moeda A publicidade dentro do próprio processo internamente é essencial e totalmente Secreto Entre as partes mesmo que Público São Protegidos e que esse princípio não veio para funcionar desconfortos mas sim uma facilidade em ver aqui passo anda o processo.

No verso do art. 189, CPC, este que dá ênfase ao princípio da publicidade, conserva alguns processos que não serão vítimas de publicação. No exemplo típico é o do divórcio, separação de corpos, Alimentos, para que não cause um constrangimento ou até mesmo de informações sobre a parte.

Então, assunto tratado acima, somente poderá participar do processo em segredo as partes, o advogado, o Ministério Público, defensor Público.

Nos moldes dos princípios processuais Contemporâneos, é permitido que hoje a sociedade tem acesso a julgados e decisões proferidas por tribunais de forma

suscetíveis. Esta liberdade hoje é fundamental para impulsionar certas sentenças em que somente pela análise da lei seria mais arduo De chegar a decisão de um caso concreto. Nome- se esta Liberdade de postagem de precedentes, Em que é possível se em bazar nesses tipos de auxiliares do Judiciário. Neste diapasão, O princípio da publicidade ganha força, pelo que ele proporciona, Deixando os processos e suas decisões mais atrativos aos interesses dos litigantes do presente e de um futuro.

A título inovador, o Brasil transmite ao vivo julgamentos do STF, dando uma leve engrandecida no sistema processual brasileiro, assim sendo uma técnica inédita no mundo.

### **3.8 Da Duração Razoável do Processo**

A Federação Brasileira aderiu um plano internacional, que toda pessoa têm o direito de além de participar do processo tem o direito a um prazo razoável, exercido por um juiz ou tribunal competente, no exercício de poder de jurisdição, apurar os atos processais de for célere. Editando um decreto pelo Congresso Nacional um Decreto 27, de 26 de maio de 1992.

Em outras palavras, o processo será devidamente legal, célere se for um processo com duração razoável, que como já explanado a razoabilidade como pilares de um sistema de direto justo e equilibrado.

Para que se retire a morosidade no processo é preciso tem uma visão altruísta, em que não é somente o judiciário o causador da irrazoável demora, deve-se prezar que as partes também não colaboram no cumprimento dos prazos e pela abrangência do caso. Ocasionando uma desconfortável espera de um trânsito em julgado exercido pela sistemática judiciária.

A partir do momento em que é reconhecido um direito É também levado a um devido processo legal, que para ser exercido é necessário principalmente do contraditório da dilação probatória o saneamento dessas provas, mostrando então que quando surge um direito e aí ele é buscado com justiça é Sujeito é um procedimento tanto quanto detalhado e minucioso, materializando-se numa demora razoável para que seja analisado cada Ato de forma detalhada para que não haja lacunas ou dúvidas sobre direito reconhecido.

### **3.9 Da Igualdade Processual**

A fonte donde sai este princípio é art. 5, caput, da CF/1988, que é um direito fundado em igualdade. De propósito de equilibrar as partes no processo, dando as mesmas oportunidades, buscando a igualdade processual.

A igualdade processual deve se precaver em quatro funções. De primeiro é o desinteresse, imparcialidade jurisdicional, em segundo é ingressar no acesso o à justiça, sem algum tipo de preconceito, já interligando a terceira que é a redução de desigualdade neste acesso à justiça, e conseqüentemente a igualdade de oportunidade no contraditório.

Exemplos de igualdade é as oportunidades que os incapazes, os vulneráveis processais ganharam com esse princípio, recebem um cuidado diferenciado em certos momentos, garantindo-lhes tutelas processional.

### **3.10 Da Efetividade**

Se extrai deste princípio a garantia que seu direito além de ser autenticado, ele terá efetividade, verdade, satisfação, possibilidade de execução, que melhor é exercê-lo efetivamente, mesmo que contra a vontade alheia, por estar amparado, vivificado pelo Ordenamento Jurídico.

Tendo o poder judiciário o dever de implantar e aplicar normas para que após aferido o poder de execução venha garantir a realização dos direitos fundamentais por meio da execução.

### **3.11 Da Eficiência**

O processo para ser devido, como cláusula geral, deve ser eficiente. Ele é uma consequência do art. 37, caput, CF.

Doutrinadores antigos, como Ávila, procedem em dizer que a eficiência é um ato postulado, uma metanorma, tem finalidade diversas que serve para estruturar um jeito de aplicação de outras normas. Em oposto, Fredie Didier ressalva que eficiência é princípio, pelo que está introduzido como norma dentro da constituição e que dá sentido a um outro texto.

Este princípio é de função instrutiva, de gestão, administração, condução, orientação processual, aquele que leva ao órgão judiciário o dever de ser alcançado um processo eficaz.

É aqui onde revela-se um novo sinônimo de eficiência, que é a Economia Processual. Que quando se alcança um processo eficiente ele não tem motivos para se ter um recurso e conseqüentemente adquirido um fim efetivo do estado de coisa que era almejado alcançar. Mas como chegar num processo eficiente, como saber que não será um processo que ficara lacunas.

Eficiente é o processo que não é duvidoso na sua decisão, mas sim de modo jubiloso é finalizado, que a sentença foi tão bem sucedida que a probabilidade de indagações não a de ser alcançadas.

Neste tema é encontrado então um vínculo entre este princípio e o princípio da efetividade. Onde que o efetivo é o processo que realizara um direito conquistado nos tramites processuais judiciais, e o eficiente é o jeito que atingiu este resultado. Onde que se um processo é efetivo sem eficiência ele será duvidoso, pois não satisfaz o pedido em juízo e certamente não será econômico e haverá recurso. E superiormente, como redundância, um processo eficiente sem ser efetivo é ineficiente, pelo que não felicitou o direito almejado.

### **3.12 Da Boa-Fé Processual**

Adquirido do direito germânico, é afirmado aqui modos de como as partes da relação processual (autor, réu e juiz) devem comportar-se para que se realize de modo objetivo a sentença. São condutas que impõe ou proíbe os atos das partes, exercida com função hermenêutica processual.

O que se espera das partes é que não hajam de forma a desanimar com a relação, mesmo que é litigiosa, entre eles. É de impotência manter uma relação amigável e tranquila entre eles, mesmo que não estão interessados em manter uma afetividade, eles são obrigados de agirem comportadamente como pessoas de boa-fé.

Na visão normativa constitucional não é claro dizer deste princípio, mas a comparativos que falam da boa-fé objetiva como instrumento a cumprir a dignidade da pessoa humana, uma sociedade justa e solidaria como expressa o art. 3º da CF/88, para que não se quebre a relação e a confiança das partes de forma aleivosa.

Antônio do Passo Cabral diz (2005) que o fundamento da boa-fé processual provém do contraditório, das fontes dos deveres, dizendo que o exercício do contraditório não pode ser ilimitado, tem de ter um limite na sua aplicação, e a boa-fé processual veio pra isso, limitar a pratica excessiva do contraditório.

Entretanto, é passivo de citação que a boa-fé processual vem para purificar as condutas das partes, de que cada uma tem seus modos de participação no processo e que cada ato não seja praticado de forma desigual, e que se feita com desigualdade é detectado a má-fé, impregnando o processo de injustiça.

### **3.13 Da Adequação**



Pela própria palavra é dado o objetivo que pretende se alcançar, um processo adequado, qualificado, que o legislador conferiu ao judiciário a sensibilidade de dar a oportunidade de as partes operarem adequadamente em cada caso concreto com suas respectivas peculiaridades.

A vista, a lei têm de ser clara em permitir adequação nos pedidos, importando ao judiciário uma decisão que já esquadrinhada na qualidade de cada caso, a confirmar a proteção necessária.

Adequado será quando as partes atuarão no processo e serão contemplados com procedimento adequado no pedido de cada caso concreto, nas suas natureza, relações materiais que refletirão em qual proteção jurisdicional ensejará. É adequar de acordo com o andamento dos autos, o juiz a fim de chegar a uma decisão eficiente devera adequar o processo. A título de exemplo, um advogado de uma das partes quer um pouco mais de tempo para a apreciação dos documentos que chegam a umas 10 mil folhas, e o prazo previsto é de 5 dias, o juiz a fim de adequar o processo se dispõe e flexibiliza o prazo previsto, pelo que não conseguiria analisar essa massa de documentos.

Como já dito, cabe uma tutela jurisdicional em cada caso concreto, coroando a proteção da natureza material pedida. Cabe ao juiz, como gestor do processo, uma correção processual, manutenção e a tutela necessária, em vista de um pedido que seja contra a constituição, inadequado, adequando de acordo com "*ratio material*", para que se efetive este princípio como direito fundamental.

Há também a adequação negocial dentro do processo, conferido por uma fonte negocial. As partes celebram como um acordo, de como será o andamento adequado daquela relação, os próprios sujeitos estabelecem, como uma relação incidente, que posteriormente colocaram nos autos.

### **3.14 Da Cooperação**

Como o princípio da boa-fé objetiva, do contraditório, este é inspirado nos ditames jurídicos Alemão. Diferentemente dos processos que predominavam no ocidente sob influência iluminista, o processo dispositivo e o processo inquisitivo.

Tudo dependia de como o legislador iria disponibilizar na norma os poderes e deveres a serem praticados. De acordo o que ele fazia seria realizado, como no sistema de hoje, somos sujeitos ao Império da Lei, o que está normatizado é o que se prioriza. Mas onde abundava a função que a lei dava, superabundava a injustiça.

O legislador normatizou no sistema Dispositivo a liberdade de ordenar o processo nas mãos das partes, onde o juiz não julgava, então quem mais podia

exercer os atos processuais e chegar a uma sentença eram os que tinham um poder aquisitivo maior, superabundando a injustiça. E quando a lei permitiu o Processo Inquisitivo, era dado somente ao juiz a gestão processual, onde as partes não operavam, exuberando a justiça.

Hoje, graças a liberdade de atuação dos princípios do devido processo legal, contraditório, boa-fé objetiva, dentre outros que foram enumerados acima, nosso sistema de processo, adquirido de forma árdua, sanguinária, temporária é vislumbrado, vivido orgulhosamente de forma Cooperativa, a fim de sempre alcançar a Justiça.

Como arrola o art. 6º do CPC:

Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e afetiva

O modelo se destaca por meio do princípio do contraditório, na forma de ter uma comunicação entre o judiciário e as partes dentro do processo, não mais assistindo as partes e nem as partes assistindo o judiciário. O contraditório vem para efetivar a decisão do juiz, não somente formalizar o processo, mas sim decidir de acordo com a realidade.

É nesta deixa que se valoriza a cooperação, onde é encontrado um equilíbrio nas atuações dentro do processo, onde o autor tem o direito de acusar, mostrar provas em relação ao réu, e este tem a oportunidade de contestar e provar o contrário, e tendo o juiz como administrador desses atos processuais a fim de chegar a uma decisão eficiente.

Em rigor, é compatível dizer que este princípio é o cumprimento do Estado Democrático de Direito até mesmo no processo. O processo cooperativo é consequência de poder emanado do povo, de alguém propriamente dito, em que é exercido dentro dos parâmetros da lei infra e constitucional.

Claramente, somente os atos processuais que formaram o processo é exercido pelas partes, pelo que no fim a decisão é única e exclusivamente do juiz, cada sujeito do processo tem sua versão, e o magistrado é o que dará a coisa julgada.

Para tanto, é necessário o entendimento de que o processo é toda relação jurídica envolvida entre os sujeitos do processo, que se dão em cada caso concreto, autor, réu, juiz, advogado, "*amicus curiae*". Tanto quanto são submetidos a exercerem licitamente suas participações e conluios, onde que se ferirem alguns princípios, estado de coisa que se queira chegar, estarão agindo ilicitamente.

Ao processo cooperativo, Cabe dizer aos litigantes dentro da legalidade, que eles deverão litigar de forma a mostrar seus entendimentos com clareza, para que não haja dúvidas ou vícios no pedido, exercendo com responsabilidade para não ferir a boa-fé, ao passo de não ferir a outra contrária.

Também no lado jurisdicional, tem o dever do juiz agir de forma leal, de forma a elevar a boa-fé. O juiz no instante de dúvidas das partes, tem o dever de esclarecer essas dúvidas, em que as partes tem na hora de introduzir uma petição inicial, alegações e pedidos, para que não tenha uma decisão equivocada.

Assim se o juiz estiver com dúvidas nas alegações, de algum requisito de validade ou até mesmo uma lacuna no pedido, não pode decidir se estiver com uma falha que poderá ser resolvida, ele deve mostrar a parte que há uma restrição, e onde ela está encontrada. Não pode indeferir no processo sem que ao menos ouça as partes sobre a falha. E pelo não cumprimento do que foi alegado a parte, ai o magistrado irá indeferir a petição inicial.

### **3.15 Do Duplo Grau de Jurisdição**

O presente princípio é o que permite o direito à arguição de uma decisão, e na maioria das vezes é feita pela parte derrotada ou descontente. Desta forma, é com este exemplar princípio, a parte insatisfeita com a decisão proferida em primeiro grau poderá estipular recurso com a finalidade de que o anterior processor tenha uma nova análise e julgamento, para que nesta segunda decisão lhe seja de acordo.

Assim, vale-se que este princípio existe unicamente quando um tribunal superior hierarquicamente na organização jurisdicional, faça análise do recurso de uma das partes da relação processual aborrecida com a decisão do juízo a quo.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da sistemática que envolve princípios, regras e normas pelo que é deliberado, a busca incansável de direitos com a bússola da justiça, para que se haja uma equação para alcançar uma finalidade conclui que, princípios são normas.

Tem poder normativo, ou seja, o cuidado que os princípios tem, são de operabilidade com equidade, a cooperação processual, cabendo ao judiciário e ao operador do direito demonstrar uma gama de respeito a eles.

Assim, fica afirmado em que todos os princípios que embasam nossa constituição são para dever e direito de todos, que são dignos de um processo colaborativo, adequado e sobretudo eficiente.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Novo Código de Processo Civil**-Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 15 de set. 2020.

CABRAL, Antônio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. Revista de Processo. Vol. 126. pag. 59. DTR. 2005.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. V1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

## **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A PANDEMIA DO COVID-19**

**MARIANA LÍVIA DOS SANTOS:**

Bacharelanda do Curso de Direito da  
Universidade Brasil.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

**RESUMO:** Esse trabalho tem como objetivo analisar a evolução da história das mulheres em suas mudanças na sociedade em busca de seus direitos do combate contra violência do gênero, conseqüentemente para o enfrentamento foi criado a Lei 11.340 sancionada no dia 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Com a finalidade de proteger a mulher na violência doméstica e familiar, seja dos tipos de agressões físicas, psicológicas, sexual, morais, além de constituir mecanismo de amparo a mulher, como medidas protetivas de urgência. Porém mesmo tendo esse o instrumento de assistência que a lei trouxe na proteção a mulher em tais atos do ofensor, os números de casos de agressões não são satisfatórios para precaver a proteção a mulher, em que ainda se encontra um elevado aumento de registros de ocorrências da violência contra a mulher causado pelo isolamento social decorrido pela COVID-19, onde a mulher se encontra mais vulnerável à violência dentro como fora de casa. Assim, mesmo tendo avanços de proteção as mulheres, assegurando seus direitos humanos, ainda não se encontra suficiente para a segurança na sociedade atual.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha. Mulher. Violência.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the evolution of the history of women in their changes in society in search of their rights to combat gender-based violence. Consequently, Law 11,340 was sanctioned on August 7, 2006, known as Law Maria da penha. In order to protect women in domestic and family violence, be it from the types of physical, psychological, sexual and moral aggressions, in addition to being a mechanism to support women, such as urgent protective measures. However, even though this is the assistance instrument that the law brought to protect women in such acts of the offender, the number of cases of aggression is not satisfactory to protect women, in which there is still a high increase in occurrence records of violence against women caused by the social isolation caused by COVID-19, where women are more vulnerable to violence inside and outside the home. Thus, even with advances in protecting women, ensuring their human rights, it is still not sufficient for security in today's society.

**Keywords:** Maria da Penha Law. Woman. Violence.

**Sumário:** 1.INTRODUÇÃO – 2 BREVE RELATO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. 3. FORMAS DE VIOLÊNCIA. 4. O CICLO DA VIOLÊNCIA. 5. PANDEMIA: 5.1. Violência contra a mulher e a pandemia. 6. MEDIDAS PROTETIVAS. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

## **1.INTRODUÇÃO**

O presente artigo científico tem por objeto a discussão sobre a lei 11.340, conhecida popularmente como lei Maria da Penha que tem como finalidade coibir atos de violência contra as mulheres dentro do ambiente familiar.

Mesmo tendo esse instrumento e assistência de amparo a mulher vítima de agressão, a violência contra a mulher vem sendo atualmente um dos casos que mais cresce dentro da sociedade, e com o isolamento social ocorrido pela pandemia da COVID-19 os números de agressões físicas vêm aumentando simultaneamente.

Neste sentido, o problema a ser abordado tem como o propósito de entender as principais causas que elevam o crescimento e fatores da prática da violência, em tal violação de proteção de enfrentamento dos direitos das mulheres, destacando a necessidade e a importância de prevenir estes atos.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento será por meio de pesquisa bibliográfica, artigos, livros doutrinários, pesquisas em sites e dados referentes à temática.

Dessa forma, o objetivo desse trabalho é analisar o alcance da proteção a violência contra a mulher após a criação da Lei Maria da Penha, esclarecer as formas de violência contra a mulher, o ciclo da violência e um breve estudo histórico da mulher na sociedade, além de seus mecanismos de proteção de combater tal violência.

Diante desses fatores, o propósito da pesquisa visa demonstrar o aumento de casos registrado no isolamento social no Brasil e no mundo.

## **2 BREVE RELATO DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER**

A violência contra a mulher não é novidade para a sociedade, muito longe disso, a sociedade antigamente era marcada pela subordinação ao homem, onde o sexo feminino era visto como um objeto de propriedade em sua posse, em seu dever de obedecer ao homem, seja ele namorado, marido, parceiro.

Conforme Dias:

A sociedade protege a agressividade masculina, constrói a imagem da superioridade do homem. Afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade. O homem é retratado pela virilidade. Desde o nascimento é encorajado a ser forte, não chorar, não levar desaforo para casa, não ser “maricas”. Os homens precisam ser super-homens, não lhes é permitido ser apenas humanos (DIAS, 2012).

Ainda, aduz:

Às mulheres, sempre foi reservado um lugar de menor destaque, seus direitos e seus deveres estavam sempre voltados para a criação dos filhos e os cuidados do lar, portanto, para a vida privada, e, durante o século das luzes (SILVA, 2010).

Para interromper essas sequências de atos que infringe o direito humano, surge a Lei Maria da Penha, fruto de um esforço coletivo, movimentada pelas mulheres como resultado de garantir seus direitos e medidas protetivas no enfrentamento à violência.

Os impactos desses movimentos, teve a concretização na política pública e a criação de tratados internacionais pela ONU (Organização das Nações Unidas) dando cumprimento a CEDAW (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres) aprovado em 1979 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, decretada em 1994. Além da criação do Conselho Estadual da Condição Feminina, em 1983, e a primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher ao combate à violência, em 1985.

A Lei Maria da Penha sancionada no dia 7 de agosto de 2006 (Lei 11.340), nos termos da Constituição federal (artigo 226, § 8º) veio com propósito de proteger e garantir os direitos humanos no âmbito de violência contra a mulher, resultando de um longo caminho de luta para assegurar as agressões sofridas pelas mulheres do Brasil e do mundo.

Sobre o assunto Fernandes (2015, p.16)

Nesse contexto de renovação, surgiu a Lei n. 11.340/2006, que ficou conhecida como “Lei Maria da Penha” em razão de sua origem. Maria da Penha, farmacêutica, era casada com um professor universitário. Após anos de violência doméstica, foi

vítima de duas tentativas de homicídio praticadas por seu marido e ficou paraplégica em 1983. Houve dois julgamentos pelo Tribunal do Júri, mas o agressor de Maria da Penha somente foi preso em 2002 e cumpriu dois anos de pena.

A criação da Lei 11.340/06 representou um forte avanço no sentido de implementação dos direitos do sexo feminino ao instituir mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (PAIVA, 2013, p.24).

Em qualquer tipo de prevenção a mulher, independente que seja de classe econômica, religião, idade, raça, orientação sexual, etnia e grau de escolaridade.

Além da especificação da conduta, a lei mostra uma ampliação aspectos direitos e garantias, como o acesso à justiça, direito à vida, a segurança, moradia, saúde, ao respeito e seus direitos humanos.

Para alcançar o mecanismo de proteção para assistência à mulher em circunstância da violência, previsto no artigo 9º da Lei Maria da Penha de acordo com a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social), no SUS (Sistema Único de Saúde), no SUSP (Sistema Único de Segurança Pública), dentro outros normas, o juiz:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente.

O artigo 5º configura os tipos efeitos de proteção a violência doméstica e familiar contra mulher seja quando for de morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

De acordo com o inciso I, não é preciso ter uma conexão familiar, basta o ambiente de convivência permanente de pessoas, como exemplo da empregada doméstica que mora na residência do proprietário e o regime de tutor ou curatela.



II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Já no âmbito da família, tem a exigência do vínculo familiar do agressor e a mulher ofendida, não importando o lugar do ocorrido, nesse sentido o parentesco pode ser natural, civil, afetividade ou afinidade.

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Existe um entendimento divergência na aplicação da lei para doutrina na relação íntima de afeto, para Guilherme de Souza Nucci "se agressor e vítima não são da mesma família e nunca viveram juntos, não se pode falar em violência doméstica e familiar. Daí emerge a inaplicabilidade do disposto no inc. III" (LIMA, 2020, p.1248).

Já outro entendimento doutrinário Maria Berenice Dias diz que:

até mesmo os vínculos afetivos que refogem ao conceito de família e de entidade familiar não deixam de ser marcados pela violência. Mesmo que não vivam sob o mesmo teto, havendo violência, merece a mulher receber o abrigo da Lei Maria da Pena. Para a configuração de violência doméstica é necessário um nexos entre a agressão e a situação que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência (LIMA, 2020, p.1249).

No que tange ao aspecto da norma de quem praticou o crime e a pessoa que sofreu a violência doméstica na Lei Maria da Pena o art. 5º, parágrafo único, traz que não necessariamente importa o gênero, considera-se então o agressor no sujeito ativo a mulher ou o homem que tenha uma associação familiar, doméstica ou afeição com a vítima.

Em relação ao sujeito passivo da violência doméstica e familiar, há uma exigência de uma qualidade especial: ser mulher. Por isso, estão protegidas pela Lei Maria da Pena não apenas esposas, companheiras, amantes, namoradas ou ex-namoradas, como também filhas e netas do agressor, sua mãe, sogra, avó, ou qualquer outra parente do sexo feminino

com a qual haja uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto (LIMA, 2020, p.1244).

No entanto, atualmente o combate a violência contra a mulher ainda se encontra em desigualdade de gênero, apesar da inovação no ordenamento jurídico de diminuir o alto índice de violências, não foi eficiente para acabar com as ações realizadas pelos agressores.

### **3 FORMAS DE VIOLÊNCIA**

O termo empregado da palavra violência na Lei Maria da Penha ultrapassa o sentido utilizado da palavra no modo de não só ser apenas relacionado agressão física, tendo diferenças formas de violência doméstica e familiar, facilitando na aplicação da lei em seu enquadramento de cada crime específico.

Assim, de acordo com o artigo 7º da lei, as formas de violência podem acontecer:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação,

chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

De modo sucinto, o artigo trata diversos elementos de conduta nas formas de violências, podendo ser de modo física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, presente em qualquer tipo de lugar. Mas ocorre em que muitos dos casos a própria vítima acaba não reconhecendo os atos violentos tido, pelo pouco de conhecimento que obtêm.

#### **4 O CICLO DA VIOLÊNCIA**

O ciclo da violência é o conceito criado em 1979 pela psicóloga norte-americana Lenore Edna Walker, que verificou o comportamento do agressor a mulher em situação de violência, acontecendo dentro de um ciclo repetitivo de três fases, começando as agressões de modo lento até ser intensivo e preocupante.

A primeira fase é o aumento da tensão, o agressor começa a ter ataques de raiva descontando na mulher, além das ofensas verbais (ofender, insultar e humilhar). Nesse sentido, o parceiro tenta mudar o tipo de roupa que mulher deve vestir, criticando a aparência e as pessoas que tem convívio, como amigos, familiares.

O segundo momento é descrito como à explosão, o agressor tem atitudes agressivas de violência a mulher, tanto verbal como física e violência sexual, psicológica, moral ou patrimonial, como exemplo tapas, ameaça, chutes.

Já a última fase é chamada lua-de-mel, onde o agressor demonstra o arrependimento do ato, pedindo o perdão a vítima, prometendo que não irá acontecer novamente e demonstrando a mudança de seu comportamento sendo mais agradável, atencioso, a mulher acaba acreditando que o agressor vai mudar de atitude e ser diferente nesse caso.

Depois de algum momento, a tensão sempre volta e, assim, o ciclo se repete, pode durar anos, muitas vezes sem obedecer à

ordem das fases. A consequência mais drástica do ciclo é quando termina com o feminicídio, que é o assassinato da vítima (MANSUIDO, 2020).

Diante disso, para acabar com o ciclo da violência, é preciso que desde do primeiro indício de violência, seja um comportamento de submissão, grito, ameaça, que a mulher sofrer procurar ajuda no mesmo instante, na delegacia especializada a mulher, por atendimentos virtuais ou o apoio da família, amigos.

## **5 PANDEMIA**

A pandemia do COVID-19, é uma doença causada pelo vírus do novo coronavírus, chamado pelos especialistas como SARS-CoV-2 (síndrome respiratória aguda grave 2), onde de acordo com um artigo publicado pela revista científica The Lancet o início do primeiro paciente com sintoma do caso apresentado foi em 1 de dezembro de 2019, mas só mesmo confirmado no dia 31 de dezembro de 2019, identificado na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, na China.

Desde então como consequência do vírus, sem uma vacina aprovada que combate a infecção, os principais sintomas mais comuns como a tosse, febre, novos casos começarão a chegar transmitindo de pessoa a pessoa e se espalhando rapidamente para cada outros países do mundo. Em fevereiro teve o primeiro caso diagnosticado no Brasil, na cidade de São Paulo confirmado pelo ministério da saúde, sendo o primeiro caso ocorrido na América Latina.

Sendo decretada em 11 de março de 2020, a OMS (Organização Mundial da Saúde) informou o surto da doença uma pandemia, onde medidas de prevenção e controle do coronavírus foram tomadas para prevenir o máximo de pessoas de se transmitir tendo "a medida mais difundida pelas autoridades foi a prática do distanciamento social, entendida de forma geral pela população e pela mídia, como isolamento social" (BEZERRA et al., 2020).

### **5.1 Violência Contra a Mulher e a Pandemia**

O isolamento social veio como consequência o acréscimo da violência contra a mulher decorrente do coronavírus (COVID-19), pela circunstância do confinamento domiciliar do risco para prevenir a contaminação do vírus, acabou gerando um segundo confronto para as vítimas no Brasil e em vários outros países, como China, França, Argentina.

Com base nos dados da OMS (organização mundial da saúde) e ONU Mulheres, na China as denúncias de violência triplicaram, entre janeiro e começo de abril, na França aumento de 30% e na sua capital em Paris de 36% de casos, já

na Argentina 25% no acréscimo de denúncia por telefonia na quarentena. Em contradição na Itália constatou uma diminuição de ligação para denúncia, segundo relatório do comitê parlamentar italiano sobre violência contra a mulher apontava que caso a vítima denunciasse ficariam mais visível para o agressor pelo isolamento.

O Brasil ocupa o quinto lugar mundial na maior taxa de homicídio de mulheres, com base nos dados do jornal Folha de S.Paulo o ministério da saúde registra que a cada quatro minutos uma mulher é maltratada pelo homem, tendo noticiado mais de 145 mil casos de violência em 2018, sendo 53% na violência sexual contra mulheres, incluindo crianças e adolescentes de até 19 anos.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), 35% das mulheres no mundo já sofreram violência física e/ou sexual perpetrada por parceiro íntimo. No Brasil, estudo de base populacional mostrou que 43% das brasileiras declararam ter sofrido violência praticada por um homem na vida; um terço admitiu ter sofrido alguma forma de violência física, 13% sexual e 27% psicológica (LEITE et al., 2019).

O estudo realizado PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) em 2009 apresenta que a maior parte de casos das mulheres a violência ocorre na própria casa 43,1% e 36,7% em vias públicas, podendo ser o agressor o cônjuge ou ex-cônjuge (25,9%), uma pessoas conhecida (32,2%) ou desconhecida (29,1%).

O estudo feito pelo FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública) revela o aumento da violência contra a mulher durante a pandemia do coronavírus nos estados no Brasil, como por exemplo o feminicídio no Mato Grosso no ano de 2019 houve dois casos de mortes e 10 foram em março de 2020, havendo aumento de 400%, já em São Paulo 46,2% e 300% no Rio Grande do Norte.

Nesse sentido, também as ligações de ocorrências no 190 de casos de violência doméstica entre o mês de março de 2019 e o mês de março 2020, a taxa de acréscimo no Acre foi 2,1% e em São Paulo 44,9%, apresentando uma grande diferença de taxa de porcentagem de um estado par o outro.

O mapa da violência contra a mulher no Brasil em 2018 demonstrou dados de casos relevantes de violência empregados contra a mulher, registrando 32.916 de ocorrência de estupro realizado com a maior taxa de idade o estupro de vulnerável menores de 14 anos (43%) e entre o 18 a 59 anos (35%), sendo a maioria dos estupradores cometidos por 49,8% parentes ou companheiro e 31,2% desconhecido, além de 15,3% de conhecidos da família da vítima.

Já a violência doméstica e familiar 14.796 foram informados pela imprensa cometido pelo sexo masculino, podendo ser o tipo de agressão física ou aquelas que não deixam marcas fisicamente (psicológica, moral, sexual ou patrimonial) tendo relatada 83,7% mulheres vítimas com idade entre 18 a 59 anos, o estudo ressalta ainda que entre 24 e 36 anos encontra a maioria de casos de violência, 15% vítimas de mais 60 anos e 1,4% de menor de 18 idade. E o maior números de casos se concentra no estado de São Paulo equivalente a 8,5%, isto significa que 1251 mulheres tiveram um tipo de agressão, equivalentes o que foi pesquisado.

Outro dado alarmante analisado é a questão do feminicídio no Brasil, cerca de 90,8% de mulheres são assassinadas com a idade de 18 e 59 anos pelo seu companheiro ou ex-companheiro em 95,2% e parentes 4,8%.

O feminicídio é o termo empregado para a mulher que é assassinada pelo fato de ser do sexo feminino, em que o crime seja causado pelo menosprezo ou discriminação, violência doméstica e familiar, previsto na Lei 13.104/15. Com a pandemia do COVID-19 “um levantamento do Fórum Brasileiro de Segurança Pública mostrou que os casos de feminicídio cresceram 22,2% em março e abril deste ano, em relação ao mesmo período de 2019” (MANSUIDO, 2020).

Em virtude do isolamento social as mulheres então submetidas a uma convivência forçada em casa, estando sujeita a violência decorrente de determinados fatores, como o comportamento controlador, problemas financeiros consequente do desemprego, o consumo de álcool ou drogas ilícitas, ficando assim ainda mais vulneráveis.

A ONU Mulheres ressalta “a ampla subnotificação de formas de violência doméstica já era uma realidade antes da pandemia, em que menos de 40% das mulheres vítimas de violência buscavam qualquer tipo de ajuda ou denunciavam o crime” (ONUMULHRES, 2020). Além de que equivalente 10% busca proteção da polícia, tornando mais difícil a vítima com o agressor contínuo dentro de casa para o acesso a ajuda.

Segundo dados do CAOCrim/MPSP (Núcleo de Gênero e o Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público de São Paulo) obtido no estado de São Paulo referente a medida protetiva de urgência foram aplicadas em somente um mês 2.500 em março, em comparação de 2019 realizado 1.934, tendo um aumento de 29% de medidas efetuado.

No Rio de Janeiro, dados do plantão do Ministério Público Estadual revelam um aumento de 50% nos casos de violência doméstica já no primeiro final de semana após os decretos estaduais que propuseram o distanciamento social, sendo a

maior parte das denúncias envolvendo violência contra a mulher 22. Do mesmo modo, no Paraná, houve um aumento de 15% nos registros de violência doméstica atendidos pela Polícia Militar no primeiro fim de semana de distanciamento social 29. Situações semelhantes são reportadas no Ceará, Pernambuco e São Paulo (MARQUES et al., 2020).

Outrossim a ONDH (Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos) destaca um crescimento de 14,1% de denúncia no Ligue 180 nos meses de janeiro a abril somando 37,5 mil em comparação 32,9 mil ao ano de 2019, dados que ainda não espelha a verdadeira existência, onde as vítimas sentem intimidada em denunciar.

Diante da extensão de ocorrências, foi sancionada uma nova Lei nº 14.022 no dia 7 de julho de 2020, para medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, abrangendo crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência, conseqüente do contágio do coronavírus onde “a casa é o lugar mais perigoso para uma mulher. A maioria dos atos de violência e feminicídios acontece justamente em casa” (CAOCrim/MPSP, 2020, p.2).

Dessa forma a lei trouxe uma adequação de procedimento da norma a relevantes medidas de proteção a vítima, podendo ser feito por registro de ocorrência on-line e providenciando atendimentos virtuais que assegura a comunicação simultânea para as medidas protetivas de urgência, proporcionando o poder público a prosseguir com a segurança a mulher sendo de casos suspeito ou já confirmado.

Além disso, promovendo campanhas orientando a importância de prevenir tais violências e a facilitação do acesso para a denúncia e a assistência judiciária aos órgãos integrantes do sistema de justiça, como exemplo a defensoria pública, o poder judiciário, como o ministério público.

## **6 MEDIDAS PROTETIVAS**

A medidas protetivas de urgência é um mecanismo criado para a defesa e proteção a violência doméstica e familiar contra a mulher que se encontra-se em situação de perigo, garantindo os direitos fundamentais pertinente ao ser humano, estando regida pela Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Segundo a defensora pública Dulcielly Nóbrega de Almeida é uma lei bastante progressista, com ferramentas importantes que, se bem aplicadas, podem promover a prevenção e o atendimento multidisciplinar integrado e humanizado (GALVÃO, 2017, p.188).

A ofendida poderá pedir as medidas necessárias à justiça para a autoridade policial, ministério público ou defensoria pública, que ao receber deve prosseguir com o encaminhamento ao juizado, juiz competente analisará a solicitação do pedido no prazo de 48 horas.

O artigo 22 da Lei Maria da Penha, descreve que o juiz poderá aplicar ao agressor as seguintes medidas protetivas de urgência:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
  - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
  - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
  - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.
- VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e
- VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Além de possibilitar o juiz de aplicar outras medidas no código em vigor para a segurança da vítima e proporcionando medidas que visam amparar as necessidades de proteção da ofendida, com base no artigo 23:

- I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;



II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

V – determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

A lei prevê a possível a prisão do agressor caso descumprir as medidas protetivas de urgência, seja imposta pela competência civil ou criminal, podendo cumprir de detenção três meses a dois anos de prisão.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desde na sociedade antiga o sexo feminino era visto como objeto de posse ao homem, com o decorrer dos anos houve um avanço a igualdade de gênero para a mulher e a responsabilidade do agressor aos atos praticado pela violência contra a mulher.

O estudo analisou a importância da criação da Lei Maria da Penha para a proteção a mulher e as medidas protetivas de urgência para auxiliar no combate a violência doméstico e familiar contra a mulher, entretanto existe a ineficiência em sua eficácia na aplicação da lei.

Pelo aumento do índice da violência contra a mulher em decorrência do isolamento social causado pelo novo coronavírus, é registrado o crescimento de casos de agressões ocorrendo no Brasil e no mundo.

Diante disso, com base em tudo que foi visto na lei, doutrina e em dados estatísticos, pode presumir que mesmo tendo mecanismos de enfrentamento eficaz de proteção de coibir e precaver a mulher de qualquer tipo de tal violência, verifica-se ainda falhas em sua aplicação, assim mostra-se relevante a necessidade de uma maior fiscalização, no modo de execução na impunidade do ofensor, garantindo a mulher uma vida sem medo e violência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 7 de ago. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF, 9 de març. 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm)>. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF, 7 de jul. 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm)>. Acesso em: 20 out. 2020.

BEZERRA, A. et al. **Fatores associados ao comportamento da população durante o isolamento social na pandemia de COVID-19.** Disponível em:

<[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232020006702411&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020006702411&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 03 out. 2020.

CERQUEIRA, Daniel; MOURA Rodrigo; PASINATO, Wânia. **Texto para discussão:** participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

CUBAS, Marina Gama; ZAREMBA, Júlia; AMÂNCIO, Thiago. **Brasil registra 1 caso de agressão a mulher a cada 4 minutos, mostra levantamento.** Disponível em:

< <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml>>. Acesso em :14 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Violência e o pacto de silêncio**. Disponível em:

<<https://ssp.rs.gov.br/violencia-e-o-pacto-de-silencio>>. Acesso em: 28 out. 2020.

FERNANDES, Valeria Diez Scarance. **Lei maria da penha**: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

GALVÃO, Patrícia. **Feminicídio**: #InvisibilidadeMata. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburg, 2017.

GOV. **Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentam nos quatro primeiros meses de 2020**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020>>. Acesso em: 18 out. 2020.

LEITE, F. et al. **Violência contra a mulher e sua associação com o perfil do parceiro íntimo**: estudo com usuárias da atenção primária. Disponível em:

<<https://www.scielo.org/article/rbepid/2019.v22/e190056/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

LIMA, Renata. et al. **Novos desafios decorrentes do covid-19**: combate à violência contra a mulher e contra a criança no mundo é urgente! parte I (dados gerais do agravamento à violência contra a mulher). Disponível em:

< <https://esaoabsp.edu.br/Artigo?Art=242>>. Acesso em: 13 out. 2020.

MANSUIDO, Mariane. Ciclo da violência doméstica: saiba como identificar as fases de um relacionamento abusivo. **Sao Paulo**, ago. 2020. Disponível em:

<<http://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/ciclo-da-violencia-domestica-saiba-como-identificar-as-fases-de-um-relacionamento-abusivo/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Entenda o que é feminicídio e a lei que tipifica esse crime. **São Paulo**, ago. 2020. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/entenda-o-que-e-femicidio-e-a-lei-que-tipifica-esse-crime/#:~:text=A%20palavra%20femic%C3%AAdio%20ganhou%20destaque,%C3%A9%20morta%20por%20ser%20mulher>>. Acesso em: 18 out. 2020.

Mapa da violência contra a mulher em 2018. **Camara**. 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

MPSP. **Nota técnica:** raio x da violência doméstica durante isolamento um retrato de São Paulo. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2659985.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2659985.PDF)>. Acesso em: 18 out. 2020.

MARQUES et al. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19:** panorama, motivações e formas de enfrentamento. Disponível em:

< <https://www.scielo.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/>>. Acesso em: 18 out. 2020

MULHRES, ONU. **Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres.** Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/>>. Acesso em: 26 out. 2020.

PACHECO, Renata Vale. **Capacitação em gênero, acesso à justiça e violência contra as mulheres.** Rio de Janeiro: Emerj, 2013.

PENHA, Instituto Maria da. **Ciclo da violência.** Disponível em:

<<https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>>. Acesso em 28 out. 2020.

SEGURANÇA, Fórum. **Violência doméstica: durante a pandemia de Covid-19.** Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

SILVA, Sergio Gomes da. **Preconceito e discriminação:** as bases da violência contra a mulher. Disponível em: <[https://www.scielo.Br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141498932010000300009](https://www.scielo.Br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141498932010000300009)> Acesso em: 25 ago. 2020.

## DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS REALIZADAS PELA INTERNET

**HENRIQUE LUIS KEINE:** Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de

**ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO**

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo científico foi feito através de pesquisas teóricas, utilizado como material de referência, livros e artigos científicos, juntamente com julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no ano de 2013 e do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2012, com o intuito de demonstrar a aplicabilidade do direito de arrependimento nas compras realizadas pela internet, elencado no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo do presente artigo é demonstrar as relações contratuais realizadas na internet e a vulnerabilidade do consumidor nesta modalidade de compra. No âmbito deste artigo, o direito de arrependimento está elencado conforme o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que reconhece o consumidor como o elo mais frágil dentro de uma relação contratual. Tal norma garante o prazo de 07 (sete) dias para que o consumidor desista da contratação realizada fora do estabelecimento comercial. Ainda neste, será demonstrado a proteção do consumidor nas relações comerciais, amparado pelo Código de Defesa do Consumidor.

**Palavras-chaves:** Compras na internet. Direito de Arrependimento. Código de Defesa do Consumidor. Relação de consumo. E-commerce. Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** This scientific article was made through theoretical research, used as reference material, books and scientific articles, together with judgments from the Court of Justice of the State of São Paulo in 2013 and the State of Rio de Janeiro in 2012, in order to demonstrate the applicability of the right of regret in purchases made over the internet, listed in article 49 of the Consumer Protection Code. The purpose of this article is to demonstrate the contractual relationships carried out on the internet and the vulnerability of the consumer in this type of purchase. In the article scope, the right of regret is listed in accordance with article 49 of the Consumer Protection Code, the device that recognizes the consumer as the most fragile link within a contractual relationship. This rule guarantees a period of seven days for the consumer to give up the contracting done outside the commercial establishment. Also, consumer protection in commercial relations will be protected, supported by the Consumer Protection Code.

**Keywords:** Internet shopping. Right of Repentance. Consumer Protection Code. Consumer relationship. E-commerce. Civil responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema deste artigo prende-se a relevância da tecnologia no nosso dia a dia e a necessidade da segurança jurídica para se ter confiabilidade e proteção nas relações de consumo na internet. Cada vez mais pessoas realizam transações comerciais pela internet, nas mais variadas esferas. Esse segmento é denominado comércio eletrônico ou e-commerce. Não há que se questionar sobre a importância que a internet tem na vida das pessoas, bem como as facilidades e rapidez que ela proporciona.

O consumidor por sua vez, é a parte mais frágil dessa relação de consumo. As maneiras de apresentar o produto feito pelas lojas ao consumidor, fez com que este mesmo, seja fácil de atingir, através de técnicas de propagandas, de certo modo até agressivos. A importância do uso desta ferramenta tem sido objeto de estudo de vários autores, observando o todo contido nessas relações contratuais.

Contido nos contratos de consumo, surgiu uma importante vertente: o direito de arrependimento. Este apresenta características próprias e princípios inerentes. O fato da relação de consumo estar presente todos os dias em nossas vidas só serve para afirmar a importância da proteção do consumidor, bem como da regulação e fiscalização dessa relação.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Teve início com a reação de um quadro social, em que começa a configurar a posição de inferioridade do consumidor em face ao poder econômico do fornecedor. Daí surgiu a necessidade de tutelar os direitos dos consumidores, no momento em que se reconheceu o consumidor como parte vulnerável e em posição de inferioridade ao fornecedor.

A origem remota se deu com os Egípcios no século XVIII a.C. Segundo a história, existia concorrência entre os fabricantes de determinados produtos, visando oferecer produtos com mais qualidade, em prol das exigências dos consumidores da época. Outro aspecto histórico foi na idade antiga com o Código de Hamurabi na Babilônia 2.300 a.C, onde continham muitos dispositivos que tratavam das relações de consumo, elencando preço, qualidade e quantidade.

Com o advento da revolução industrial iniciada na Inglaterra em 1780, passou a se tutelar o consumidor com importância. A sociedade era caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do

marketing das empresas, assim como pela dificuldade do acesso a justiça. Houve um enorme crescimento industrial e comercial, bem como as facilidades de crédito oferecidas, onde se fez com que as pessoas consumissem mais. A partir disso, se juntou com o contexto histórico, o Código de Hamurabi e as leis Egípcias, vindo a culminar a origem da tutela específica do consumidor.

De maneira geral, costuma ser apontado, como marco inicial da tendência à proteção aos consumidores no mundo, a famosa mensagem do então Presidente estadunidense, John Fitzgerald Kennedy, em 15 de março de 1962, dirigida ao Parlamento, consagrando determinados direitos fundamentais do consumidor, quais sejam: o direito à segurança, à informação, à escolha e a ser ouvido, seguindo-se, a partir daí, um amplo movimento mundial em favor da defesa do consumidor. (VIEGAS; ALMEIDA. A HISTORICIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR. ÂMBITO JURÍDICO, 2011).

### **3 ORIGEM DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL**

No Brasil, a lei do consumidor foi introduzida em 11 de setembro de 1990, porém já havia sido citada na Constituição Federal de 1988, no inciso XXXII do Art. 5º que diz "O estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor".

A proteção do consumidor se consagra como direito fundamental e princípio da ordem econômica, cabendo ao estado a proteção e defesa do consumidor na forma da lei. Em 11 de setembro de 1990, por meio da lei 8.078, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que assegura o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e estabelece a boa-fé como princípio básico das relações de consumo.

### **4 CONCEITOS**

O Código de Defesa do Consumidor é um conjunto de normas que objetivam disciplinar as relações de consumo e conferir responsabilidades a cada parte na relação consumerista. Ou seja, o próprio consumidor, o fornecedor e o produto ou serviço prestado.

#### **4.1 Consumidor**

No CDC, o conceito de consumidor está positivado no artigo 2º. In Verbis:

"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

Conforme elencado no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço

como destinatário final. Para Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, consumidor é: “[...] 2. Coletividade de pessoas que intervêm numa relação de consumo. 3. Aquele que consome. 4. O que compra produtos para uso próprio, sem intenção de revendê-los para obter lucro.” (DINIZ, 1998, p. 818).

Na teoria finalista, a doutrina elenca o consumidor na como qualquer pessoa que adquirir um bem, produto, ou serviço como destinatário final, ou seja, a pessoa que adquirir o bem e não revende, é classificado nesta teoria como consumidor final.

#### **4.2 Fornecedor**

No CDC, o conceito de fornecedor está positivado no artigo 3º. In Verbis:

“Art. 2º Fornecedor é 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.”

Destaca-se que o termo “fornecedor” é gênero, do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécies. Nesse sentido, o CDC, quando quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, menciona o “fornecedor”, mas para designar algum ente específico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc. (NUNES, 2012, p. 246).

Portanto, para a configuração da relação de consumo, deverão estar presentes o fornecedor, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços que se destina a satisfação de uma necessidade pessoal, e o consumidor.

#### **4.3 Produto**

Veja a redação contida no parágrafo 1º do art. 3º. In Verbis:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica: (...)”

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

“O produto é toda utilidade física ou ideal que possa ser adquirida, é tudo aquilo que possa ser objeto de uma relação de direito, que concorra para satisfação de uma necessidade humana e seja economicamente apreciável”. (SILVA, DIREITOCOM, 2017?).



O produto pode ser qualquer bem móvel ou imóvel e material ou imaterial, que está disponível no comércio para consumo.

#### **4.4 Serviço**

O conceito de serviço está positivado no parágrafo 2º do art. 3º. In Verbis:

“Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica: (...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”.

Amparado nos artigos 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, o CDC definiu serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Embora o diploma tenha buscado apresentá-lo da forma mais completa possível, trata-se de uma enumeração exemplificativa, assim, como a própria lei diz, serviço é qualquer atividade prestada no mercado de consumo. (NUNES, 2012, p. 99).

O serviço é uma atividade que quer chegar a um objetivo ou a um resultado. Quando esta atividade é prestada para qualquer pessoa, que pague por ela, sem qualquer escolha de quem seja o tomador desta atividade, ela se torna um serviço, ou seja, o serviço nada mais é que atividade oferecida no mercado, de forma onerosa (mediante remuneração) a qualquer pessoa que possa pagar.

### **5 O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA**

Este princípio está positivado no artigo 6º, inciso III do CDC. In Verbis:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

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.”.

Preconiza que se deve sempre assegurar o consumidor, o acesso a informações corretas adequadas e claras sobre o produto ou serviço que ele quer consumir. O fornecedor tem o dever de informar, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor, pelo fato da empresa, loja, fabrica ser profissional e o consumidor

ser leigo, em decorrência de a linguagem técnica ser de fácil compreensão para o fornecedor, porém muitas vezes não é de fácil entendimento para o consumidor. O fornecedor tem que ter o cuidado de passar a informação com clareza, tentando levar a informação técnica para um leigo. Informar sobre o produto de maneira muito técnica pode equivaler a desinformação, é preciso que a linguagem técnica seja adaptada ao leigo, para trazer real compreensão e o excesso de informação pode equivaler a ausência de informação, onde se costuma aparecer em termos de condições de uso, momento em que o consumidor abre tal condição e verifica que contém muitas páginas, com letras pequenas, sendo que o excesso informacional desestimula o consumidor a buscar informação, deixando de ler o contrato e conseqüentemente, contrata o serviço/produto no risco, devido a quantidade de informação fornecida. O fornecedor tem o dever de saber se o público dele está entendendo os termos da contratação, os termos de adesão, de uso e etc. A informação deve ser objetiva, clara e acessível ao consumidor.

## 6 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O professor Alberto Luiz Albertin (2000, p. 23) define comércio eletrônico como: [...] a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio. [...] também pode ser definido como a compra e a venda de informações, produtos e serviços por meio de redes de computadores. Tal conceito, não se restringe simplesmente à realização de transações comerciais de compra e venda de produtos e serviços, englobando a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, frisando, ainda, o referido professor, que “[...] algumas vezes, esta abrangência não é reconhecida e acaba-se tendo uma visão errônea e restrita de todo o potencial deste novo ambiente”.

De acordo com o artigo 49 do Código de Defesa do consumidor (Lei nº 8.078/1990):

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer **fora do estabelecimento comercial**, especialmente por telefone ou a domicílio.

Sendo assim, o consumidor tem o direito de desistir da compra apenas quando ela foi feita de forma não presencial. Ou seja, fora do estabelecimento físico. O prazo é de sete dias, contados do recebimento do produto ou da prestação

do serviço. E o valor pago, será restituído de igual valor. O consumidor não precisa justificar sobre o motivo da desistência.

## **7 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR**

Para Bessa (2009, p. 37) “a fragilidade do consumidor sintetiza a razão de sua proteção jurídica pelo Estado. O consumidor é a parte mais frágil nas mais diversas e variadas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo”. Sendo assim, o consumidor é hipossuficiente ao do fornecedor, bem como, o fornecedor ou prestador de serviço, pode-se valer do desconhecimento do consumidor em relação a seu direito.

A vulnerabilidade é entendida como uma “fraqueza” na relação material, ou seja, um desequilíbrio que está no contrato celebrado entre consumidor e fornecedor. Esta fraqueza gera como consequência a aplicação do CDC, ou seja, só se aplica o instituto em relações nas quais esteja presente a vulnerabilidade nas relações consumeristas. Por isso, a vulnerabilidade é um elemento necessário, pois toda relação de consumo tem vulnerabilidade, todo consumidor é vulnerável. Tal requisito está previsto no Art. 4, inciso I, como um princípio fundamental das relações de consumo. In Verbis:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo: (...)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.”.

Conforme elencado no Acórdão n.º 476.428/SC, onde a ministra Relatora Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça – STJ demonstra a definição de relação de consumo:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um

fornecedor, de outro.- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (REsp 476.428/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 390.)

## **8 O DIREITO DE ARREPENDIMENTO A LUZ DO ARTIGO 49 CDC**

A idéia de um prazo de reflexão pressupõe o fato de que, como a aquisição não partiu de uma decisão ativa, plena, do consumidor, e também como este ainda não "tocou" concretamente o produto ou testou o serviço, pode querer desistir do negócio depois que o avaliou melhor; ou, em outros termos, a lei da oportunidade para que o consumidor, uma vez tendo recebido o produto ou testado o serviço, possa no prazo de 7 (sete) dias, desistir da aquisição feita (NUNES, 2017, p.727). Sendo assim, quando o consumidor se vê na realidade da entrega do produto ou do serviço, ele passa a refletir sobre o bem adquirido, nesse momento é que "nasce" esse direito.

O direito de arrependimento pode ser exercido pelo consumidor, independentemente da verdade, ele não se vincula direta ou indiretamente a vícios ou defeitos, pela mera aceção da palavra "arrepender-se". Porém para que esse direito possa ser exercido, independentemente do serviço ou produto, durável ou não durável, a compra tem que ser feita fora do estabelecimento comercial. O consumidor pode em até 07 (sete) dias, do recebimento do produto ou da instalação e finalização do serviço, comunicar ao fornecedor o seu arrependimento, a sua desistência e ter o valor pago restituído integralmente, independentemente da forma de pagamento feita.

Tal proteção para contratações fora do estabelecimento comercial está positivada no artigo 49, sendo considerado direito do consumidor. In Verbis:

**Art. 49.** O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

**Parágrafo único.** Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O dispositivo acima é chamado direito de arrependimento, que pode ser exercido pelo consumidor dentro do prazo de 07 (sete) dias, período intitulado prazo de reflexão.

O Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013, versa sobre a contratação no e-commerce (comércio eletrônico). O art. 5º do referido decreto, apresenta os deveres que devem ser cumpridos pelos fornecedores:

Art. 5. O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que: I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento. (BRASIL, 2013).

O direito de ressarcimento das quantias pagas é garantido pela legislação consumerista. De tal feito, eventual cláusula contratual que afaste esse direito do consumidor é considerada cláusula abusiva, passível de nulidade e ação judicial.

## **9 DESPESAS ORIUNDAS DA DEVOUÇÃO DO PRODUTO**

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que esse ônus é do comerciante. “Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor nesse tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial” (REsp 1.340.604 – RJ 2012/0141690-8). O relator do caso, ministro Mauro Campbell Marques, afirmou no voto que “aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento, legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio, tão comum nos dias atuais”.

Ainda hoje, é comum que algumas empresas responsabilizem o consumidor pelas despesas com serviço postal decorrente da devolução de produtos. Entretanto, a posição das Cortes Superiores é de que ocorra integralmente o ressarcimento das despesas efetuadas para o consumidor. Até porque atribuir esse ônus ao consumidor seria contrariar diretamente a presunção de hipossuficiência que ele apresenta em relação às empresas fornecedoras.

## **10 ARREPENDIMENTO DE COMPRA OCORRIDA DENTRO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL**

Segundo jurisprudência do TJSP sobre o exercício do direito de arrependimento encontra-se a Apelação Cível n. 0004688-42.2010.8.26.0038, de 23 de julho de 2013, que trata da compra e venda de automóvel realizado dentro do estabelecimento comercial do fornecedor:

Embargos à execução venda e compra de veículo prazo de arrependimento (art. 49, do CDC) testemunha presencial ouvida em juízo que ratifica desistência do negócio na data da celebração comprador que não teve acesso ao veículo no momento da contratação indevida multa contratual que ampara a execução sentença mantida art. 252 do regimento interno do TJSP recurso improvido.

No recurso supra referenciado, o relator em sua sentença de primeiro grau, salienta que, mesmo que o contrato tenha sido celebrado em estabelecimento comercial “o apelado não teve acesso ao veículo no momento da compra [...], de tal forma, lhe é assegurado o direito de arrependimento previsto no CDC, de igual maneira como se fosse contratada a distância.

Observando o entendimento dos tribunais, para que não ocorra tal feito, mesmo em estabelecimentos comerciais, o produto ou serviço tem que estar presente, para que o consumidor possa verificar, analisar e refletir o que está comprando.

## **11 PROBLEMAS CARACTERÍSTICOS DO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Segundo Cláudia Lima Marques, comércio eletrônico é o:

[...] comércio "clássico" de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagem de texto etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares, etc.). Tais negócios jurídicos finalizados por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, contratos à distância no comércio eletrônico, e incluem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens. (MARQUES, 2004, p. 35-36).

Nessa vertente, podemos citar alguns riscos do comércio eletrônico: Receio do consumidor em ambientes virtuais; segurança de informação; transações fraudulentas; privacidade; compras baseadas em fotos e prováveis dificuldades com devolução.

Para o consumidor evitar tais problemas, deve-se certificar da idoneidade e segurança do site. Na própria internet, através de sites, redes sociais e outros meios de comunicação, classificam a idoneidade do site, através de opiniões de outros consumidores, se houve problemas e se foram resolvidos, bem como sites do órgão de defesa do consumidor, como o PROCON, onde através deste, por suas atualizações recentes, se mostra uma lista de sites não recomendados e não confiáveis à compra.

## **12 CONCLUSÃO**

O direito de arrependimento é comumente exercido em relação às compras feitas pela internet, reconhecida como uma das modalidades de contratação realizada fora do estabelecimento comercial. A internet revolucionou o comércio, desenvolvendo a economia, ao movimentar bilhões de reais no comércio eletrônico. Hoje o acesso a internet se popularizou, deixou de ser somente uma elegância de

classes sociais altas, sendo seu uso provido a todos. Diante dos benefícios ocorridos nas relações de consumo virtuais, surge um marketing agressivo aos consumidores, sendo necessário um acompanhamento permanente e regulamentações, a fim de coibir tais práticas.

No Judiciário a resolução de conflitos oriundos da contratação eletrônica é feita com fundamento na interpretação doutrinária e jurisprudencial dos atuais diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor, e subsidiariamente, o Código Civil. Quanto à segurança e à confiança no comércio eletrônico, têm sido elas demonstradas nos altos índices de contratações realizadas, cada vez mais firmadas pela utilização de ferramentas tecnológicas, como a assinatura digital e certificação digital. O fornecedor virtual não pode fazer do comércio eletrônico um meio de manipulação, através do marketing direto e agressivo de produtos e serviços, da vontade do consumidor, tendo em vista a vulnerabilidade informacional, técnica, jurídica, econômica e fática deste último.

Em suma, o art. 49 do CDC o direito de arrependimento somente é aplicável às contratações que ocorrem fora do estabelecimento comercial. Mas na jurisprudência, o entendimento é que diante da vulnerabilidade do consumidor no momento da relação contratual, mesmo presente em estabelecimento comercial, se faz necessária aplicação de tal dispositivo, quando o consumidor não tiver acesso ao produto ou serviço. O direito de arrependimento nas compras realizadas pela internet tem grande importância nas relações de consumo, pois é através deste direito que o consumidor tem a segurança de desistir de determinada compra, sem a necessidade de explicar tal feito.

## REFERÊNCIAS

ALBERTIN, A. L. **Comércio Eletrônico**: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.

BESSA, L. R. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009. p. 37.

BRASIL. **Decreto lei nº 7.962/2013**, de 15 de março de 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm)> Acesso em 09 de set. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** (1990). Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.078%2C%20DE%2011%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20consumidor%2)>



0e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.&text=2%C2%B0%20Consumidor%20%C3%A9%20toda,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico> . Acesso em 09 de set. 2020.

DINIZ, M. H. **Dicionário jurídico**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1998. p.818

MARQUES, C. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35-36.

NUNES, R. **Curso de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 727.

NUNES, L. A. R. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99 e 246.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível** n. 0004688-42.2010.8.26.0038. Relator: Des. Francisco Casconi. São Paulo, 23 de julho de 2013. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6876883&cdForo=0>> . Acesso em 09 de set. 2020.

SILVA, B. S. **Artigo 3º CDC**. Direitocom, 2017?. Disponível em <<https://www.direitocom.com/codigo-de-defesa-do-consumidor-comentado/titulo-i-dos-direitos-do-consumidor/capitulo-i-disposicoes-gerais-titulo-i-dos-direitos-do-consumidor/artigo-3o-4>>. Acesso em 07 de set. de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. **RECURSO ESPECIAL** 1.340.604 – RJ 2012/0141690-8. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24054986/recurso-especial-resp-1340604-rj-2012-0141690-8-stj/inteiro-teor-24054987>>. Acesso em 09 de set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 476428 SC 2002/0145624-5. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19294610/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5-stj>>. Acesso em 08 de set. de 2020.

**VIEGAS, C. M. A. R.; ALMEIDA J. E. A historicidade do Direito do Consumidor. *Âmbito Jurídico*, 2011. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-90/a-historicidade-do-direito-do-consumidor/#:~:text=De%20maneira%20geral%2C%20costuma%20ser,direitos%20fundamentais%20do%20consumidor%2C%20quais>>. Acesso em: 06 de set. de 2020.**

## AS BRIGAS DE TORCIDA É UM FENÔMENO SOCIAL OU CAUSADA PELA FACILIDADE DA LEI?

**JOÃO HENRIQUE MIRANDA DA SILVA:**

Cursando Direito 9º Período em RO, Estagiário no Tribunal de Justiça de Rondônia, Estagiário no Escritório Neves & Neves, Estagiário na Procuradoria do Detran de Rondônia, estagiário no Instituto Federal, Estagiário da ONU em Rondônia na Vara de Execução Penal

**RESUMO:** Esta pesquisa bibliográfica se propõe a analisar a violência ocorrida entre torcidas organizadas, bem como suas possíveis sanções, trazendo primeiramente conceitos do que é a violência, e a violência em grupo, fazendo também uma comparação entre o fenômeno "hooligans" com as torcidas organizadas. Para tal fim, são apresentados fatores antecedentes e fundamentais para que a infração ocorra. Com a finalidade de melhor compreensão do assunto abordado, são examinados alguns casos de rixa envolvendo torcedores organizados ocorridos em solo brasileiro. Com esta pesquisa verificou-se que a ideia de modernização das praças esportivas, baseado no que é visto na Europa tem influenciado diretamente no modelo punitivo. É possível notar que em alguns municípios já se apoiam nos métodos europeus de punição, assim, nesses municípios o agente infrator é proibido de frequentar as praças esportivas e deve se apresentar à delegacia no momento da partida de seu clube. Observou-se que o Estatuto do Torcedor objetiva normatizar o esporte brasileiro, principalmente problemas atuais do futebol: segurança. Conclui-se que uma das maiores preocupações dos torcedores é a violência. Portanto, o EDT prevê mecanismos para protegê-los nessa atividade de lazer.

**Palavras-chave:** Torcidas. Organizadas. Violência. Normas. Jurídicas

**ABSTRACT:** This bibliographical research proposes to analyze the violence between organized cheerleaders, as well as their possible sanctions, bringing first concepts of what violence is, and violence in groups, also making a comparison between the phenomenon "hooligans" with the organized cheerleaders. For this purpose, antecedent and fundamental factors are presented so that the infraction occurs. With the purpose of a better understanding of the subject addressed, some cases of brawl involving organized supporters occurred on Brazilian soil. With this research it was verified that the idea of modernization of sports squares, based on what is seen in Europe has directly influenced the punitive model. It is possible to notice that in some municipalities they already rely on the European methods of punishment, thus, in these municipalities the offending agent is prohibited from attending sports squares

and must appear before the police station when his club leaves. It was observed that the Statute of the Fan aims to regulate the Brazilian sport, especially current football problems: safety. It is concluded that one of the biggest concerns of the fans is violence. Therefore, the EDT provides mechanisms to protect them in this leisure activity.

**Key words:** Organized fans. Violence. Legal Rules.

**Sumário:** Introdução; 1. Concetualização da violência em grupo; 1.1 Violências: definição e causas; 1.2 Grupos e Violência; 1.4 Violências entre torcidas organizadas; 1.5 Conflitos reais entre torcidas; 1.6 Torcidas Organizadas, Hooligans e Lazer Desviante; 2. A legislação brasileira frente à violência nos estádios de futebol; 3. Punições segundo as normas jurídicas; Considerações Finais.

**Summary:** Introduction; 1. Conceptualizing group violence; 1.1 Violence: definition and causes; 1.2 Groups and Violence; 1.4 Violence between organized fans; 1.5 Real conflicts between fans; 1.6 Organized fans, hooligans and deviant leisure; 2. Brazilian legislation in the face of violence in football stadiums; 3. Punishments according to legal norms; Final considerations.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo expõe alguns casos de conflitos entre torcidas organizadas no Brasil, para se ilustrar como é o ambiente social entorno ao futebol brasileiro, apresentando os fatos ocorridos nos últimos anos e o que as normas jurídicas implicam nessa questão em relação à punibilidade.

Em época de acentuadas mudanças no cenário futebolístico brasileiro, os clubes e entidades procuram uma modernização do esporte em território nacional, a fim de alcançar a ser equivalente com o que é proposto na Europa em termos de conforto, segurança e organização e, claro, um belo espetáculo. Todavia, ainda é comum presenciar cenas de violência entre torcedores organizados que, em princípio, estariam lá pelo mesmo propósito: torcer. Esta realidade vem intimidando e distanciando dos estádios os torcedores que possuem o intuito de acompanhar o seu time e fazer disso um lazer, sem querer causar qualquer tipo de infortúnio.

Para que se alcance o objetivo desta pesquisa, primeiramente se buscara fundamentar teoricamente o conceito e as causas da violência, seguidamente, é abordado o conceito de grupos e como essa violência se faz presente neles, de modo a preservar a sua identidade quando ameaçada e mostrar o que traz a legislação a respeito desta temática.

Por fim, o artigo apresenta casos de violência em estádios brasileiros que, em sua maioria, acabam impunes aos infratores, tendo os clubes que arcarem com as consequências. As possíveis punições são embasadas no Código Penal Brasileiro e o Estatuto do Torcedor, este último tendo surgido justamente para garantir o conhecimento, a segurança e o direito do torcedor perante os eventos esportivos.

O que desencadeou o desejo de desenvolver o presente trabalho foi a falta de ferramentas que o Brasil possui, não só para lidar com as violências nos estádios e as torcidas organizadas, mas também para a prevenção de tais atos.

Buscando apresentar casos concretos e verossímeis da situação existente e demonstrar que há meios de fazer cumprir o que preconiza a Constituição Federal e as leis supraconstitucionais a respeito da prevenção aos crimes decorridos a partir da violência das torcidas organizadas.

## **1 - CONCEITUALIZAÇÃO DA VIOLENCIA EM GRUPO**

Esta segmentação procura apontar três itens. Num primeiro momento se aborda o conceito e as causas da violência, logo em seguida é tratada a violência nos grupos e por fim é retratada a legislação específica do caso.

### **1.1 Violências: Definição e Causas**

A violência é um infortúnio de cunho social. Origina-se na sua grande maioria da forma como o cidadão cresceu ou está adentrado na sociedade, além de suas influências e o que está acostumado a presenciar. Este infortúnio pode ser claro o ou até mesmo omisso, negligente, não obrigatoriamente consistindo em um ato de um indivíduo sobre outro. A ausência de políticas públicas e sociais para os mais carentes pode ser configurada como uma forma de violência, bem como a ausência de infraestrutura para que se ocorra a educação escolar. O emocional do ser humano também é vítima de violência, seja verbal ou desmotivacional.

O doutrinador Velho (2000) se sustenta em acontecimentos da história brasileira para desvendar a violência que é hoje presente no Brasil. O Brasil formou-se pela violência, é prole direta desse fato. A diferença cultural, étnica e até mesmo o idioma são consequência de uma soberania de um povo sobre outro, no caso, os imigrantes europeus sobre os índios que aqui habitavam. Vários elementos contribuem com o desagradável quadro de violência brasileiro, sendo um desses. Deste modo, Velho (2000) garante que se tornou costumeiro ver a pobreza, desigualdades sociais e escassez de empregos levando muitas pessoas a procurar meios ilícitos para sobreviver. Ninguém nasce violento, a sociedade em que convive o incentiva e o torna, seja pelos contratempos citados acima ou até pelo exemplo de

autoridades que deveriam passar uma imagem ética, de caráter exemplar e acabam agindo de maneira inversa, e muitas das vezes não sendo punidas por tais atos.

O convívio que do indivíduo é o principal gatilho para a prática de violência, como entendido pelo doutrinador Velho (2000). Em regra a violência não nasce do nada, quase sempre tem uma questão que envolve a sociedade em que o indivíduo está posto.

## **1.2 Grupos e Violência**

Para que se entenda a violência de grupos, Souza (2006), primeiramente, procura em seu informe acentuar a violência pessoal. Parte-se da suposição de que todos os cidadãos possuem a disposição para a prática de atos violentos, sendo a violência presente até o momento em que é criada a compaixão pelo próximo. Entretanto, o homem nunca é mau o tempo inteiro, isso depende do momento que vive para pender a práticas de condutas boas ou ruins. De um modo geral, há a ideia de que a violência é praticada por seres dotados de maldade e loucura em seu modo de agir, o que tornaria a punição não mais pela infração cometida e sim pelo ser.

Rodrigues (1992) procura verificar o conceito de grupo e como esse se conduz diante da sociedade. Os grupos são partes independentes, não apenas o montante das partes que os formam, por consequência, devem receber uma observação e atenção detalhada. Eles possuem como característica a relação entre seus integrantes em função da ideia de princípios e características similares, as finalidades em comum complementam a sua compreensão de ajustar-se ao grupo. Um grupo é provido de imposição, onde é adotada a prática de ameaça para que a pessoa pertença ao mesmo. Segundo Rodrigues (1992), dessa forma, há uma maior prestígio entre os integrantes, como um crescimento da produtividade, comunicação e satisfação de estar presente ali. Contudo, essa investida de evitar o atrito de opiniões torna o grupo homogêneo, pendendo a perda da opinião crítica e individual. Para que se funcione de melhor forma, regras são determinadas procurando o acordo entre seus integrantes, sendo desnecessária a comparecimento de um líder. Automaticamente, quando estabelecido o modelo a se seguir, os integrantes desacolhem quem viola desse, aplicando sanções e até a exclusão do mesmo.

Rodrigues (1992), também, traz que a liderança origina-se do destaque no interior do grupo, da influência. O líder procura estruturar e corresponder ao grupo diante das normas determinadas para um melhor desempenho. Além disto, determina se será uma ligação de manifestação da vontade da maioria ou atuar pela exigência de seu entendimento de forma absoluta.

Volkan (2006) traz que a violência de grandes grupos merece uma análise separada da violência geralmente verificada em pequenos grupos. Esses grupos

procuram a todo custo a preservação da sua similaridade, sendo o vínculo entre seus componentes uma mera particularidade da finalidade principal. O autor interpreta essa similaridade como um sentimento comum por um grande número de indivíduos e a violência nesses grupos se vê quando acontece um desarranjo nessa sociedade ou uma grave advertência. Quando isso acontece, seus componentes sujeitam-se a qualquer prática para manter a similaridade, mesmo que isso possa os prejudicar individualmente.

Souza (2006) afirma, no entanto, que esta deve ser verificada com uma prudência maior, dado que pode ser mais grave que a violência padronizada, observado de modo particular em ocorrências de cunho infeliz do cotidiano. Os grupos procuram o reconhecimento de seus integrantes e um compartilhamento de vontades e sentimentos. Ademais, esses podem assumir duas direções dependendo da cultura onde estão adentrados e do local onde se encontram.

Souza (2006) garante que os membros desses grupos pendem a se unificar pelo temor de não serem aprovados socialmente ou até de não alcançar o êxito que é apresentado, de modo corriqueiro, pela sociedade, seja pessoal ou profissional. Ainda nesse âmbito, o desejo do cidadão de estar posto no grupo pode o levar a ajustamento para a entrada, assim exercendo ações violentas – acontecendo ou não a intimidação do grupo – para ser reconhecido ali. Souza (2006) traz deve-se, também, observar a expectativa de que em outra circunstância, essas ações poderiam ou não ser proveniente de vontade própria, só que não exteriorizada.

### **1.3 Violências no Esporte**

Souza, Martins e Araújo (2011) consideram, o esporte como um retrato representativo da violência, podendo perceber isso no seu propósito, que é neutralizar e dominar o oponente. Contudo, esta, desenrola-se por intermédio de um domínio massacrador. Na hipótese do futebol, o esporte mais prestigiado, os gritos vindos da arquibancada ajudam a estimular mais essa sede pela conquista. O receio de notar-se oprimido pela derrota colabora para esse acontecimento.

Os doutrinadores procuram essa comprovação em acontecimentos históricos. Na antiguidade, os jogos eram cheios de selvageria e sacrifício, onde o perdedor era morto. A violência nos estádios muitas vezes nem é distinguida, mas está presente, seja por ofensas ao oponente ou até mesmo pelo vandalismo. Quando decorre uma derrota, esta se torna mais indiscutível por torcedores e até mesmo jogadores.

### **1.4 Violências entre torcidas organizadas**

Conforme Schwartz (2004), a violência no meio das torcidas se constitui no entusiasmo em lograr as regras e violar legislações. Pode-se entender, ainda, que

também é uma forma de chamar a atenção, visto que os atritos acontecem em lugares públicos mediante órgãos de segurança.

Segundo Palhares (2012), para esses integrantes, os atritos propiciam uma impressão de agrupamento. Um agrupamento social que muitos não conseguem alcançar de outra forma. Por certo, há indivíduos que somente ingressam em brigas por sentirem estar inseridos em um grupo com essas normas, sendo capaz, quando sozinhos, não terem esse comportamento. O agrupamento de indivíduos uniformizados em um demarcado local pode findar territórios, violando, por exemplo, a autonomia de um torcedor rival circular nessas ruas por receio de repúdio e agressões. A violência entre torcedores organizados se sujeita demasiadamente do momento vivido, da impunidade trazida pelo órgão responsável, da organização exposta.

Pimenta (2000) procura elucidar o evento da violência entre torcidas organizadas com sustentação nas declarações de integrantes das maiores torcidas da cidade de São Paulo: Gaviões da Fiel, Independente e Mancha Verde. Inicialmente, o doutrinador traz o nascimento de tudo, o início das organizadas, bem como o modo que esses grupos se transformaram em sinônimo de violência para a grande população e boa parte da imprensa. A fundação das torcidas organizadas, no território brasileiro, teve início ao final da década de 1960 e início de 1970, onde o país vivia uma grande ascensão urbana, mas errava nos desenvolvimentos políticos e sociais, o que tornava a violência um produto desse embaraço. Desse modo, o embate entre domínio econômico e social ocasionou a aumento da violência urbana, onde os jovens descobriram o modo de expressar isso pelos atritos entre grupos rivais. Pimenta (2000) buscou, em um segundo momento, a opinião de autoridades esportivas, jornalistas e repórteres. Boa parte destes defendeu o argumento da elitização do futebol, retirando assim, as pessoas mais carentes financeiramente dos estádios.

Após a perspectiva jornalística, foi procurada a opinião dos frequentadores das condutas nos centros futebolísticos: os torcedores. Nesta juntura, os organizados. Um dos ex-presidentes da organizada Gaviões da Fiel vinculou o desejo de ajustar-se à esse grupo a cobiça de notoriedade e status "Os jovens aficionados pelas vestimentas, visibilidade e pelo destaque obtido em uma torcida uniformizada", declara o ex-presidente. De outro modo, a Mancha Verde teve o seu início com apoio na violência, onde seus membros tinham como finalidade passar um retrato intimidador a seus rivais e findar com ataques sofridos precedentemente por grupos rivais, como declara o membro palmeirense estudado. Resultado: quanto mais aumentava a violência, maior era a busca por filiações. Para Pimenta (2000), não bastam somente problemas econômicos e sociais para esclarecer o problema, visto que há uma diferença entre membros em uma torcida organizada, que vão desde



peças mais necessitadas a peças de classe média e alta e pais de família. Pimenta (2000) por fim, defende o seu argumento com suporte em três tópicos fundamentais para o caso: a ausência de consciência social dos jovens, a individualidade instalada no Brasil e a afeição por atos violentos.

### **1.5 Conflitos reais entre torcidas**

É de suma importância que se traga alguns casos concretos do assunto e um dos mais recentes ocorreu no dia 08/12/13, Vasco e Atlético Paranaense duelavam pela última rodada do Campeonato Brasileiro de 2013, o clube carioca corria risco de queda para a segunda divisão nacional. Na presente partida, o clube paranaense estava punido por determinação judicial, e teve que jogar a partida longe de seus domínios, sendo assim, optou pela Arena Joinville (SC), na cidade de Joinville/SC. A confusão começou antes dos vinte minutos de jogo, com torcedores atleticanos ultrapassando o cordão de isolamento das torcidas e dando início a uma briga generalizada, conhecida também como rixa (art. 137, Código Penal) deixando quatro indivíduos gravemente feridos, estes tendo de ser socorridos de helicóptero, tamanha a gravidade do conflito. É importante observar o fato de que não havia policiamento no interior do estádio, por ser um evento privado, a segurança era de responsabilidade do realizador. Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) julgou o incidente, sancionando pena de doze perdas de mandos de campos e multa de R\$ 140 mil reais, logo após houve a diminuição para nove jogos e multa de R\$ 80 mil reais, para o Atlético Paranaense. No caso do clube vascaíno determinou-se pena de oito jogos e R\$ 80 mil reais de multa, sendo diminuída para seis partidas e R\$ 50 mil reais de multa, conforme reportagem da ESPN (2014)

Em situação semelhante, no dia 06/12/09, ocorria a partida entre Curitiba e Fluminense, novamente pela última rodada do Campeonato Brasileiro no estádio Couto Pereira (PR), nesse caso os dois clubes eram possíveis rebaixados à divisão inferior, o Curitiba, em pleno ano do centenário. Desse modo, após o fim da partida que determinou a queda do clube paranaense, se iniciou uma grande confusão generalizada. A torcida invadiu o gramado alguns foram em direção do trio de arbitragem e, outros, aos jogadores do Curitiba com a finalidade de desferir agressões aos atletas. O estádio foi totalmente vandalizado. Placas de publicidade e cadeiras foram arrancadas e tripés foram usados como armas contra policiais, deixando desacordado, um desses. A briga generalizada começou a findar assim que se começou a utilização de bombas de efeito moral e balas de borracha por parte da Polícia Militar, para dispersar os torcedores. Neste caso, a Segunda Comissão do STJD penalizou o Curitiba com a perda de trinta mandos de campos, além de R\$ 610 mil reais em multas. No entanto, em março do ano seguinte, a pena diminuiu para dez jogos e R\$ 100 mil reais, após o clube recorrer da decisão. O maior caso de briga

entre torcidas ocorrido no Brasil aconteceu no estádio do Pacaembu (SP) na final da Supercopa de Júniores, no dia 20 de agosto de 1995, partida esta disputada entre São Paulo e Palmeiras. Nesta época ocorria a violência começou a se fazer presente dentro e fora dos estádios, devido à grande explosão de torcidas organizada, a partida teve um baixo, de pouco mais de sete mil pagantes e todos relacionados a torcidas organizada. As torcidas foram separadas por um cordão de isolamento apenas, por conta de um dos setores do estádio estar fechado, por motivo de obras, o clube de alviverde saiu vitorioso com um gol na prorrogação, que era finalizada pelo gol de ouro, sacramentando, assim, o título. Na comemoração, alguns torcedores invadiram o gramado e foram provocar os rivais presentes na arquibancada. A partir daí, começou uma verdadeira briga generalizada, pois os torcedores tricolores, invadiram também o gramado e se muniram dos materiais que estavam presentes naquele setor em obras. A batalha campal durou cerca de 10 minutos e deixou 101 feridos e um jovem de 16 anos morto. Apenas um desses infratores respondeu processo judicial e foi sentenciado. O responsável pela morte do jovem foi condenado a 12 anos de reclusão, tendo cumprido apenas três e hoje vive em liberdade por conta dos recursos de defesa.

### **1.6 Torcidas Organizadas, Hooligans e Lazer Desviante**

O lazer desviante é determinado por condutas transgressoras à lei e aos princípios morais de uma sociedade, justificando tal comportamento pela vivência intensa ou exacerbada do lazer (STEBBINS, 1997; ROJEK, 1999a; WILLIAMS; WALKER, 2006). Entre os atos realizadas no contexto do lazer desviante, vivenciados especificamente pelos torcedores de futebol, evidenciam-se: depredação de trens, metros, transporte coletivo, patrimônio público e privado, roubos, brigas, saques e arrastões. A partir deste quadro destrutivo, começou-se a existir diferentes campanhas de conscientização para os torcedores, como a que foi realizada pelo metrô de São Paulo (PIMENTA, 1997). Nesta medida, criou-se um torcedor símbolo, Sampaio, que utilizava a linguagem do futebol para transmitir valores em relação à necessidade de se seguir as regras, tanto sociais, quanto esportivas.

Ao buscar estes tipos de condutas no exterior, podem-se depara com as ações dos hooligans. Primeiramente, o termo hooligan pode ser, tanto um comportamento ligado a uma família que apresenta conduta antissocial, quanto a um grupamento específico de torcedores. Dunning (1992) analisou o hooliganismo e, a apoiado em suas análises, se pode determinar consideráveis diferenças entre este movimento e o movimento das torcidas organizadas.

Pimenta (1997, p. 66) descreve uma torcida organizada (T.O.) por tais elementos: “[...] vestimenta, virilidade, cânticos de guerra, transgressões à regra, coreografias, sentimento de pertencimento ao grupo.”. O mesmo autor ainda aponta

as relações hierárquicas, a coesão grupal e o estilo de vida (PIMENTA, 1997), como elementos que permeiam a descrição das torcidas organizadas. Para o reconhecimento dos hooligans, no entanto, algumas particularidades os diferenciam das Torcidas Organizadas. A primeira particularidade que diferencia os hooligans é que estes possuem simpatia com ideais xenofóbicos e movimentos políticos de extrema direita.

Os hooligans estão encobertos, ou seja, não possuem vestimenta diferenciada dos demais torcedores, não possuem uniforme próprio. Desse modo, estão vinculados somente ao clube, diferente das torcidas organizadas, em que os componentes vestem a camisa da torcida ao invés do uniforme do clube. É certo que ambos os movimentos se direcionam na utilização de violência para uma estratégia de autoafirmação. Tais fatos, unidos a outros como: declarações vinculadas na mídia, má organização esportiva e questões físicas do estádio, são também suscetíveis de ocasionar manifestações violentas e agressivas por parte dos torcedores.

Evidente que as semelhanças entre torcidas organizadas e hooligans são maiores do que as dessemelhanças, todavia, deve-se assimilar o âmbito sócio histórico do desenvolvimento de cada movimento. Desta forma, ambos são movimentos diferentes e necessitam de olhar especial, tendo em vista as peculiaridades de realidades e contextos.

Independente de tais dessemelhanças, uma das afinidades mais constantes entre as T.O e o hooliganismo é o envolvimento em conflitos entre facções rivais ou não e, com os policiais, além do prazer decorrente de tal prática, tendo o prazer de participar de tais atos de violência. É exatamente esse prazer em contrariar as regras e ultrapassar os limites éticos que caracteriza o lazer desviante, um dos desafios a serem ainda elucidados dentro da complexidade dos aspectos psicológicos envolvendo o lazer (SCHWARTZ, 2004).

Estes conflitos acontecem em lugares públicos, mesmo que nestes locais exista policiamento para se evitar esses conflitos. Estes elementos ressaltam a satisfação na infração à lei por parte dos envolvidos

## **2 - A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE À VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL**

O desporto surgiu na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 217, que segue:

“Art. 217. É dever de o Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

- I- A autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;
- II- A destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;
- III- O tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não- profissional;
- IV- A proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.(...)”

Segundo Scheyla Althoff, a Justiça Desportiva é:

“(...) uma instituição de direito privado dotada de interesse público, tendo como atribuição dirimir as questões de natureza desportiva definidas no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, formada por um conjunto de instâncias autônomas e independentes das entidades de administração do desporto.”

O Estatuto do Torcedor versa em seu 2º artigo o conceito de torcida organizada e a forma de cadastro de seus associados:

“Art. 2º - A. Considera-se torcida organizada, para os efeitos desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado ou existente de fato, que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva de qualquer natureza ou modalidade.

Parágrafo único. A torcida organizada deverá manter cadastro atualizado de seus associados ou membros, o qual deverá conter, pelo menos, as seguintes informações:

I – nome completo; II– fotografia; III

– filiação; IV – número de registro civil; V– número do CPF; VI – data de nascimento; VII – estado civil; VIII – profissão; IX – endereço completo; X- escolaridade.”

A Constituição Federal de 1988 tem em seu artigo 5º a liberdade de associação garantida:

“XVII – É plena a liberdade de associação para fins lícitos, sendo vedado a de caráter paramilitar,”

Trazendo nesse dispositivo a garantia da criação das Torcidas Organizadas.

Outrossim, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva de 2010 dita em seu 1º artigo o papel da Justiça Desportiva e quem se submete ao mesmo:

“Art. 1º A organização, o funcionamento, as atribuições da Justiça Desportiva brasileira e o processo desportivo, bem como a previsão das infrações disciplinares desportivas e de suas respectivas sanções, no que se referem ao desporto de prática formal, regulam-se por lei e por este Código.

§ 1º Submetem-se a este Código, em todo o território nacional:

I - as entidades nacionais e regionais de administração do desporto;

II - as ligas nacionais e regionais;

III – as entidades de prática desportiva, filiadas ou não às entidades de administração mencionadas nos incisos anteriores;

IV - os atletas, profissionais e não-profissionais;

V - os árbitros, assistentes e demais membros de equipe de arbitragem;

VI – as pessoas naturais que exerçam quaisquer empregos, cargos ou funções, diretivos ou não, diretamente relacionados a alguma modalidade esportiva, em

entidades mencionadas neste parágrafo, como, entre outros, dirigentes,

administradores, treinadores, médicos ou membros de comissão técnica;

VII- todas as demais entidades compreendidas pelo Sistema Nacional do Desporto que não tenham sido mencionadas nos incisos anteriores, bem como as pessoas naturais e jurídicas que lhes forem direta ou indiretamente vinculadas, filiadas, controladas ou coligadas.

(...)”

### **3 - PUNIÇÕES SEGUNDO AS NORMAS JURÍDICAS**

Os atritos entre torcidas organizadas representam a denominada rixa (art. 137, caput, CP) que conceitua brigas generalizadas a violência recíproca entre mais de duas pessoas, tendo penalidade de quinze dias a dois meses de detenção e multa. Contudo, se esta representa crime mais intenso, como lesão corporal grave ou morte, a penalidade pode aumentar para a detenção de seis meses a dois anos (art. 137, parágrafo único, CP). De modo igual, se for analisar a intenção do indivíduo, ocorrerá na maioria dos casos a tentativa de homicídio (art. 121 c/c 14, II, CP) e os crimes de lesão corporal (art. 129, caput, CP). Os crimes de lesão corporal podem ter como sanção a detenção entre três meses a um ano, não constituindo lesões graves. Caso constitua, se enquadrara nas exigências dos § 1º (pena de reclusão entre um e cinco anos) e § 2º, acontecendo a reclusão de dois a oito anos. Na hipótese que se comprove o dolo e, desse modo, a tentativa de homicídio, o autor do delito terá diminuída a penalidade de um a dois terços da cominada pelo crime cometido, sendo a de homicídio doloso seis a vinte anos de reclusão.

O Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) propõe-se defender os direitos dos torcedores relacionados segurança, estruturas das praças esportivas, ingressos e relatórios. Igualmente, determina regras de conduta e punições a quem as violar. O art. 2º-A dispõe como torcida organizada a pessoa jurídica de direito privado que se organize a fim de torcer e apoiar uma entidade. No que se diz respeito aos conflitos, os artigos 39-A e 39-B são diretos em sua natureza, quando mencionam que a torcida organizada que estimule tumulto ou incentive a violência, será proibida de frequentar eventos esportivos pelo prazo de três anos e todos os integrantes respondem civilmente, de modo solidário pelos estragos causados por qualquer um de seus associados em alguma localidade que ocorra evento esportivo.

O artigo 41-B expõe sobre o crime de tumulto e incitação de violência, podendo acontecer a reclusão de um a dois anos e mais multa. Nos incisos do § 1º, declara que será passível de mesma pena o torcedor que suscitar o tumulto num raio de 5.000 metros do local de realização, na sua ida ou saída do mesmo. Não impeditivo, também está inserido quem conduzir qualquer instrumento que possa ser usado para a prática de violência. No § 2º é realçado que no momento da sentença, o juiz terá que converter a pena de reclusão em pena impeditiva de comparecimento as proximidades do estádio, em um período de três meses a três anos de acordo com a gravidade da infração.

Em uma análise mais detida sobre o Estatuto verificamos que “apesar de não se restringir ao futebol, foi para ele que a maioria das considerações a respeito do EDT se voltou” (RIGO et al, 2006, p. 224). Sendo assim, um dos maiores temores do EDT encontra-se na segurança dos torcedores e na contenção da violência na assistência das práticas esportivas.

Dos 45 artigos do EDT, 16, de algum modo, abrangem a questão da segurança. Isso expõe sua centralidade no EDT. Conclui-se que 35,55% dos artigos tratam de algum modo, sobre à segurança. Além disso, oito dos seus 12 Capítulos integram, pelo menos, alguma menção à segurança. Somente os Capítulos VII, IX e X não se relacionam a esse item.

O entendimento que mais se destaca no EDT possivelmente seja o controle. Assim como as normas dos próprios esportes, o EDT tem o intuito de suspender ou limitar vontades individuais.

Para que se possa entender melhor esse controle, regressemos o surgimento dos “esportes modernos”, na Inglaterra do fim do século XVIII. Elias (1992) indica que os esportes se desenvolveram a partir de alterações em jogos e passatempos. O que particularizava os esportes é que eles integravam “um conjunto de regras que asseguravam o equilíbrio entre a possível obtenção de uma elevada tensão na luta e uma razoável proteção contra os ferimentos físicos” (ELIAS, 1992, p. 224). Desse modo, a questão “desportiva” possuiu “o caráter de um impulso civilizador” (ELIAS, 1992, p. 224), expandindo a ordem, a autodisciplina e o controle dos esportes nos momentos de lazer.

As normas serviriam, e ainda servem, para que se controle o nível dessa pressão agradável. Se a pressão fosse muito baixa, poderia ser tediosa; se fosse exacerbada, se tornaria perigosa e possivelmente impulsiva. Isso tudo com a finalidade de defender o usufruto do esporte como lazer. Deste modo símil, a principal atenção do EDT aparenta ser a tentativa de controle dessa pressão na assistência e normatização das práticas esportivas, limitando a possibilidade de ações violentas. Para tal, um dos métodos mais utilizados, é o impedimento da entrada nos estádios de torcedores que já atuaram em brigas, conforme disposto o Artigo 5º:

“(…) Parágrafo único. As entidades de que trata o caput farão publicar na internet, em sítio dedicado exclusivamente à competição, bem como afixar ostensivamente em local visível, em caracteres facilmente legíveis, do lado externo de todas as entradas do local onde se realiza o evento esportivo: (...) VI – a relação dos nomes dos torcedores impedidos de comparecer ao local do evento desportivo (Brasil, 2003).”

Na continuação está o Capítulo IV - “Da segurança do torcedor partícipe do evento esportivo” (Brasil, 2003). Este capítulo contém os artigos de 13 a 19, todos eles referentes à violência e à segurança nos estádios, com exceção do Artigo 15.

No Artigo 13, lê-se: “O torcedor tem direito à segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas” (Brasil, 2003). Percebe-se nesse fragmento um temor temporal com a segurança do torcedor: as condições seguras para o público espectador estariam garantidas antes, durante e após a partida.

“(…) a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes, que deverão: I – solicitar ao Poder Público competente a presença de agentes públicos de segurança, devidamente identificados, responsáveis pela segurança dos torcedores dentro e fora dos estádios e demais locais de realização de eventos esportivos (Brasil, 2003).”

No fragmento é fácil entender uma inquietude espacial em relação à segurança, pois deve haver uma segurança dentro e fora dos estádios para os torcedores e demais. Os encarregados por essa segurança são apresentados: a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e seus dirigentes. Ademais, os indivíduos que precisam zelar por essa segurança também são mencionados: os agentes públicos de segurança, devidamente identificados.

Silva et al (2007) realizou entrevistas com o público participante dos jogos de futebol, essas entrevistas continham uma questão que questionava sobre o grau de segurança dos torcedores em três situações: “chegada ao estádio (imediações)”, “permanência no estádio” e “saída do estádio (imediações)”, em uma graduação que variava entre “alto”, “médio” e “baixo”.

29,16% dos torcedores consideraram baixo o nível de segurança na “chegada ao estádio”. À cerca disso, os torcedores relataram que a segurança é diferente de jogo pra jogo, relataram também que é mais seguro que se chegue o mais cedo possível e que não viriam em dia de clássico.

Essas respostas se assemelham com uma divisão de risco dos jogos proposto por Reis (2006). A autora considera jogos com rivalidade hostil entre as torcidas jogos de fase decisiva de campeonato; jogos com grande número de espectadores; e aqueles cujos estádios não possuem boa infraestrutura, como jogo de altos riscos. No período em que se permanecem no estádio, apenas 10,83% dos torcedores consideraram baixo o nível de segurança, no entanto, os torcedores não justificaram a opinião. Já os 50,83% dos torcedores que consideraram o nível de segurança alto, dentro do estádio, justificam sua posição por falas como: “sento longe de torcida organizada” ou “sento em cadeira especial”.



Em relação à saída do estádio 48,33% dos entrevistados analisam como baixa a segurança. Os torcedores alegam: “tem que ter cuidado”, “é tensa”, “pior hora, não tem policiamento”, “bicho pega!”, “geralmente os torcedores estão exaltados, principalmente quando o time perde”.

De maneira oposta do Artigo 13, que considera a questão temporal da segurança do torcedor, nota-se um outro tipo de abordagem em relação à segurança no Artigo 14:

(...) a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo é da entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes, que deverão:

I – solicitar ao Poder Público competente a presença de agentes públicos de segurança, devidamente identificados, responsáveis pela segurança dos torcedores dentro e fora dos estádios e demais locais de realização de eventos esportivos (Brasil, 2003).

É possível reparar uma inquietação espacial em relação à segurança, pois os torcedores devem estar seguros não somente nos locais onde as partidas estão sendo realizadas, como também fora dela, ou ao redor. Pelo disposto no artigo entende-se que os responsáveis pela segurança são as entidades de prática desportiva detentora do mando de jogo, ou seja, na sua grande maioria a responsabilidade da segurança é do clube mandante do jogo e seus dirigentes.

55,83% dos torcedores entrevistados consideram-se seguros ao vir para o estádio. Essa sensação só ocorre por determinados hábitos acolhidos por esses torcedores, que lhes trazem segurança, como “venho em jogo com menos movimento”, “venho mais cedo e saio mais tarde do estádio”, “de carro está seguro, de buzão não”.

No caso de quando já estão dentro do estádio, aumenta para 83,33% a sensação de segurança. De acordo com os informes dos torcedores: “nunca me meti em confusão”, “fico em cadeira especial”, “desde que esteja em um lugar tranquilo, longe da torcida organizada”. É para se destacar nessas falas que a segurança dos torcedores dentro do estádio está relacionada ao lugar, ou setor, que ocupam no estádio e a proximidade, ou não, de torcidas organizadas. Desse mesmo modo, Toledo (1996) admite que uma boa parcela da violência nos estádios pode estar relacionada às torcidas organizadas, entretanto, diverge dos discursos que tendem a elegê-las como as únicas promotoras dessa violência.

Voltando à análise do EDT, encontramos no Artigo 16:

“É dever da entidade responsável pela organização da competição: (...)

II - contratar seguro de acidentes pessoais, tendo como beneficiário o torcedor portador de ingresso, válido a partir do momento em que ingressar no estádio (Brasil, 2003).”

Esse trecho já evidencia que o espaço onde ocorre esses eventos tendem a ser perigos, visto que já é garantido por dispositivo legal que os torcedores serem protegidos por um seguro, a partir do momento que adentram ao estádio. A violência, tumultos e brigas, é um dos componentes dessa periculosidade.

Na sequência, no Artigo 17, temos:

“É direito do torcedor a implementação de planos de ação referentes a segurança, transporte e contingências que possam ocorrer durante a realização de eventos esportivos. (...)

§ 2º Planos de ação especiais poderão ser apresentados em relação a eventos esportivos com excepcional expectativa de público (Brasil,2003).”

Destaca-se que apesar da segurança ser preocupante em qualquer jogo. Em jogos com grande expectativa de público, esse temor fica ainda mais crítico. No decorrer da realização das entrevistas, notou-se que grande parte dos torcedores ansiava por mais segurança no estádio. Alguns ancoravam segurança à presença não apenas física, mas também no trato com o torcedor, da Polícia Militar (PM). Segundo o depoimento de alguns torcedores: “não há diálogo, os policiais já chegam batendo”, “os policiais batem, usam excesso de força”, “os policiais têm que ser melhores preparados”. A missão institucional da Polícia Militar é “exercer a segurança pública, através do policiamento ostensivo fardado, assegurando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Em dias de jogos, a atuação também se dá no sentido de evitar tumultos e confrontos entre as torcidas.

Pimenta (1997), em seu livro, cita que são desenvolvidas estratégias antiviolência. São distribuídos os policiais militares escalados para trabalhar em dia de jogo, em cada setor no estádio, distribuindo os mais preparados aos setores onde ocorrem mais conflitos, e os menos preparados nos setores ditos mais tranquilos. Seguindo uma estratégia pré-definida pelo comandante que leva em consideração as características de cada policial. Para Pimenta (1997), existe uma aversão entre a polícia militar e as torcidas organizadas. De acordo com o autor, para as torcidas organizadas a polícia militar é arrogante e muitas vezes autoritária; para a Polícia Militar, as torcidas organizadas precisam ser contidas. Desse modo, fica limitado o

diálogo entre polícia militar e torcida organizada, retratando, como consequência, em um sentimento de insegurança em relação à Polícia Militar. Ou seja, a Polícia Militar, torna-se um agente de insegurança para os torcedores, sendo essa instituição a que deveria ser a guardiã da ordem pública. Ainda segundo o autor, os policiais que se encontram dentro de campo e que são responsáveis pela segurança dos árbitros e jogadores, são os que, além da habilidade física, possuem também uma melhor facilidade de comunicação.

O Artigo 18 traz mais um mecanismo de controle dos torcedores instituído pelo EDT. O “monitoramento por imagem do público” (Brasil, 2003) e a existência de uma “central técnica de informações” (Brasil, 2003) tendo como finalidade inibir atos violentos e possibilitar a identificação de torcedores transgressores.

Concluindo o Capítulo IV, o Artigo 19 trata sobre a questão das responsabilidades por prejuízos causados aos torcedores por lapsos de segurança, fazendo como referência o Artigo 15, que trata das entidades de práticas esportivas detentoras do mando de jogo:

“As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo (Brasil, 2003).”

É possível notar também que o EDT tem como finalidade instaurar um novo costume no esporte, tentando modificar ou restringir hábitos e comportamentos do torcedor. É peculiar de todos os esportes desenvolverem hábitos específicos. Elias retrata as alterações nos costumes da caça à raposa na Inglaterra do século XVIII, em que tal prática começou a tomar moldes esportivos. Constrangida por novas regras, a caça à raposa desenvolve um novo ethos, sobre o qual, Elias relata:

“O aumento das restrições quanto à aplicação da força física e, em particular, sobre o acto (sic) de matar, e, como expressão dessas restrições, o deslocamento do prazer experimentado em praticar a violência para o prazer de ver a violência cumprir-se, podem ser observados como sintomas de um impulso de civilização em muitas outras esferas da actividade(Sic) humana. (Elias, 1992b, p. 241)”.

De modo similar o EDT também procura estabelecer um novo hábito no esporte brasileiro, especialmente no futebol. Com uma série de restrições e

mecanismos de controle, o EDT tende a igualar 'torcer' e 'consumir'. Um dos trechos do EDT mais emblemático dessa tentativa encontra-se no Artigo 22:

"São direitos do torcedor partícipe:

I – que todos os ingressos emitidos sejam numerados; e

II – ocupar o local correspondente ao número constante no ingresso (Brasil, 2003)."

No Brasil não se tem o hábito de sentar em local correspondente ao número constante no ingresso. Contudo, o EDT normatiza a demarcação de lugares gerando um novo modelo de comportamento nesse espaço. No EDT também se verifica a intenção de igualar o torcedor ao consumidor, em outra faceta dessa mudança de costume, que será abordada também na análise do Artigo 40. No decorrer da pesquisa do Observatório do Torcedor (Silva et al, 2007), um torcedor salienta o não hábito do brasileiro de sentar em local numerado, correspondente ao número do seu ingresso. "Marcar lugar no Brasil, babaquice. Deveria tirar as cadeiras, ruim para comemorar o gol, não tem como correr na hora da briga". Segundo Schröder (2007), o EDT foi criado em um modelo europeu, onde é normal os torcedores sentarem em seus devidos lugares numerados.

O Artigo 23 do EDT trata da questão da verificação periódica das estruturas físicas dos estádios que permitam condições adequadas de segurança, como se pode ler:

"O Artigo 23 do EDT envolve a questão da verificação periódica das estruturas físicas dos estádios que permitam condições adequadas de segurança, como se pode ler:

A entidade responsável pela organização da competição apresentará ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, previamente à sua realização, os laudos técnicos expedidos pelos órgãos e autoridades competentes pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados na competição. § 1º Os laudos atestarão a real capacidade de público dos estádios, bem como suas condições de segurança (Brasil, 2003)."

O Artigo 25 faz referência ao Artigo 18 e trata sobre o uso de imagens como mecanismos de controle do público. Lê-se: "O controle e a fiscalização do acesso do público ao estádio com capacidade para mais de vinte mil pessoas deverá contar com meio de monitoramento por imagem das catracas" (Brasil, 2003).

Nota-se também no EDT um temor específico com a segurança dos torcedores nos meios de transporte e nos momentos de entrada e saída do estádio. O Artigo 26 dispõe sobre esse aspecto:

“Em relação ao transporte de torcedores para eventos esportivos, fica assegurado ao torcedor partícipe: (...)

III - a organização das imediações do estádio em que será disputada a partida, bem como suas entradas e saídas, de modo a viabilizar, sempre que possível, o acesso seguro e rápido ao evento, na entrada, e aos meios de transporte, na saída (Brasil, 2003).”

As penalidades são outro mecanismo utilizado com o intuito de controle e que permeia o EDT. O Artigo 37 trata das punições a entidades e dirigentes esportivos, proporciona maior gravidade àqueles que incorrerem na “violação das regras de que tratam os Capítulos II, IV e V desta Lei” (Brasil, 2003). O Capítulo IV, “Da segurança do torcedor partícipe do evento esportivo” (Brasil, 2003), revela mais um indício da relevância da segurança do torcedor no EDT.

Prontamente o Artigo 39 versa sobre as penalidades aos torcedores envolvidos em atos violentos, seja no estádio ou em suas redondezas:

“O torcedor que promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores ficará impedido de comparecer às proximidades, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de três meses a um ano, de acordo com a gravidade da conduta, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. § 1º Incorrerá nas mesmas penas o torcedor que promover tumulto, praticar ou incitar a violência num raio de cinco mil metros ao redor do local de realização do evento esportivo (Brasil, 2003).”

Vale salientar que o desenvolvimento do esporte e de seus mecanismos de controle em uma sociedade está atrelado ao desenvolvimento dessa própria sociedade e de seus mecanismos de controle. Elias afirma “que os estudos do desporto que não sejam simultaneamente estudos de sociedade, são análises desprovidas de contexto” (Elias, 1992a, p. 48). O EDT formaliza novos códigos do esporte, seguindo um papel semelhante ao Código Penal e ao Código de Defesa do Consumidor. O EDT, inclusive, faz menção aos direitos dos torcedores, equiparando-os a consumidores no Artigo 40: “A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo (...)” (Brasil, 2003). É possível interpretar também essa aproximação do

torcedor com o consumidor como uma tentativa de mudança de hábitos no esporte, conforme descrito na análise do Artigo 22.

O Artigo 44 versa: “O disposto no parágrafo único do art. 13, e nos arts. 18, 22, 25 e 33 entrarão em vigor após seis meses da publicação desta Lei” (Brasil, 2003). Os artigos 13, 18, 22 e 25 estão diretamente ligados à segurança e à violência. Percebe-se, deste modo, um temor acentuado com a violência, até mesmo pelo tempo disponibilizado (seis meses) para a implementação de medidas que possam minimizá-la nos estádios.

O EDT surge com um dos objetivos de formalizar a apreciação do esporte brasileiro, configurando-se um modo interessante e, quiçá promissor, em busca de solucionar um dos principais problemas atuais do futebol: a violência.

Finalmente, como já demonstrado que a violência ainda é uma das principais razões de preocupação dos torcedores, o EDT traz mecanismos para protegê-los nessa atividade de lazer. Percebe-se que o EDT tem foco especial em questões de violência física, como pode ser verificado a partir dos seus vários artigos que se referem ao tema. Esses artigos apresentam questões como: mecanismo de controle da violência, sobretudo dos torcedores; aparelhagem técnica necessária/exigida nos estádios para a manutenção da segurança; segurança na área interna e externa ao estádio, bem como antes, durante e após os jogos; determinação dos responsáveis pela segurança nos dias de eventos esportivos; penalidades cabíveis para torcedores, entidades ou dirigentes que transgridam as regras dispostas no EDT. Se fossem deliberadas essas exigências do EDT, se na prática ocorresse tudo conforme dita o EDT, o torcedor apreciaria de modo mais seguro, seus momentos de lazer esportivos.

### **Considerações Finais**

Há uma uniformidade no entendimento dos autores apresentados no artigo quando é posto que a violência entre grupos (no caso, das torcidas organizadas) merece um cuidado maior, pois é uma consequência de um padrão político, econômico e social. A ação vai acontecer quando algo intimidar a paridade ou a imaginada autoridade da torcida, então essa tenderá a mesma opressão para se mostrar intocável, mesmo que isso vá afetar seus membros individualmente, devido ao entendimento que a violência deve se resolver com violência.

É costumeiro que um cidadão para associar-se a uma torcida organizada que tenha um sentimento violento, se corrompa, para que seja admitido ao grupo. O que incentiva a violência são os casos de impunidades em casos de rixa entre torcidas, na grande maioria dos casos, o punido é sempre o clube a que as torcidas pertencem, nos casos de conflitos no estádio ou a redor. Os responsáveis pela segurança nos estádios são na sua grande a Polícia Militar, a falha está na falta de preparo que os

policiais tem para lidar com o público que frequenta os jogos de futebol, Apesar de muitos cumpram o seu trabalho de modo honesto, há quem faça uso da violência gratuita e de insinuações com a finalidade de poderem empregar a violência contra torcedores. Uma medida de prevenção, segundo Neto (2014) seria criar de um novo tipo penal, juntando-se ao artigo 137, o crime de rixa. Este caso é muito complexo, por envolver as três esferas de poder (legislativo, judiciário e executivo), porém se ajustaria precisamente aos delitos cometidos em estádios, ou em outros locais, mas assim mesmo, envolvendo o esporte.

O Estado sempre se inclina a dedicar-se no modo rápido e ineficaz que é o impedimento de alguns torcedores frequentarem estádios (no entanto, não ocorre fiscalização) ou ordenar que uma partida seja realizada apenas com torcida única, ou seja, não é autorizado a venda para torcida visitante, somente a torcida do clube mandante tem o direito de acompanhar o jogo. Por mais que na teoria essas ações no sejam sedutoras, na pratica elas não conseguem nem controlar e nem diminuir a violência relacionada ao futebol.

O modo eficiente que o Estado, ao lado dos clubes de futebol brasileiros, deve tomar inicialmente é o do diálogo. Todas as partes devem ser ouvidas, os torcedores, os clubes e o Estado. Com a criação desses vinculo as medidas e estratégias a serem tomadas e aplicadas, serão mais positiva, para que se diminua cada vez mais brigas relacionadas a futebol e envolvendo torcedores.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.671. **Estatuto de Defesa do Torcedor**, 2003.

BARROS, A. J. S.; LEHFELD, N. A. S.; **Fundamentos de Metodologia científica**. 3 ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil., 2007.

CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A.; DA SILVA; R. **Metodologia Científica**. 6 ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil., 2007.

DECAT, Scheyla Altroff. **Direito Processual Desportivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014

DUNNING, E. **A busca da excitação**. Lisboa, Difel: 1992.

ELIAS, Norbert. Introdução. In: DUNNING, Erick e \_\_\_\_\_. A busca da excitação. Lisboa: Difel, 1992a.

MOORE, S. C.; SHEPHERD, J. P.; EDEM, S.; SIVARAJASINGAM, V. **The effect of rugby match outcome on spetator aggression and intention to drink alcohol. Criminal Behaviour and Mental Health**, v17, n2, p118-127, 2007.

PALHARES, M. F. S.; SCHWARTZ, G. M.; TERUEL, A. P.; SANTIAGO, D. R. P; TREVISAN, P. R. T. C, **Lazer, agressividade e violência: considerações sobre o comportamento das torcidas organizadas**, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1980-65742012000100019&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-65742012000100019&lang=pt). Acesso em: 22 de maio de 2017.

PIMENTA, Carlos A. M. **Torcidas organizadas de futebol: violência e autoafirmação**. Taubaté: Vogal Editora, 1997.

PIMENTA, C. A. M. **Violência entre torcidas organizadas de futebol**, 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392000000200015&lang=pt#back14](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200015&lang=pt#back14). Acesso em: 20 de maio de 2017.

REIS, Heloisa H. B. dos. **Futebol e violência**. Campinas: Armazém do Ipê (Autores Associados), 2006.

RIGO, Luis C.; KNUTH, Alan G.; JAHNECKA, Luciano; TAVARES, Ricardo P. **Estatuto de Defesa do Torcedor: um diálogo com o futebol pelotense**. *Movimento*, v.12, n.2, p.223-239, 2006

RODRIGUES, A. **Psicologia social para principiantes: Estudo da Interação Humana**. 14 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1992

SOUZA, M.; MARTIS, F.; ARAÚJO, J. N. G. **Dimensões da Violência: Conhecimento, subjetividade e sofrimento psíquico**. 1 ed. Itatiba: Casapsi Livraria e Editora Ltda., 2011.

STEBBINS, R. **A casual leisure: a conceptual statement**. *Leisure Studies*, London, v. 16, n. 1, p. 17-25, 1997.

TOLEDO, Luiz H. de. **Torcidas organizadas de futebol**. Campinas: Autores Associados/Anpocs, 1996.

VELHO, G. **O desafio da violência**, 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142000000200006&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000200006&lang=pt). Acesso em: 23 de maio de 2017

VOLKAN, V. D. **Psicodinâmica da violência de grandes grupos e da violência de massas**, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.org/pdf/csc/v11s0/a10v11s0.pdf>. Acesso em: 23 de maio de 2017.



WILLIAMS, D.J.; WALKER, G.J. **Leisure, deviant leisure, and crime: 'Caution: Objects may be closer than they appear'**. Leisure/Loisir, Waterloo, v. 30, n. 1, 30, p.193-218, 2006.

## **ANÁLISE DO INSTITUTO DO *CONATUS* (TENTATIVA): OS CRITÉRIOS PARA A VERIFICAÇÃO DA PASSAGEM DA PREPARAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME**

**GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA:** Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

**JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO**<sup>16</sup>

(coautora)

**RESUMO:** O objetivo do artigo é analisar o instituto da Tentativa ou *conatus*, principalmente quais são os critérios utilizados pelos doutrinadores do direito para determinar a passagem da fase de preparação para a fase de execução do crime, diferenciando-as, dentro do *iter criminis*, para identificar em que momento o crime poderá efetivamente sofrer punição. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cuja metodologia empregada consiste em pesquisa bibliográfica, principalmente na área do Direito Penal, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que as teorias de cunho objetivas/realística/dualista têm em comum a ideia de que o dolo é igual em todas as etapas da prática delitiva, por isso a identificação dos atos de execução depende de manifestações externas inequívocas, no sentido de realizar a pretensão criminosa. Dentre as teorias objetivistas, somente à luz do caso concreto é possível determiná-las, definindo assim, qual seria a mais adequada na situação, exigindo fundamentação adequada do aplicador do direito. Outrossim, o Código Penal adotou em situações excepcionais a Teoria Subjetiva, como nos crimes de atentado ou empreendimento.

**Palavras-Chave:** Tentativa. Iter Criminis. Execução.

**ABSTRACT:** The objective of the article is to analyze the instituto da Tentativa or *conatus*, mainly what are the criteria used by legal indoctrinators to determine the transition from the preparation phase to the crime execution phase, differentiating them, within the *iter criminis*, to identify when the crime may actually be punished. It is a descriptive research, whose methodology used consists of bibliographic research, mainly in the area of Criminal Law, also using jurisprudential analysis. In the end, it is

---

<sup>16</sup>Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, Especialista em Direito Penal pela Damásio Educacional e Ibmec, Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Prominas, Especialista em Ciência Política pela UNIBF. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Professora de Direito Constitucional e Direito Penal da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco – AEVSF, Advogada.

concluded that objective / realistic / dualist theories have in common the idea that fraud is the same in all stages of criminal practice, so the identification of acts of execution depends on unequivocal external manifestations, sense of carrying out the criminal claim. Among the objectivist theories, it is only in the light of the concrete case that it is possible to determine them, thus defining which would be the most appropriate in the situation, requiring adequate justification from the enforcer of the law. Furthermore, the Penal Code adopted in exceptional situations the Subjective Theory, as in the crimes of attack or enterprise.

**Keywords:** Attempt. Iter Criminis. Execution.

## INTRODUÇÃO

O presente Artigo Científico objetiva analisar o instituto jurídico da Tentativa ou *Conatus* no Direito Penal brasileiro, visando identificar quando efetivamente se inicia a fase de execução de um crime e em que momento do *iter criminis* o delito pode realmente sofrer punição. O trabalho se baseia em pesquisa bibliográfica, através da revisão de livros na área do Direito Penal.

Com efeito, como propõe a maioria dos doutrinadores, a tentativa de um crime se inicia na fase de execução. Entretanto, há critérios determinantes de passagem dentro do *iter criminis* (da fase de preparação para a fase de execução do crime), pois enquanto os atos preparatórios são (em regra) impuníveis, os atos executórios são (em regra) puníveis. Opera-se uma verdadeira divisão entre impunidade e possibilidade de se aplicar a punição (punibilidade).

Desta forma, como hipótese, tem-se que, para identificar os atos de execução, são necessárias manifestações externas inequívocas no sentido da pretensão criminosa. Percebe-se assim a adoção pelo Código Penal pela Teoria Objetiva como regra geral. Analisaremos o *iter criminis* (caminho do crime), bem como as outras teorias existentes na doutrina sobre a separação de atos preparatórios e atos de execução, a saber: as Teorias Subjetiva e Objetiva (objetiva-formal, objetiva-material, objetiva-individual).

Inicialmente, no primeiro tópico, serão analisados o conceito e a natureza jurídica da tentativa, de suma importância para a Teoria do Delito. Apesar de o Código Penal apresentar o conceito de tentativa, é tarefa da doutrina determinar quando ela se inicia.

Desenvolvendo o tema, no segundo tópico, será analisado o *iter criminis* (caminho do crime), e serão destacadas as fases mais importantes, com o intuito de esclarecer as diferenças entre atos preparatórios e executórios.

Por fim, no terceiro tópico, serão analisadas as correntes doutrinárias existentes sobre a separação de atos preparatórios e atos de execução, de modo a determinar quando se inicia a execução de um delito.

## **1. CRIME TENTADO: O INSTITUTO DA TENTATIVA – CONATUS - FORMA CONATA - CRIME IMPERFEITO - CRIME MANCO**

O instituto da Tentativa é estudado na manifestação do crime porque determinadas condutas são consideradas nocivas para a organização social, de modo que não é razoável aguardar a efetiva aflição dos bens jurídicos para puni-las. Brandão (2008), ao abordar a evolução histórica e o surgimento do instituto da Tentativa, aduz que somente no período mais avançado do direito medieval, no período dos pós-glosadores, no século XVI, surgiu a construção de uma solução intermediária entre a punibilidade e a impunidade do crime. Foi *Farinacius*, com a obra *Tractatus Criminalis*, quem criou a figura do *conatus* (tentativa), distinguindo entre *conatus remotus* (atos preparatórios) e *conatus proximus* (atos de execução), estabelecendo as bases do estudo da Tentativa.

A Tentativa possui uma evolução que vai do Direito Romano e Germânico até 1810, com os franceses estabelecendo que só há Tentativa quando o crime não chega à consumação por circunstâncias exteriores ao agente. Segundo Brandão (2008), foi somente com o Código Penal Francês de 1810 que houve a separação das etapas do *iter criminis* (itinerário a percorrer desde a ideação do crime até a consumação) em:

- i) *cognitio* ou cognição, que é o planejamento do evento pelo sujeito, completamente impune, pois não se castigam pretensões;
- ii) atos preparatórios (*conatus remotus*), que são atos externos, a exemplo de a compra de uma arma com o intuito de praticar homicídio (os atos preparatórios não são puníveis, a menos que por si só constituam crimes);
- iii) atos de execução (*conatus proximus*), que são as atitudes diretamente ligadas à prática do crime, configurando atos puníveis, como a tentativa;
- iv) consumação, que é o alcance do resultado pretendido pelo autor, punido como crime consumado;
- v) exaurimento, que configura objetivo extra alcançado pelo autor.

Com efeito, Busato (2015) conceitua o crime tentado como o crime cuja execução foi iniciada e que não chegou ao resultado, contrariando a planificação elaborada pelo agente. Por sua vez, Nucci (2020) define tentativa como “a realização incompleta da conduta típica, que não é punida como crime autônomo”; e Masson

(2019) aduz que o ato de tentativa é necessariamente um ato de execução, pois exige-se que o sujeito tenha praticado atos executórios, daí não sobrevivendo a consumação por forças estranhas ao seu propósito, o que acarreta em tipicidade não finalizada, sem conclusão. Finalmente, Bitencourt (2012, p. 521), conceitua a tentativa como:

a realização incompleta do tipo penal, do modelo descrito na lei. Na tentativa há prática de ato de execução, mas o sujeito não chega à consumação por circunstâncias independentes de sua vontade.

Sobre o instituto da tentativa, o Código Penal Brasileiro estabelece em seu art. 14, inciso II:

Art. 14 - Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente

Assim, a tentativa é a execução de todo o conjunto de atos necessários à consubstanciação do crime, que, não logrando êxito, não produz o resultado desejado, por fatores exteriores ao agente (ao contrário, quando os atos se perfazem no resultado desejado, diz-se que houve um crime consumado). Todavia, esse conjunto de atos, que não levaram à consumação do crime, reveste-se de grande importância penal.

Sempre que presentes todos os elementos do tipo, o fato está consumado. Se ausente o resultado, o crime é tentado. Dessa maneira, não há qualquer problema de delimitação entre consumação e atos de execução, que inclusive é o cerne da parte especial do Código Penal, pois cada tipo terá seus elementos próprios, cuja reunião forma o tipo consumado (BUSATO, 2015).

Dessa forma, a tentativa é considerada uma "fórmula de extensão", porque o Código Penal não faz previsão, para cada delito, da figura da tentativa, embora a maioria dos delitos permitam a forma tentada. A respeito, vejamos o magistério de Nucci (2020, p. 431):

Preferiu-se usar uma *fórmula de extensão*, ou seja, para caracterizar a tentativa de homicídio, não se encontra previsão expressa no art. 121, da Parte Especial. Nesse caso, aplica-se a

figura do crime consumado em associação com o disposto no art. 14, II, da Parte Geral. Portanto, o crime tentado de homicídio é a união do “matar alguém” com o “início de execução, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Pode-se ler: quem, pretendendo eliminar a vida de alguém e dando início à execução, não conseguiu atingir o resultado *morte*, praticou uma tentativa de homicídio.

Ressalte-se que, quanto à natureza jurídica da Tentativa, Nucci (2020) ensina que se trata de uma “ampliação da tipicidade proibida, em razão de uma fórmula geral ampliatória dos tipos dolosos, para abranger a parte da conduta imediatamente anterior à consumação”. Ademais, para Busato (2015), o tipo tentado, como tal, não existe, porque não há tentativa em si, mas sempre tentativa de algo. Isso obriga o intérprete a conjugar o tipo da parte especial com um elemento da parte geral, caracterizando a chamada tipicidade indireta. Trata-se de uma tipicidade derivada do tipo consumado, que constitui uma ampliação da figura típica.

A adequação típica de um crime tentado é de subordinação mediata, ampliada, ou por extensão, já que a conduta do agente não se enquadra prontamente na lei penal, sendo necessário, para complementar a tipicidade, a interposição do dispositivo contido no art. 14, II, CP. Opera-se uma ampliação temporal, porque o alcance do tipo penal abarca atos executórios prévios à consumação (MASSON, 2019).

Por fim, leciona Busato (2015) que a Tentativa é um delito incompleto, pois lhe falta o resultado. Assim, segundo o autor, o tipo tentado possui os seguintes elementos: i) decisão de realizar o crime (elemento subjetivo da ação); ii) realização de atos executórios; iii) ausência de resultado por motivos alheios à vontade do autor. A esse raciocínio, acrescentam-se as palavras de Masson (2019) que discrimina os elementos da tentativa em i) início da execução do crime; ii) ausência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; iii) dolo de consumação.

## **2. ITER CRIMINIS**

Segundo Guimarães (1995), *iter criminis* consiste no percurso seguido pelo criminoso. Divide-se em duas fases: a *interna*, que é a cogitação, a preparação do delito; e a *externa*, que inclui atos preparatórios, executórios e a consumação do crime. A fase interna ocorre na mente do agente, percorrendo as etapas da:

i) cogitação - momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a ideia de praticar o crime;

ii) deliberação - trata-se do momento em que o agente pondera os prós e os contras da atividade criminosa idealizada;

iii) resolução - cuida do instante em que o agente decide praticar o delito.

Tendo em vista que a fase interna não é exteriorizada, logicamente não é punida, pois ninguém pode ser punido por seus pensamentos (NUCCI, 2020). Quanto à fase externa, esta ocorre quando o agente exterioriza, por meio de atos, seu objetivo criminoso, dividindo-se em:

i) manifestação - momento em que o agente proclama a sua resolução (embora essa fase não possa ser punida como tentativa do crime almejado, é possível tornar-se figura típica autônoma);

ii) preparação - é a fase de exteriorização da ideia do crime, através de atos. Nessa fase, segundo Nucci (2020), há a materialização da perseguição ao alvo idealizado, configurando uma verdadeira ponte entre a fase interna e a execução (como o agente ainda não ingressou nos atos executórios, não é punida no direito brasileiro);

iii) execução - é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica. É constituída, como regra, de atos idôneos para chegar ao resultado, e de atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor (exemplo: comprar um revólver para matar a vítima é apenas a preparação do crime de homicídio, embora dar tiros na direção do ofendido signifique atos idôneos para chegar ao núcleo da figura típica "matar");

iv) consumação - é o momento de conclusão do delito, reunindo todos os elementos do tipo penal (NUCCI, 2020).

Por fim, o exaurimento do crime significa a produção de resultado lesivo ao bem jurídico após o delito já estar consumado, ou seja, é o esgotamento da atividade criminosa, implicando em outros prejuízos além dos atingidos pela consumação. É o que ocorre no contexto dos crimes formais, quando atingem o resultado previsto no tipo (mas não obrigatório para a consumação). Exemplo disso: o recebimento do resgate (exaurimento) na extorsão mediante sequestro, que se consuma após a realização da privação da liberdade da vítima (NUCCI, 2020). Passa-se a analisar a seguir algumas fases do *iter criminis*.

## **2.1. COGITATIO - COGNITIO - COGITAÇÃO - COGNIÇÃO**

A premeditação/elaboração intelectual é a primeira fase do *iter criminis*. É a fase interna, que não se revela em atos externos. Não há ação sem cogitação,

sobretudo porque a ação é a unidade dialética entre o querer e o fazer. Vejamos a jurisprudência do STJ sobre a cogitação:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 155 E 14, INCISO II, DO CP. TENTATIVA DE FURTO. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO NÃO INICIADA. COGITAÇÃO E PREPARAÇÃO. VERIFICAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1 O Tribunal a quo concluiu, após percuente exame do conjunto probatório, que a conduta atribuída ao agravado na denúncia se limitou às fases de cogitação e preparação do crime, não havendo se falar em atos executórios no presente caso.

2. Para rever tal posicionamento, concluindo não ter o acusado iniciado os atos executórios do crime de furto, como requer a parte recorrente, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada em sede de recurso especial, em razão da incidência do óbice da Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - Acórdão Agrg no Aresp 205968 / Go, Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca, data de julgamento: 07/06/2016, data de publicação: 13/06/2016, 5ª Turma)

É importante ressaltar, conforme demonstrado no julgado acima colacionado, que no Estado de Direito, não se pune um indivíduo pela simples cogitação. É verdade que ninguém pode ser punido pelos seus pensamentos (MASSON, 2019).

## **2.2. CONATUS REMOTUS - ATOS PREPARATÓRIOS**

A segunda fase do caminho do crime é o ato preparatório. Esse ato é diferenciado do *conatus proximus* pela não realização do verbo descrito no tipo. Em regra, os atos preparatórios não são puníveis, pois representam apenas uma possibilidade futura de lesão a um bem jurídico. Se não houve tentativa de lesão a um bem jurídico, não há punição.

Os atos preparatórios são, por exemplo, a compra/preparação dos instrumentos, a escolha do local, a escolha da hora. Eles serão puníveis apenas se estiverem descritos em algum tipo penal, de forma autônoma (BRANDÃO, 2008). Conforme ensina Guimarães (1995, p. 376):



Não se pune a cogitação, nem a intenção manifesta, a menos que constitua crime (ameaça); os atos preparatórios também não são puníveis, só os de execução que se enquadrem nos tipos previstos nos dispositivos penais (C.P., arts. 31, 147, 253, 291).

Ato preparatório é, em verdade, a forma de atuar que cria as condições prévias adequadas para a realização do delito planejado. Precisa ir além do simples projeto interno, sem que se deva, contudo, iniciar a imediata realização tipicamente relevante da vontade delitiva. Os atos preparatórios geralmente não são puníveis, nem na forma tentada, apenas quando constituem infração penal autônoma, o que se chama de "crime-obstáculo" (MASSON, 2019).

### **2.3. CONATUS PROXIMUS - ATOS DE EXECUÇÃO**

O *conatus proximus* é a quase realização do crime, é o ato de execução, é quando o verbo descrito no tipo começa a ser realizado. Considera-se difícil a percepção da linha divisória entre o *conatus remotus* e o *conatus proximus*. Segundo a jurisprudência do STJ:

É bem verdade que embora tenha traçado a linha divisória entre a preparação e a execução (começo de execução) nosso legislador não definiu a área do significado central do conceito, preferindo que a matéria ficasse em aberto, em nível dogmático. Assim, na procura do elemento diferenciador busca-se a solução na resolução do agente, seu plano e no deslocamento do momento externo para o momento interno; ou seja, a unificação do subjetivo com o objetivo. É o plano iniciado, colocando em risco o bem juridicamente tutelado com a execução inacabada por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Dessa maneira, o STJ aduz que é tarefa da doutrina traçar os limites entre atos preparatórios e executórios. Segundo Cunha (2016) o ato executório, para assim ser considerado, deve ser idôneo, ou seja, concretamente capaz de conduzir o sujeito ativo ao alcance do resultado almejado. Além disso, é necessário que seja inequívoco, evidentemente direcionado ao cometimento do delito.

Pensando nisso, Frank criou uma fórmula que pudesse dividir mais claramente esses dois momentos do crime, conforme sugere Brandão (2008, p. 260):

Para solucionar tais dificuldades, Frank elaborou uma fórmula da tentativa que reconhece o início da execução

em todos os atos que, em virtude de sua necessária correspondência à ação típica, aparecem como partes integrantes desta, de modo que, se não houvesse a interrupção da ação, a realização do tipo seria concretizada.

A partir dessa concepção (Fórmula de Frank), surgiu a ideia de que o ato precedente à realização do tipo, que lhe fosse logicamente necessário, deveria ser considerado ato de execução (BUSATO, 2015).

## **2.4. CONSUMATIO - CONSUMAÇÃO DO CRIME**

A consumação do crime se dá com a reunião de todos os seus elementos. Nos crimes materiais, exige-se um resultado naturalístico. Já nos crimes formais, não se exige o resultado naturalístico, embora esse possa ocorrer, porque a infração se consuma apenas com a realização do verbo que está no tipo. Quanto aos crimes de mera conduta, o resultado naturalístico é impossível de ocorrer, se consumando o crime com a prática do verbo do tipo.

Só há viabilidade da tentativa se o *iter criminis* puder ser fracionado. Normalmente, os crimes formais e de mera conduta são unissubsistentes. Crimes unissubsistentes se constituem de um ato, não admitindo fracionamento, e por isso, a execução se confunde com a consumação. Dessa forma, é impossível se falar em tentativa. Quanto aos crimes materiais, via de regra, são plurissubsistentes, admitindo assim a forma tentada.

Existem crimes cuja tentativa é punida com pena autônoma ou igual à do crime consumado (vide o exemplo do art. 352 do Código Penal: “Evadir-se ou tentar evadir-se...”). Logo, fugir ou tentar fugir empregando violência contra a pessoa é crime consumado. Impossível, pois, falar-se em tentativa de “tentar fugir”, pois estaríamos cuidando de mera preparação ou cogitação. São os chamados crimes de atentado ou de empreendimento (NUCCI, 2020).

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, o dolo na tentativa é o mesmo dolo da consumação, pois o crime é perfeito na esfera subjetiva do agente, embora imperfeito no campo objetivo, relacionado ao resultado que deveria ser produzido com a conduta delituosa (MASSON, 2019). Segundo Busato (2015), a tentativa é um delito incongruente por excesso subjetivo, eis que o agente quer mais do que logrou realizar, de modo que a dimensão subjetiva do delito aparece maior que a objetiva. Para Nucci (2020), é perfeitamente possível a coexistência da tentativa com o dolo eventual, embora seja de difícil comprovação no caso concreto.

Arremata Busato (2015) que a tentativa deve ser obrigatoriamente dolosa, pois o sujeito deve pretender algo que não logra, afinal, não é possível não ter a pretensão e tê-la de forma concomitante.

### 3. CRITÉRIOS PARA A VERIFICAÇÃO DA PASSAGEM DA PREPARAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO CRIME: AS TEORIAS SOBRE A SEPARAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E ATOS DE EXECUÇÃO

O problema fundamental da tentativa é justamente a separação entre atos preparatórios (impunes) e atos de execução (puníveis), o que dá margem à criação de várias teorias que procuraram, cada uma a seu modo, firmar essa fronteira (BUSATO, 2015).

Se o limite mínimo de punibilidade do delito, expresso pela tentativa, começa com os atos de execução, enquanto que os atos preparatórios, salvo a hipótese excepcional de que eles próprios configurem um crime específico, restam impunes, a fronteira entre ato de execução e ato preparatório é a verdadeira fronteira entre punibilidade e impunidade em relação ao *iter criminis* (BUSATO, 2015). Nucci (2020, p. 437) afirma que não se trata de tema fácil e uniforme, havendo basicamente, duas teorias acerca do assunto:

a) subjetiva: não existe tal passagem, pois o importante é a vontade criminosa, que está presente, de maneira nítida, tanto na preparação quanto na execução do crime. Ambas trazem punição ao agente;

b) objetiva: o início da execução é invariavelmente constituído de atos que principiarem a concretização do tipo penal. Trata-se da teoria adotada pelo Código Penal e sustentada pela doutrina pátria. Há, pois, maior segurança para o agente, que não será punido simplesmente pelo seu "querer", salvo quando exteriorizado por atos que sejam próprios e adequados a provocar o evento típico, causando um perigo real ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Para Busato (2015), a chamada teoria subjetiva/voluntarística/monista pura estabelece que a fonte de identificação do ato de execução reside na vontade de cometer o delito e na representação do autor, a respeito dos efeitos de sua realização. Seria a própria manifestação de vontade do autor quem definiria o início da execução. O problema reside no fato de que a "vontade" do autor está em todas as etapas do delito desde a *cogitatio*, e não se altera até o exaurimento (o dolo na tentativa não se altera). Com base apenas na "vontade", torna-se impossível

estabelecer se o ato é de execução ou é preparatório, até porque não se castiga a vontade má em si mesma, mas sim, a vontade má em realização.

Se a ideia é identificar o ato de execução como a externalização da vontade ou da representação, essa manifestação externa não é um dado subjetivo, mas objetivo. Portanto, não é adequado chamar de teoria subjetiva, pois que haveria muita dificuldade em estabelecer requisitos objetivos em uma manifestação de vontade: a manifestação de vontade do agente, em si, não pode ser critério de separação de absolutamente nada. Em virtude disso, essa teoria encontra-se superada hodiernamente (BUSATO, 2015).

Com efeito, a doutrina pátria sustenta que o Código Penal preferiu adotar a teoria objetiva. As teorias objetivas/realística/dualista têm em comum a ideia de que o dolo é igual em todas as etapas da prática delitiva, por isso, a identificação dos atos de execução depende de manifestações externas inequívocas no sentido da pretensão criminosa. Essas teorias diferenciam-se internamente, com vistas à identificação do que seria esse indicador externo objetivo (BUSATO, 2015). De acordo com Nucci (2020, p. 437), dentro da teoria objetiva, a doutrina se divide em diversas correntes, havendo o predomínio das seguintes:

a) teoria objetivo-formal, preconizando que ato executório é aquele que “constitui uma parte real do fato incriminado pela lei” (Von Liszt, Birkmeyer), ou, segundo Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo, constituído pelo verbo (cf. Hungria, Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 83-84). Ainda no contexto da teoria objetivo-formal, pode-se destacar a teoria da hostilidade ao bem jurídico, sustentando ser ato executório aquele que ataca o bem jurídico, retirando-o do “estado de paz”. É a teoria adotada por Mayer e seguida por Hungria (Comentários ao Código Penal, v. I, t. II, p. 84). É a teoria que sustenta serem atos executórios apenas os idôneos e unívocos para atingir o resultado típico. Em seu apoio, além de Hungria, estão Frederico Marques (Tratado de direito penal, v. II, p. 373-374) e Paulo José da Costa (Comentários ao Código Penal, 7. ed., p. 50);

b) teoria objetivo-material, afirmando que atos executórios não são apenas os que realizam o núcleo do tipo ou atacam o bem jurídico, mas também aqueles imediatamente anteriores ao início da ação típica, valendo-se o juiz do critério do terceiro observador, para ter certeza da punição (cf. exposição de Zaffaroni e Pierangeli, Da tentativa, p. 56). É a teoria adotada

pelo Código Penal português: art. 22.2 "São atos de execução: a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idôneos a produzir o resultado típico; ou c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores" ;

c) teoria objetivo-individual, defendendo que os atos executórios não

são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor (Zaffaroni e Pierangeli, ob. cit., p. 56). Logo, a diferença entre esta última teoria e a objetivo-material é que não se necessita do terceiro observador; ao contrário, deve-se buscar prova do plano concreto do agente, sem avaliação exterior.

Em primeiro lugar, para a teoria objetivo-formal, são atos de execução aqueles atos que representam o início da realização dos elementos do tipo. Ou seja, a identificação se dá através da presença concreta de algum ato que consista na realização do verbo que expressa o núcleo do tipo legal de crime. É a teoria mais aceita pela doutrina (BUSATO, 2015). No entanto, há problemas nessa teoria, como o desprezo do aspecto subjetivo, que não permite identificar quando um disparo contra alguém é lesão corporal ou tentativa de homicídio (BUSATO, 2015).

Em segundo lugar, para a teoria objetivo-material, não basta a realização de algum dos elementos do tipo para se falar em atos de execução, é necessária a presença de efetivo perigo para o bem jurídico protegido pelo tipo. Assim, aquele que aponta a arma coloca em perigo a vítima antes mesmo do disparo, portanto já haveria tentativa. Essa teoria não foi inovadora, mas apenas um complemento da teoria objetivo-formal (BUSATO, 2015).

Em terceiro lugar, para a teoria da impressão, objetivo-individual ou objetivo-subjetiva, somente se pode falar em início de execução diante da presença de elementos de que o autor iniciou a realização do seu plano. Ela pretende unir as duas teorias anteriores: objetiva e subjetiva. Tal teoria, por um lado, aponta para aspectos objetivos ao exigir a imediatidade da conduta em relação à realização típica, e, por outro lado, leva em conta aspectos subjetivos ao levar em consideração a vontade do autor (BUSATO, 2015). Como não existe tentativa em si, mas sempre tentativa de

algo, o tipo penal a ser praticado deve ser percebido através da ação realizada para que se identifique corretamente a existência de uma tentativa.

Assim, parece claro, do ponto de vista objetivo, que o que identifica a teoria objetivo-individual é o significado ou sentido da ação, transmitindo a ideia de um determinado tipo de ação, que ocorre em um contexto, em dadas circunstâncias. As pretensões do sujeito se expressam em ações e interferem nela. As pretensões do agente somente ganham relevância jurídico-penal quando expressas através de realização (BUSATO, 2015). Para Masson (2019), a teoria da impressão representa um limite à teoria subjetiva, evitando o alcance desordenado dos atos preparatórios.

Todavia, Nucci (2020, p. 439) alerta que somente à luz do caso concreto é possível trabalhar as teorias, definindo assim, qual seria a mais adequada:

De todo o exposto, no entanto, deve-se ressaltar que qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador). Por isso, encontrar, precisamente, a passagem da preparação para a execução não é tarefa fácil, somente sendo passível de solução à vista da situação real.

A teoria adotada como regra pelo Código Penal, segundo Masson (2019), foi a teoria objetiva (também chamada de realística ou dualista), pois que determina que a pena da tentativa deve ser correspondente à pena do crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Como o desvalor do resultado é menor, quando comparado ao do crime consumado, a forma conata deverá suportar punição, mas branda. Entretanto, de forma excepcional, é aceita a teoria subjetiva, ou monista, consagrada pela expressão “salvo disposição em contrário” existente no art. 14, parágrafo único do Código:

### **Pena de tentativa**

**Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços**

O juiz deve levar em consideração, no momento da dosimetria da pena, apenas o *iter* criminis percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição, que varia de um a dois terços (art. 14, parágrafo único, CP), quanto mais distante ficar o agente

da consumação. Bem como, tanto menor será a diminuição, quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito (NUCCI, 2020).

Na ocasião da dosimetria da pena de um crime tentado, não se leva em conta qualquer circunstância – objetiva ou subjetiva –, tais como crueldade no cometimento do delito ou péssimos antecedentes do agente. Estamos diante de causa de diminuição obrigatória, tendo em vista que se leva em conta o perigo que o bem jurídico sofreu, sempre diferente na tentativa, se confrontado com o crime consumado. Assim, o crime consumado é punido com mais rigor do que a tentativa, não obstante em ambos os casos a intenção delituosa ser a mesma igualmente perversa (NUCCI, 2020).

Por fim, a leitura do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal revela que embora a regra seja a adoção da teoria objetiva, existem situações no ordenamento em que o legislador pune com a mesma pena a forma consumada e tentada, adotando a teoria subjetiva. São os chamados crimes de atentado ou empreendimento, como o previsto no artigo 352 do Código Penal (CUNHA, 2016).

## CONCLUSÃO

Conforme o exposto, no crime tentado ocorre a execução do conjunto de atos necessários à efetiva realização do crime, mas, não logrando êxito, não produz o resultado desejado por fatores exteriores ao agente. Sempre que presentes todos os elementos do tipo, o fato está consumado. Do contrário, ausente o resultado, o crime é tentado.

Todavia, o problema fundamental da tentativa é justamente a separação, no *iter criminis*, entre atos preparatórios (impuníveis), e atos de execução (puníveis), o que deu margem a criação de várias teorias que procuraram, cada uma a seu modo, firmar essa fronteira.

De acordo com a chamada Teoria Subjetiva/Monista Pura, a fonte de identificação do ato de execução seria a manifestação de vontade do autor. O problema reside no fato de que a “vontade” do autor está em todas as etapas do delito, desde a *cogitatio*, e não se altera até o exaurimento (o dolo na tentativa não se altera). Conclui-se que apenas com base na “vontade”, torna-se impossível estabelecer se o ato é de execução ou é preparatório.

Com efeito, as Teorias Objetivas/Realística/Dualista têm em comum a ideia de que o dolo é igual em todas as etapas da prática delitiva, por isso a identificação dos atos de execução depende de manifestações externas inequívocas no sentido da pretensão criminosa. A doutrina afirma ser esta a corrente adotada no Brasil para determinar o início da execução de um crime. Dentre as Teorias Objetivistas, somente

à luz do caso concreto é possível determiná-las, definindo assim, qual seria a mais adequada na situação. Isso exige fundamentação adequada do aplicador do direito.

Outrossim, a tentativa é causa de diminuição de pena obrigatória, tendo em vista que se leva em conta o perigo que o bem jurídico sofreu, sempre menor na tentativa se confrontado com o crime consumado. Assim, o crime consumado é punido com mais rigor do que a tentativa, não obstante em ambos os casos a intenção delituosa (elemento subjetivo - dolo) ser a mesma igualmente perversa.

Por fim, da leitura do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, depreende-se que embora a regra seja a adoção da Teoria Objetiva, existem situações excepcionais no ordenamento em que o legislador pune com a mesma pena a forma consumada e tentada, adotando a Teoria Subjetiva. São os chamados crimes de atentado ou empreendimento, como o previsto no artigo 352 do Código Penal.

#### REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

**BRANDÃO, Cláudio.** Curso de direito penal: **parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 27.044.** Santa Catarina, Segunda Turma, Relator Des. José Roberge, São José, SC, 17 de maio de 1991. DJJ n. 8.268. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3724361/apelacao-criminal-acr-444862-sc-1988044486-2-tjsc/inteiro-teor>>. Acessado em: 11 de outubro de 2020.

**BRUNO, Aníbal.** Direito Penal. **3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.**

**BUSATO, Paulo César.** Direito penal: parte geral. **v. 1. São Paulo: Atlas, 2015.**

**CUNHA, Rogério Sanches.** Manual de direito penal: **parte geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.**

**GONÇALVES, Victor Eduardo Rios.** Direito Penal: **parte geral, v. 7. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2002.**

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico.** São Paulo: Rideel, 1995.

MASSON, Cleber. **Direito Penal:** Parte Geral. v. 1. São Paulo: 13. ed. Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.





## **AS REGRAS DE TRANSIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019 NO TOCANTE AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

**ISABELA TIEMI KOGA:** Graduanda curso superior em Direito pela Instituição acadêmica: Universidade Brasil

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN  
(orientador)

**RESUMO:** O trabalhador ao longo de sua jornada laborativa presta contribuições mensais à Previdência Social como uma maneira de garantir uma renda futura para quando se encontrar impossibilitado de exercer suas funções, seja por motivos de idade ou doença. Esse seguro social sofre modificações com o passar do tempo e conseqüentemente afeta as disposições a respeito dos seus segurados. A última reforma previdenciária aconteceu em novembro de 2019 e em uma tentativa de adequar os segurados que ainda não tinham direito adquirido foram implantadas as chamadas regras de transição. O tema deste artigo traz elucidações sobre a aplicabilidade destas regras através de livros, monografias, pesquisa online e exemplos concretos para facilitar o entendimento. Sendo este um assunto recente e ainda com pouca disposição a respeito, evidencia-se a importância de aborda-lo de maneira mais didática e prática, facilitando o acesso a informação daqueles de que interessem ou que tiverem sido afetados pelo assunto.

**Palavras-chave:** Regras de Transição; Reforma; Regime Geral da Previdência Social; Aposentadoria.

**ABSTRACT:** The laborer throughout his working day makes monthly contributions to Social Security as a way to guarantee future income when he is unable to perform his duties, whether for reasons of age or illness. This social insurance changes over time and consequently affects the provisions regarding its policyholders. The last pension reform took place in November 2019 and in an attempt to adapt policyholders who had not yet acquired a right, the so-called transition rules were implemented. The theme of this article brings clarifications about the applicability of these rules through books, monographs, online research and concrete examples to facilitate understanding. This being a recent issue and still with little disposition about it, it is evident the importance of approaching it in a more didactic and practical way, facilitating the access to information of those of interest or who have been affected by the subject.

**Keywords:** Transition rules; Remodeling; General Social Security Regime; Retirement.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 2.1. REGRA DE TRANSIÇÃO POR PONTOS. 2.2. REGRA DE TRANSIÇÃO PELA REDUÇÃO DA IDADE MÍNIMA. 2.3. REGRA DE TRANSIÇÃO POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO + FATOR PREVIDENCIÁRIO COM PEDÁGIO DE 50%. 2.4. REGRA DE TRANSIÇÃO POR REDUÇÃO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. 2.5. REGRA DE TRANSIÇÃO POR PEDÁGIO DE 100% + IDADE. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

## 1 INTRODUÇÃO

No dia 12 de novembro de 2019 foi promulgado o texto final da Emenda Constitucional n. 103 (EC), alterando o sistema da previdência social fundada na transição demográfica de envelhecimento populacional, com uma redução na taxa de fecundidade e mortalidade no Brasil.

O fulcro da reforma fora a tentativa de diminuição das desigualdades no sistema previdenciário, entretanto, ressalta-se que a pressa de sua elaboração e tramitação se deu no intuito de maior circulação de capital financeiro, diminuindo a judicialização e combatendo fraudes ao tentar eliminar a concessão de benefícios previdenciários indevidos. Uma sistematização que planeja superar o déficit do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) de 2018.

A problemática surge ao vislumbrar que, não tendo o próprio direito adquirido, muitos segurados se frustrarão acerca de seus anseios, já que as novas disposições alteram as exigências para a obtenção de benefícios e consequentemente a previsão de aposentadoria.

O objetivo do trabalho é elencar e esclarecer as Regras de Transições que dispõem a respeito dos segurados do regime geral que até o dia 13 de novembro de 2019 ainda não tinham garantido sua aposentadoria. À vista dessas regras, a nova EC incidirá apenas sobre o tempo restante de contribuição deles, tornando-se um sistema híbrido.

Será enumerado cada uma dessas regras, especificando como poderá ser aplicada e usufruída, demonstrando as novas contagens de idade e tempo de contribuição, bem como citar como o cálculo do benefício se dará.

Ao abordar cada regra que atinge o trabalhador da iniciativa privada e contribuintes individuais, os segurados passarão a ter fácil discernimento sobre qual delas se apresentará mais vantajosa para a respectiva situação, além de saber os impactos que essa mudança desencadeará.

## 2 REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A finalidade das contribuições destinadas à Previdência Social é assegurar aos trabalhadores amparo quando estes se encontrarem impossibilitados de exercerem suas funções de renda por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, conforme artigo 1º da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

O artigo 11 da mesma lei regula matéria quanto ao acolhimento e elenca todas as pessoas físicas que são segurados obrigatórios da Previdência Social, aos quais este trabalho se destina, sendo eles:

- a) Empregado;
- b) Empregado doméstico;
- c) Contribuinte individual;
- d) Trabalhador avulso;
- e) Segurado especial;
- f) E servidor ou militar que venham a exercer, concomitantemente, uma ou mais atividades abrangidas pelo RGPS, tornando-se segurado obrigatório em relação a esta respectiva atividade;

A Lei 9.876/99 incluiu na mesma categoria como contribuinte individual o autônomo, o equiparado a autônomo e o empresário. Desta forma, a categorização dos segurados diz respeito àquele que exerce direta e habitualmente atividade remunerada subordinada a determinada pessoa física ou jurídica (DUARTE, 2005).

Enquadrando-se em qualquer das classificações citadas acima, perdura compreender quais os requisitos básicos para obtenção de aposentadoria através das transições, mediante RGPS, que são regulamentadas a partir do artigo 15 da nova EC.

### 2.1 REGRA DE TRANSIÇÃO POR PONTOS

A primeira regra a ser explorada é a de transição por pontos, destinada aos que optarem pela aposentadoria por tempo de contribuição, a qual não possui idade mínima.

O tempo mínimo de contribuição desta categoria é de 30 (trinta) anos para mulheres e 35 (trinta e cinco) anos para homens e, cumulativamente, uma determinada pontuação – estipulada pela somatória de sua idade e seu tempo de contribuição – de 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher e 96 (noventa e seis), se homem, inicialmente.

No entanto, a partir de 2020 haverá um aumento progressivo da pontuação mínima. A cada ano será acrescido mais 1 (um) ponto até atingir o máximo de 105 (cento e cinco) pontos para os homens (que acontecerá em 2028) e 100 (cem) pontos para as mulheres (que acontecerá em 2033). Perceba que a partir de 2028 a pontuação masculina é congelada e apenas a pontuação da mulher continua aumentando.

Ano	Pontuação para mulheres	Pontuação para homens
2019	86	96
2020	87	97
2021	58	98
2022	89	99
2023	90	100
2024	91	101
2025	92	102
2026	93	103
2027	94	104
2028	95	105: a pontuação dos homens estabiliza
2029	96	105
2030	97	105
2031	98	105
2032	99	105
2033	100	105

**Quadro 1:** contagem progressiva da pontuação mínima da regra de transição por pontos.

Exemplificando: um segurado – homem – que tenha 61 (sessenta e um) anos de idade e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição no ano de 2020, realizando sua somatória tem-se:

$$61 + 35 = 96 \text{ pontos}$$

Todavia, não será o suficiente para aquisição do benefício, pois no ano de 2020 a pontuação para os homens é de 97 (noventa e sete) pontos (96 + 1) devido o ano acrescido após 2019.

Além disso, conforme Martinez (2020, p. 151): “Note-se que uma idade maior não pode compensar um tempo de contribuição inferior a trinta anos para mulheres ou trinta e cinco anos para homens. O segurado deverá ter minimamente o tempo de contribuição exigido pela norma.”

Exemplificando: uma segurada – mulher – que tenha 60 (sessenta) anos de idade e 26 (vinte e seis) anos de contribuição no ano de 2019, realizando sua somatória tem-se:

$$60 + 26 = 86 \text{ pontos}$$

Terá atingindo o número de pontos exigidos, todavia, não terá o tempo de contribuição mínimo, que é 30 (trinta) anos. Desta forma, se finda a possibilidade de obtenção da aposentadoria através dessa regra no caso ilustrado.

No tocante aos professores, nos termos do art. 15, o § 3º dispõe:

§ 3º Para o professor que comprovar exclusivamente 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem, em efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, será equivalente a 81 (oitenta e um) pontos, se mulher, e 91 (noventa e um) pontos, se homem, aos quais serão acrescidos, a partir de 1º de janeiro de 2020, 1 (um) ponto a cada ano para o homem e para a mulher, até atingir o limite de 92 (noventa e dois) pontos, se mulher, e 100 (cem) pontos, se homem.

A eles é garantido o direito de aposentar-se voluntariamente com os requisitos cumulativos preenchidos, porém, com gradualismo de pontuação diferenciado, já que possuem redução de cinco pontos (atente-se também ao fato da idade mínima reduzida).

Exemplificando: o professor – homem – que comprove todos os requisitos advindos da função, que tenha 63 (sessenta e três) anos de idade e 30 (trinta) anos de contribuição no ano de 2021, tem-se:

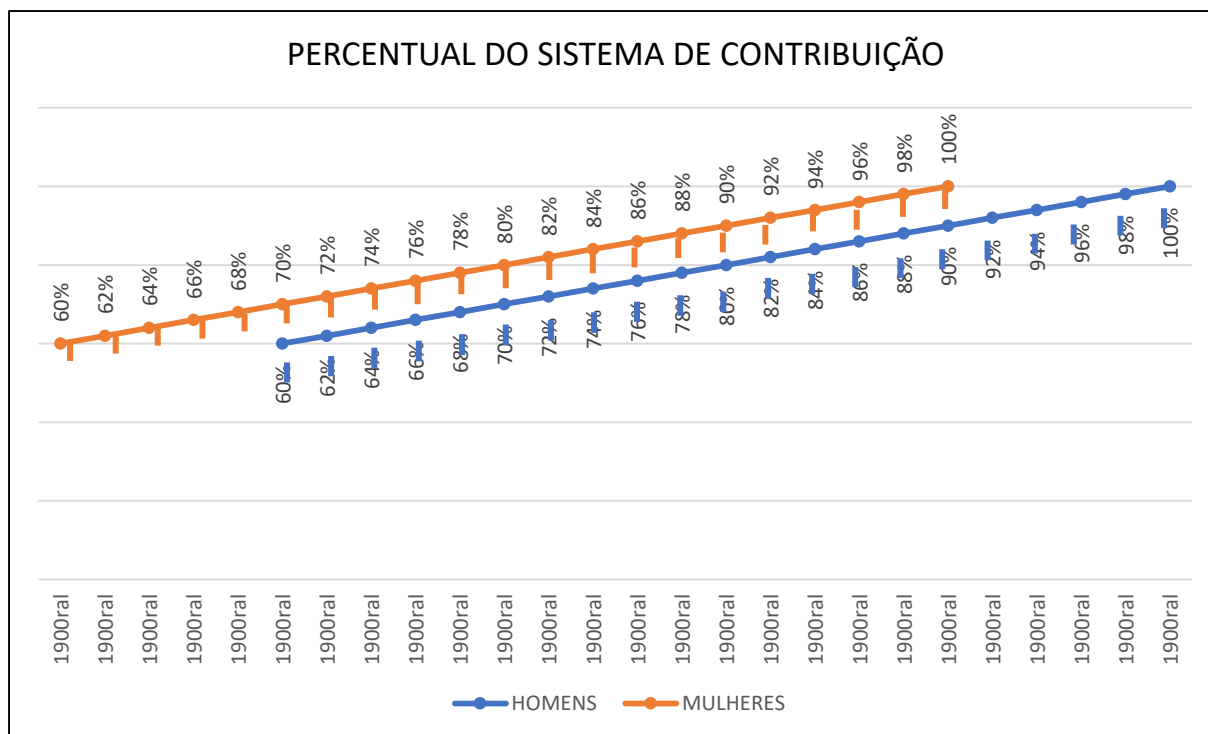
$$63 + 30 = 93 \text{ pontos}$$

Dessa maneira, é possível a aposentadoria voluntária já que, possuindo o tempo de contribuição mínimo e acrescidos + 2 à pontuação inicial de 91 (noventa e um), obtém-se 93 (noventa e três) pontos, tal qual a somatória acima.

Cálculo do benefício adquirido pela transição por pontos: a respeito do cálculo dos benefícios, independente do regime de previdência (próprio ou geral), será utilizada a média aritmética simples de 100% (cem por cento) das contribuições desde julho de 1994, ou seja, desde que o Sistema Monetário Brasileiro passou a ser o Real.

Ressalta-se que haverá um limite desta média, equivalente ao valor máximo do salário de contribuição, tanto àqueles do Regime Geral quanto aos que ingressarem em cargo efetivo no serviço público após a implantação do regime da previdência complementar ou opção correspondente.

O limite da renda mensal do aposentado será de 60% (sessenta por cento) da média obtida e, a cada ano, terá acréscimo de 2% (dois por cento) excedente do tempo de 20 (vinte) anos de contribuição para os homens e 15 (quinze) anos para as mulheres, conforme demonstra o gráfico:



**Quadro 2:** gráfico da relação do percentual do salário de contribuição pelo tempo de contribuição em anos.

Exemplo: uma segurada com 30 (trinta) anos de contribuição, terá direito a aposentadoria com renda mensal de 90% (noventa por cento) de sua média. Tem-se:

$$60\% \text{ (pelos 20 anos)} + 2\% \times 15 \text{ (anos excedentes)}$$

$$60\% + 30\% = 90\%$$

Sendo assim, caso a média aritmética simples dela for R\$ 2500,00 (dois mil e quinhentos reais), terá sua renda mensal equivalente a R\$ 2250,00 (dois mil duzentos e cinquenta reais), que corresponde a 90% (noventa por cento) do total.

## 2.2 REGRA DE TRANSIÇÃO PELA REDUÇÃO DA IDADE MÍNIMA

Esta regra é disciplinada pelo art. 16 da EC, surgindo como alternativa para o segurado que já possui várias contribuições e ainda não preencheu a idade mínima necessária para aposentar. Entretanto, a disposição é restrita aos segurados filiados ao RGPS até a data da entrada em vigor da mesma Emenda.

Dentre todas as regras esta é a mais simples, pois basta cumprir, cumulativamente:

I – 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; e

II – idade de 56 (cinquenta e seis) anos, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos, se homem.

Conquanto, o § 1º prevê um aumento progressivo à respeito da idade. Isso significa que, será acrescido 6 (seis) meses à idade por ano até atingir 62 (sessenta e dois) anos de idade para as mulheres em 2031 e 65 (sessenta e cinco) anos para os homens em 2027.

Ano	Idade mínima para mulheres	Idade mínima para homens
2019	56	61
2020	56,5	61,5
2021	57	62
2022	57,5	62,5
2023	58	63
2024	58,5	63,5
2025	59	64
2026	59,5	64,5
2027	60	65: a idade dos homens estabiliza
2028	60,5	65
2029	61	65
2030	61,5	65
2031	62	65

**Quadro 3:** idade com o aumento progressivo até o limite máximo para obtenção da aposentadoria.

Exemplo: caso a segurada (mulher) resolva pleitear seu benefício em 2029, precisará ter cumprido os 30 (trinta) anos de contribuições mínimos e 61 anos de idade, conforme tabela acima.

Consoante aos professores que comprovarem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, o tempo de contribuição e a idade são reduzidos em 5 (cinco) anos.

Seguindo a mesma taxa de aumento paulatino da idade, a ascensão ocorrerá até atingir 57 (cinquenta e sete) anos de idade em 2031, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem em 2027.

Ano	Idade mínima para mulheres (professores)	Idade mínima para homens (professores)
2019	51	56



<b>2020</b>	51,5	56,5
<b>2021</b>	52	57
<b>2022</b>	52,5	57,5
<b>2023</b>	53	58
<b>2024</b>	53,5	58,5
<b>2025</b>	54	59
<b>2026</b>	54,5	59,5
<b>2027</b>	55	60: a idade dos homens estabiliza
<b>2028</b>	55,5	60
<b>2029</b>	56	60
<b>2030</b>	56,5	60
<b>2031</b>	57	60

**Quadro 4:** idade com o aumento progressivo até o limite máximo para obtenção da aposentadoria, nos casos de professores.

Exemplo: um professor (homem) que tenha cumprido 30 (trinta) anos de contribuição em 2023, bastará ter completado 58 (cinquenta e oito) anos na data do pedido que terá sua aposentadoria concedida.

Cálculo do benefício adquirido pela transição pela redução da idade mínima: o cálculo do benefício nesta regra seguirá o disposto no item 2.1.1, ou seja, utilizando-se da média aritmética simples de todas as contribuições a partir de julho de 1994, sendo a renda mensal calculada conforme 60% (sessenta por cento) desse total, sofrendo um acréscimo de 2% (dois por cento) por ano excedente, a partir de 20 (vinte) anos de contribuição para homens e 15 (quinze) para mulheres. O limite da média aritmética será equivalente ao valor máximo do salário de contribuição.

Exemplo: um segurado – homem – requer seu benefício. Tendo preenchido o requisito da idade e possuindo os 35 (trinta e cinco) anos de contribuições mínimos, ao obter uma média aritmética de R\$ 3600,00 (três mil e seiscentos reais), terá sua renda mensal calculada em 90% (noventa por cento) desse total.

Isso porque, seguindo o explicado, terá ultrapassado 15 (quinze) anos excedentes... Sendo o acréscimo de 2% (dois por cento) ao ano, resultará em 30% (trinta por cento) a mais.

$$60\% \text{ inicial} + 30\% \text{ dos excedentes} = 90\%$$

Resulta-se, portanto, em uma renda de R\$ 3240,00 (três mil duzentos e quarenta reais) mensais.

### 2.3 REGRA DE TRANSIÇÃO POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO + FATOR PREVIDENCIÁRIO COM PEDÁGIO DE 50%

Em harmonia com Leite e Ricalde (2019, p. 40): “Para ser enquadrado nesta regra, o segurado precisa estar a dois anos de cumprir o tempo de contribuição mínimo para aposentadoria pela regra atual até a publicação da reforma”, previsto no art. 17 da EC.

Sendo assim, sabendo que a regra vigente até a reforma exigia 30 (trinta) anos de contribuição para mulheres e 35 (trinta e cinco) anos para homens, o segurado precisa estar com no mínimo 28 (vinte e oito) e 33 (trinta e três) anos de contribuição, respectivamente, para poder desfrutar-se desta.

Dito e preenchido isso, os requisitos para obtenção do benefício serão: concluir os anos de contribuição mínimos citados anteriormente (trinta e trinta e cinco anos) E cumprir mais 50% (cinquenta por cento) do tempo que faltava no momento da entrada em vigor na EC.

Exemplo: um homem com 34 (trinta e quatro) anos de contribuição na data da entrada em vigor desta EC, faltaria 1 (um) ano para aposentar-se. Com a reforma, assim que ele completar os 35 (trinta e cinco) anos necessários anteriormente, bastará contribuir mais 6 (seis) meses – que equivalem à metade do ano que faltava – para pleitear o benefício. Totaliza-se, portanto, 35 (trinta e cinco) anos e 6 (seis) meses de contribuição devido à reforma.

Exemplo 2: uma mulher com 28 (vinte e oito) anos de contribuição na data da entrada em vigor desta EC, faltariam 2 (dois) anos para aposentar-se. Desta forma, assim que ela completar os 30 (trinta) anos necessários anteriormente, bastará contribuir mais 1 (um) ano – que equivale à metade dos anos que faltavam (50%) – para pleitear o benefício. Esse será o pedágio a ser pago. Totaliza-se, portanto, 31 (trinta e um) anos de contribuição, conforme a nova regra.

Em resumo, preenchido o requisito dos anos, cumprirá o pedágio de 50% (cinquenta por cento) do tempo que ainda falta para atingir o tempo completo e assim terá seu benefício concedido. Aposentará sem necessidade de idade mínima.

Cálculo do benefício adquirido pela transição por tempo de contribuição + fator previdenciário com pedágio de 50%: o benefício que for concedido com base nessa regra, terá sua renda calculada segundo a média aritmética simples dos salários de contribuições e das remunerações calculadas na forma da lei, multiplicada pelo fator previdenciário.

Por se basear apenas no tempo de contribuição do segurado, será a única redação da EC que cita a aplicação do fator previdenciário.

Isso significa que será regida pelo art. 29, §§ 7º a 9º da Lei n. 8213/91. Veja:

Lei n. 8213/91

[...]

Art. 29. O salário-de-benefício consiste: [...] § 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[ 1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei.

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

A equação matemática para o cálculo do fator previdenciário consiste em:

**Quadro 5:** Fórmula matemática para cálculo do fator previdenciário.

Os termos correspondem a:

F = fator previdenciário;

Tc = tempo de contribuição do segurado;

Es = expectativa de sobrevida no momento do requerimento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

A = alíquota de contribuição que corresponde a 0,31;

Basta substituir os termos com os dados do segurado específico para obter o valor correspondente ao seu fator previdenciário.

## 2.4 REGRA DE TRANSIÇÃO POR REDUÇÃO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

O propósito desta regra é adequar a mudança da idade mínima das aposentadorias urbanas no RGPS, estando abordada no artigo 18 da referida EC. Dispõe, como regra permanente, a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos para homens e 62 (sessenta e dois) anos para as mulheres.

Evidencia-se que, no caso dos homens não houve mudança a respeito, tendo apenas as mulheres sofrido um acréscimo de 2 (dois) anos na idade mínima em relação à antiga regra, pois anteriormente consistia em 60 (sessenta) anos.

Por conta disso, no caso das mulheres, essa diferença de dois anos de uma regra para outra acontecerá de maneira gradual, resultando em um aumento de seis meses por ano até alcançarem 62 (sessenta e dois) anos, o que acontecerá em 2023.

Ano	Idade mínima para mulheres	Idade mínima para homens
2019	60	65
2020	60,5	65
2021	61	65
2022	61,5	65
2023	62	65

**Quadro 6:** idade mínima para obtenção da aposentadoria pela transição por redução do tempo de contribuição.

Vale lembrar que é necessário observar o tempo mínimo de contribuição, sendo ele 15 (quinze) anos, para ambos os sexos.

Sendo assim, segue como exemplo uma segurada, mulher, que em 2022 atinge os 15 (quinze) anos mínimos de contribuição. Caso, ela tenha 61 (sessenta e um) anos e 6 (seis) meses, terá seu benefício reconhecido.

De acordo com Martinez (2020, p. 168): “A soma da idade mínima e do tempo de contribuição mínimo, antes não exigível no RGPS, passou a ser a novidade ali aplicável.”

Cálculo do benefício adquirido pela transição por redução do tempo de contribuição: será utilizado para o cálculo do benefício todo o período de contribuição do segurado, desde julho de 1994, não mais podendo desprezar os 20% (vinte por cento) menores salários. Ocorrendo, portanto, uma piora da sistemática.

Entretanto, conserva-se a regra mencionada no item 2.1.1. Assim dizendo, a renda mensal a ser recebida corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média

aritmética simples das contribuições, com um acréscimo de 2% (dois por cento) por cada ano de contribuição que ultrapassar 20 (vinte) anos, para homens, e 15 (quinze) para mulheres. Exemplos se encontram no mesmo item.

## 2.5 REGRA DE TRANSIÇÃO POR PEDÁGIO DE 100% + IDADE

A última regra a ser analisada está disciplinada pelo artigo 20 da EC. A vantagem que ela oferece é a opção de conquistar a aposentadoria abaixo da idade mínima exigida, na condição de pagar um pedágio equivalente à 100% (cem por cento) sobre o tempo que falta pela nova regra.

Em síntese, será necessário cumprir os seguintes requisitos:

- a) idade mínima de 57 (cinquenta e sete) anos, se mulher, e 60 (sessenta) anos, se homem;
- b) tempo de contribuição mínimo de 30 (trinta) anos, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos, se homem;
- c) cumprir pedágio de 100%, equivalente ao tempo que faltava para atingir o tempo mínimo;

Exemplo: uma segurada – mulher – que na data de entrada em vigor da EC tinha 57 (cinquenta e sete) anos de idade e 28 (vinte e oito) anos de contribuição se aposentaria daqui há 2 (dois) anos com as regras atuais. Utilizando-se desta regra de transição, ela terá que trabalhar os 2 (dois) anos que faltam para completar os 30 (trinta) anos mínimos de contribuição e, além disso, cumprir o pedágio de mais 2 (dois) anos. Resumindo, poderá se aposentar após 4 (quatro) anos (dois anos restantes + dois anos de pedágio).

Esse pedágio também pode ser entendido como um período adicional de contribuição, sendo nesse caso referente ao total de tempo faltante para atingir o mínimo de contribuição.

Aqui, cita-se novamente o caso dos professores... Os que preencherem o requisito tempo de efetivo exercício das funções de magistério – tanto na educação infantil quanto no ensino fundamental e médio – terão o tempo mínimo de idade e contribuição diminuídos em 5 (cinco) anos, para ambos os sexos.

Em outras palavras, a idade mínima dos homens será 55 (cinquenta e cinco) anos e 52 (cinquenta e dois) anos para as mulheres, caso tenham o intuito de cumprir o pedágio de 100% (cem por cento).

Exemplo quanto aos professores: um segurado – homem – que na data de entrada em vigor da EC tinha 53 (cinquenta e três) anos de idade e 28 (vinte e oito) anos de contribuição se aposentaria daqui há 7 (sete) anos, porém, como é um professor, se aposentaria em 2 (dois) anos. Utilizando-se desta regra de transição, ele terá que trabalhar os 2 (dois) anos que faltam para completar os 30 (trinta) anos mínimos de contribuição e, além disso, cumprir o pedágio de mais 2 (dois) anos. Resumindo, poderá se aposentar após 4 (quatro) anos (dois anos restantes + dois anos de pedágio).

Leite e Ricalde (2019, p. 37) ressaltam: “Benefício vale para professores federais, da iniciativa privada e dos municípios sem regime próprio de Previdência. Professores de estados e municípios com regime próprio não foram incluídos na reforma.”

Cálculo do benefício adquirido pela transição por pedágio de 100% + idade: este cálculo está disposto conforme § 2º do artigo 20 em análise:

§ 2º O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderá:

I - em relação ao servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º do art. 4º; e

II - em relação aos demais servidores públicos e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ao valor apurado na forma da lei.

O inciso I trata da chamada regra da integralidade enquanto o inciso II se refere ao cálculo já mencionado no item 2.1.1.

Explicando o cálculo seguindo o exemplo da segurada mulher citado anteriormente: ela irá se aposentar com 32 (trinta e dois) anos de contribuição, devido o pedágio. Ao obter uma média aritmética de R\$ 3000,00 (três mil reais), terá sua renda mensal calculada em 94% (noventa e quatro por cento) desse total.

Isso porque, seguindo o exposto, terá ultrapassado 17 (dezessete anos) excedentes, a partir de 15 (quinze) anos ( $32 - 15 = 17$ ). Sendo o acréscimo de 2% (dois por cento) ao ano, resultará em 34% (trinta e quatro por cento) a mais.

60% inicial + 34% dos excedentes = 94%

Resulta-se, portanto, em uma renda de R\$ 2820,00 (dois mil oitocentos e vinte reais) mensais.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo científico apresenta-se como um guia de análise sobre as regras de transição criadas pela reforma previdenciária da EC/2019, as quais ainda possuem uma escassez de materiais explicativos por se tratar de um assunto recente, todavia, sendo de suma importância para a população brasileira.

Evidencia-se que o estudo abordou cada uma das regras de forma isolada, sendo elas: regra de transição por pontos, regra de transição pela redução da idade mínima, regra de transição por tempo de contribuição + fator previdenciário com pedágio de 50%, regra de transição por redução do tempo de contribuição e regra de transição por pedágio de 100% + idade.

Analisando-as o leitor terá a capacidade de compreender quais delas será a mais indicada para cada caso em específico, pois possuem requisitos mínimos distintos entre si para obtenção do benefício. Nesse contexto, ainda poderá tomar conhecimento da renda mensal da aposentadoria através da explicação sobre o cálculo do benefício abordado ao longo do estudo.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF, 12 de nov. de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm#art36](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm#art36). Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 24 de jul. de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias). Acesso em: 15 set. 2020.

DUARTE, M. Beneficiários: Segurados e Dependentes do RGPS. Disponível em: [http://qualidade.ieprev.com.br/userfiles/file/Cadernos%20de%20Previdencia/modulo3\\_caderno2.pdf](http://qualidade.ieprev.com.br/userfiles/file/Cadernos%20de%20Previdencia/modulo3_caderno2.pdf). Acesso em: 17 set. 2020.

LEITE, Gisele; RICALDE, Mario. **Reforma Previdenciária**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma da Previdência**: Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou. 1.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 280 p.



## **A CONVERGÊNCIA DA AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS COM TRINÔMIO DA NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE**

**FABIANA DA SILVA RIBEIRO:** Graduada em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA. Estagiária no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas - TJAM e estagiária no Ministério Público Federal - MPF.

**RESUMO:** A preocupação básica do presente artigo é demonstrar de que forma o trinômio da necessidade, possibilidade e da proporcionalidade concretiza-se na ação revisional de alimentos. Este artigo tem como objetivo analisar a relação meio-fim (adequação e necessidade) para que haja garantia plena dos direitos do alimentante e alimentando. Realizou-se pesquisas bibliográficas, tendo como referência os materiais de cunho principiológico e do ramo de direito de família, procurando evidenciar a importância da análise de meios para a garantia mínima de dignidade dos polos ativo e passivo na prestação de alimentos, para que o alimentante garanta sua subsistência, sem com isso afetar a plena provisão dos direitos do alimentando e vice-versa.

**Palavras-chave:** Revisão de Alimentos. Necessidade. Possibilidade Proporcionalidade.

### **1.INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como tema a relação existente entre o trinômio da necessidade, possibilidade e da proporcionalidade com a ação revisional de alimentos. Busca-se dessa forma, analisar através de perspectivas diferentes, as questões prejudiciais dos direitos do alimentando e do alimentante.

Nesta perspectiva, construiu-se questões que nortearam este trabalho:

- De que forma a ação revisional de alimentos garante o efetivo exercício do princípio da proporcionalidade?
- Quais medidas devem ser tomadas no âmbito da ação revisional de alimentos para que o alimentando não seja prejudicado em seu sustento no caso de uma possível redução de pensão alimentícia?
- Quais os critérios a serem analisados diante de uma ação que vise revisar alimentos?

Quando se fala em princípio da proporcionalidade pressupõe-se como uma forma de controle de normas para que não haja excesso do legislador ao criar ou alterar determinada lei, porém há de ressaltar também o mandamento da proporcionalidade na aplicação das normas, de forma que se possa evitar qualquer tipo de arbitrariedade ou injustiça na sanção de penas ou obrigações.

Vários autores conceituam o trinômio como um balanço, onde deve-se resolver cada caso de acordo com suas peculiaridades, onde se avalia a necessidade e a adequação das medidas a serem tomadas em determinadas circunstâncias.

No caso das ações de alimentos em geral, busca-se a aplicação do trinômio da necessidade, da possibilidade e da proporcionalidade, principalmente no que tange ao valor pecuniário a ser aplicado nas devidas parcelas da prestação de caráter alimentar.

O princípio da proporcionalidade é que norteia a fixação dos alimentos, tendo por pressuposto as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando. Como o encargo decorre do poder familiar, do dever de mútua assistência, dos vínculos de parentesco e da solidariedade familiar dispõe de um componente ético. Não dá para permitir que pessoas que mantêm – ou deviam manter – um vínculo afetivo vivam em situação de flagrante desequilíbrio. (TARTUCE, 2007, on-line).

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar como deve se dar a aplicação do trinômio da necessidade, da possibilidade e da proporcionalidade na ação revisional de alimentos, de forma a garantir o direito de todas as partes envolvidas na demanda.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

A ação revisional de alimentos é aquela que visa reduzir ou majorar prestação de pensão alimentícia já fixada através de sentença proferida em ação de alimentos anterior. Normalmente a que visa reduzir é instruída pelo alimentante, enquanto a que visa majorar é instruída pelo alimentando.

A revisão de alimentos surge como uma forma de adequar a necessidade das partes à sua realidade financeira e, até mesmo social, visto que a prestação alimentícia não busca proporcionar somente o estritamente necessário a sobrevivência do alimentando, como também abrange a saúde, a educação, a moradia e demais necessidades básicas.

Dessa forma, se o alimentante vier a perceber vantagem salarial que aumente seus ganhos ou mesmo empreenda em nova jornada que de alguma forma melhore no todo ou em parte sua situação econômica, o alimentando pode intentar com a ação revisional de alimentos visando adequar as suas necessidades à nova realidade financeira do provedor da pensão alimentícia.

Assim assevera o professor Carlos Roberto Gonçalves em seu ensinamento a respeito do tema:

As necessidades do alimentando podem servir também de motivo para a majoração da pensão. À medida que os filhos crescem, as necessidades e as despesas aumentam, principalmente quando atingem a puberdade, sendo maiores nessa etapa da vida as exigências femininas. Outras vezes a necessidade de receber maior auxílio tem por causa doença grave de tratamento prolongado e de alto custo ou o ingresso em dispendiosa instituição particular de ensino. (GONÇALVES 2018, p. 731)

Da mesma maneira, caso o alimentante venha a sofrer perda patrimonial significativa, que influencie no todo ou em parte a sua vida financeira e possível subsistência, pode ele ingressar com a ação revisional de alimentos visando reduzir a verba de pensão alimentícia para melhor se adequar a situação pecuniária.

Devido à falta de estabilidade em empregos, as mudanças severas que podem ocorrer no cenário econômico, bem como os constantes reajustes de preços dos produtos no País, pode-se afirmar que não é baixo o número de ações revisionais de alimentos nos diversos Cartórios de Família do Brasil.

Nesse cenário, encontra-se uma regra básica para a análise das ações revisionais de alimentos, nelas deve o magistrado fazer uso do trinômio da necessidade, possibilidade e proporcionalidade, garantindo assim que a decisão proferida não seja lesiva para uma das partes, devendo a medida condizer com a realidade dos jurisdicionados.

Os artigos 1694, § 1º e 1699, ambos do Código Civil, preceituam:

Art. 1694, § 1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os

recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. (BRASIL, 2002, on-line)

Apesar de o Código Civil fazer menção somente a necessidade e a possibilidade, a doutrina moderna e a jurisprudência evoluíram no sentido de adequar essa realidade ao trinômio, passando à inclusão da proporcionalidade no *rol* de requisitos para averiguação do direito das partes.

Porém, importa ressaltar que o uso do trinômio não é uma simples faculdade do juízo, ele constitui-se como um fator condicionante para que a ação revisional de alimentos exista. Sem ele sequer deve ser verificado o mérito do pedido. A esse respeito, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça:

A modificação das condições econômicas de possibilidade ou de necessidade das partes, constitui elemento condicionante da revisão e da exoneração de alimentos, sem o que não há que se adentrar na esfera de análise do pedido, fulcrado no art. 1.699 do CC/02. As necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada devem ser sopesados tão-somente após a verificação da necessária ocorrência da mudança na situação financeira das partes, isto é, para que se faça o cotejo do binômio, na esteira do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 1.694, § 1º, do CC/02, deve o postulante primeiramente demonstrar de maneira satisfatória os elementos condicionantes da revisional de alimentos, nos termos do art. 1.699 do CC/02. (STJ, 2009, on-line)

A necessidade está relacionada com uma alteração na realidade das partes, daquilo que antes era suficiente e no presente já não é mais, abarcando fatores econômicos e até mesmo sociais. "A necessidade é considerada em função de cada caso concreto, necessidades educacionais, culturais, etc., levando-se em conta também o nível social das pessoas envolvidas". (VENOSA, 2013, p. 402)

A possibilidade está ligada ao devedor e diz respeito às condições econômicas que ele possui para ser provedor dos alimentos demandados, uma vez que não se pode exigir que ele o faça de qualquer maneira, sem antes analisar sua realidade financeira.

A proporcionalidade é definida por Barroso (1999), como uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Pode-se afirmar, que a proporcionalidade é como

uma caravela, que guiará as partes a um destino comum, onde ambos irão enfrentar os limites das próprias necessidades.

Na perspectiva da ação revisional que vise reduzir os alimentos, por exemplo, dever-se analisar a proporcionalidade do valor ofertado (meio) com a necessidade do alimentando (fim) e ainda, a possibilidade do alimentante, ou seja, se a sua incapacidade financeira realmente condiz com a redução que ele está pleiteando. Dessa forma, afirma Sílvio Rodrigues, citado por Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 696) “se enormes são as necessidades do alimentário, mas escassos os recursos do alimentante, reduzida será a pensão; por outro lado, se se trata de pessoa de amplos recursos, maior será a contribuição alimentícia”.

Já na ação revisional que vise majorar os alimentos, deve-se levar em consideração a necessidade do alimentando em adquirir o aumento pleiteado e a possibilidade do alimentante de o realizar, sem com isso afetar a sua própria subsistência. Nesse sentido:

Os alimentos estão condicionados às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante (CC, art. 1.694, § 1º), e podem ser revistos se sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe (CC, art. 1.699), podendo o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, a exoneração, redução ou majoração do encargo. O parente, cônjuge ou convivente que demanda por alimentos deve provar que não tem meios próprios de sobrevivência, cuja necessidade é presumida quando o credor é menor ou incapaz, ou deve demonstrar que aquilo que produz com seu trabalho não é suficiente para satisfazer as vitais exigências da vida, seja porque seus ganhos são ínfimos ou porque sem culpa sua está desempregado, incapacitado ou enfermo. (MADALENO, 2018, p. 1172)

Ademais, jurisprudencialmente, essa é a análise feita pelos tribunais para a melhor ponderação entre o que se pleiteia e o que será fixado, conforme se extrai da decisão abaixo colacionada:

**EMENTA: AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS - ALTERAÇÃO DO TRINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE/ PROPORCIONALIDADE - REDUÇÃO - CABIMENTO - NASCIMENTO DE OUTROS FILHOS. - Recai sobre o autor da ação revisional de alimentos o ônus de demonstrar a redução de sua capacidade financeira de pagar**

os alimentos ou da necessidade do alimentando, para obter a alteração de seu valor.

- Cabendo ao alimentante contribuir para o sustento de outros filhos, cujo nascimento altera as condições inicialmente consideradas na fixação dos alimentos, deve ser reduzida a pensão para montante que viabilize a subsistência digna das cinco crianças sem onerar excessivamente o genitor.
- Recurso provido em parte. (TJMG, 2013, on-line)

Assim, afirma Dias (2006), evita-se que sejam beneficiados pela justiça aqueles que agem com possível má-fé processual, onde intentem por um direito ou benefício que na realidade não se faz jus, principalmente em uma ação tão delicada e preciosa que diz respeito a necessidade alimentar, portando direito à vida.

### **3.CONCLUSÃO**

Diante do exposto, concluiu-se que é basilar que se faça uma relação entre o trinômio da necessidade, possibilidade e proporcionalidade para a eficácia da ação revisional de alimentos, de forma que se tornam totalmente convergentes entre si, pois sem essa análise há um grande risco de se cometer injustiças, principalmente pelo fato de as ações que versam sobre alimentos dizerem respeito a direitos indisponíveis.

Entende-se também que diversos fatores influenciam para que ocorram as ações revisionais de alimentos, sendo elas ligadas as necessidades do alimentando, bem como as possibilidades do alimentante. Ademais, o próprio mercado e a economia do país podem transformar a realidade financeira das partes, uma vez que vivemos sob um sistema econômico variável, o que acarreta um número maior de ações judiciais que versem sobre esse tema.

O juiz, enquanto ponderador do direito das partes, deve analisar o pedido de forma criteriosa, verificando o contexto fático e principalmente probatório, pois é ele que irá demonstrar a existência ou não da necessidade de ocorrer a revisão pleiteada.

Nesse íterim, cabe ao julgador zelar pela verdade dos fatos, vedando toda e qualquer possibilidade de má-fé processual que venha a beneficiar àquele que não faz jus ao direito ora postulado, fazendo uso dos critérios da necessidade, da possibilidade e da proporcionalidade, que devem estar fartamente demonstradas nos autos processuais através de provas precisas de sua existência, garantindo assim a dignidade e a plena subsistência das partes.

### **4.REFERÊNCIAS**

TARTUCE, Flávio. Dois pesos e duas medidas para preservar a ética: irrepitibilidade e retroatividade do encargo alimentar. Disponível em:

<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2007/04/novo-artigo-de-maria-berenice-dias.html>. Acesso em 08 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jan. 2002. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) >. Acesso em 28 fev. 2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1046296/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ: 17/03/2009. **JusBrasil**. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4299651/recurso-especial-resp-1046296-mg-2008-0073558-8/inteiro-teor-12207795?ref=serp>>. Acesso em 09 out. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família / Sílvio de Salvo Venosa. - 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3 ed. Rio de Janeiro: saraiva, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL: Ap. 1.0701.11.006970-8/002. Relatora: Desembargadora Heloísa Combat. DJ: 07/02/2013. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114665239/apelacao-civel-ac-10701110069708002-mg?ref=serp> >. Acesso em 08 mar. 2018.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Maria Berenice. Princípio da proporcionalidade para além da coisa julgada. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/33147/principio-da-proporcionalidade-para-alem-da-coisa-julgada>>. Acesso em 01 de mar. 2018.

## RELAÇÃO DE TRABALHO X PANDEMIA

**MARIA JOSE SANTIAGO FERNANDES:**

Aluna do Curso Pós-Graduação em Direito Processual do Trabalho. Unp.

**RESUMO:** O atual cenário da área Trabalhista traz consigo consequências e reflete para o cidadão com grande impacto, Visto que já víamos sentimos as várias Flexibilizações e mudanças atenuantes ao Direito do Trabalho com a Reforma Trabalhista, a posterior ,seguimos com uma pandemia que veio de forma abrangente estagnar as ditas Relações Trabalhista com uma crise ora nunca vista no Brasil. Um ambiente estarrecedor em que podemos ver veemente como uma Pandemia atingiria a economia e conseqüentemente o Jus laboris. É importante frisar o uso do Trabalho humano como forma de Processo do Trabalho, A Evolução Histórica do Direito do Trabalho no Brasil, vem desde o surgimento da lei Áurea trazendo a prática social como força da utilização do Trabalho adentrando em forma significativa em 1888 como primeira fase do Direito no país. Surgindo então as pequenas formas de relações Trabalhista ditadas na sociedade. Tivemos mais a diante a Era Vargas que instituiu medidas relativas ao Trabalho com a criação da Consolidação Das Leis do Trabalho e a importante crescente Sindical, Como forma da luta em prol dos Direitos ao trabalhador. Podemos informar o Direito inerente ao Trabalho como Direito Fundamental, tratado na carta Magna de 1988 , Sendo utilizado forma de conduzir a Igualdade de Direito e Resguardar cada Trabalhador .Vemos com está crise assoando a sociedade que está em pauta não é só Setor Empresarial em plena acessão mas o Trabalhador vendo em decorrência dessa época sua única forma de sobrevivência estagnar e decair mais e mais e todas as medidas tomadas em turno de uma segunda Flexibilização de Direitos e um conformismo em torno da insegurança .Assim sendo, o objetivo deste estudo é analisar os Impactos na Relação Trabalhista em meio a Pandemia que atinge a Economia . A metodologia adotada para elaboração deste estudo diz respeito a uma pesquisa Bibliográfica. Para tanto, a pesquisa foi efetuada em banco de dados nacionais tais como: Site de busca Google, Portais de Notícias. Por fim percebe-se os Impactos decorrentes da Pandemia inerente as Relações Trabalhista e conseqüente medidas de Flexibilização, verificando como os Trabalhadores Tiveram que se adequar à nova realidade e de certa forma a conformidade neste cenário de Inseguranças.

**Palavras-chave:** Relação de Trabalho. Reforma Trabalhista. Pandemia. Economia.

**ABSTRACT:** The current scenario of the Labor area brings with it consequences and reflects for the citizen with great impact, Since we have already seen the various Flexibilizations and mitigating changes to Labor Law with the Labor Reform, the later , we continue with a pandemic that came in a comprehensive way to stagnate the



said Labor Relations with a crisis now never seen in Brazil. A terrifying environment in which we can see vehemently how a pandemic would hit the economy and consequently jus laboris. It is important to emphasize the use of human labor as a form of Labor Process, The Historical Evolution of Labor Law in Brazil, since the emergence of the Area Law bringing social practice as a force for the use of Labor entering in significant form in 1888 as the first phase of law in the country. Then arise the small forms of labor relations dictated in society. We had more forward to the Vargas Era that instituted measures related to Labor with the creation of the Consolidation of Labor Laws and the important growing Union, As a form of the struggle for workers' rights. We can inform the law inherent to Labor as A Fundamental Law, treated in the Magna Carta of 1988, being used a way to conduct equality of law and safeguard each Worker. We see with this crisis whistling the society that is on the agenda is not only business sector in full accession but the Worker seeing as a result of this time its only form of survival stagnate and decay more and more and all the measures taken in turn of a second Flexibilization of Rights and a conformism around insecurity . Therefore, the aim of this study is to analyze the Impacts on the Labor Relationship in the midst of the Pandemic that affects the Economy. The methodology adopted for the elaboration of this study concerns a bibliographic research. To this do so, the search was carried out in national databases such as: Google search site, Portals de Noticias. Finally, we can see the Impacts resulting from the pandemic inherent to Labor Relations and consequent flexibilization measures, verifying how workers had to adapt to the new reality and in a certain way compliance in this scenario of Insecurity.

Keywords: Work Relationship. Labor Reform. Pandemic .Economy

## **NOTAS INTRODUTÓRIAS**

Veze que surge na metade do século XVIII, A Revolução Industrial na Inglaterra, Tendo em sobre este acontecimento, vasto grau de Transformações Técnicas, Econômicas e Sociais. Como forma de sistema o Capitalismo, trazendo consigo desde logo Distribuição e produção da Propriedade Privada. Sabemos como visto a utilização do uso do Trabalho Humano como conseguinte forma de Processo do Trabalho.

Saviani, acordando com a Escola Marx, vem nos falar "Trabalhar é agir sobre a natureza, agir sobre a realidade, transformando-a em função dos objetivos, das necessidades humanas".

Então partiríamos da afirmação, a existência Humana é produzida pelo Trabalho e seu consequentemente sistema capitalista de produção. Sendo este intermédio das Relações Trabalhistas na sociedade como um todo.

Neste esboço, podemos conceituar as ditas relações Trabalhistas como sendo configurada com requisitos Pessoa Física, Subordinação, onerosidade e não eventualidade. Como nos cita o **Art. 3º**, CLT – “ Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” Ter-se- a cada empregador pagar aos seus empregados em acordo com prega a CLT em consonância ao Contrato de Trabalho Laborativo, anuindo as formas de contrato, Por tempo determinado e por tempo Indeterminado e contrato de Experiência . Logo a rescisão contratual , Por justa causa , tendo ocorrido violações de regras Morais e Jurídicas , Será que na rescisão por justa causa o empregado perde todos os direitos de rescisão, como aviso-prévio, férias vencidas, férias proporcionais, 1/3 de férias, 13º salário, FGTS, multa de 40% do FGTS e Seguro-Desemprego. Em sendo caso tenha um ano de CTPS, Terá direito apenas ao salário família e ao saldo do salário. Estando mais de um ano, tem direito ao salário mensal, férias proporcionais e as vencidas e ao salário família. E sem justa causa será concedido Aviso Prévio Indenizado, Multa de 40% sobre FGTS, FGTS sobre parcelas da rescisão, 13 salário, Férias Proporcional, Férias vencidas e Seguro Desemprego.

Vale salientar que o Direito Trabalhista está em constante processo de alterações, o Tribunal Superior do Trabalho em meio a alterações Legislativas através de Medidas Provisórias veio adentrar na Lei 13.467/2017, Conhecida como Reforma Trabalhista , Consequente Flexibilização de Direitos Trabalhistas , Foi um marco inicial aprovado em 2017 .Que trouxe mudanças como : A Redução de Jornada , Horário de Deslocamento foi não integra mais jornada de Trabalho , Em ainda de acordo com o texto atual, Não é computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal quando o empregado, “por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares” , Turnos ininterruptos é adotado em ramos que exigem a operações sendo refinarias , Montadora e siderurgias .Sabe-se logo que esse regime põe em risco à saúde , por isso foi limitado a 6 horas por dia , Em caso de Profissionais da saúde e vigilantes a súmula 444 do TST 12x 36 ,Não exige a presença da pessoa consta no art.62 da CLT anotada na carteira e em registro de empregados , o teletrabalho elencou-se no art .75-B.

Portanto em âmbito da Reforma Trabalhista e sua consequente Flexibilização, Eis que surge com toda essa mudança, Um vasto grau de crise na Área Trabalhista, Ora que nossa Economia vinha caminhando a passos pequenos e o desemprego aumentando cada vez mais. No Brasil a formalidade já tinha custos altos aos setor e tivemos que diminuir ou suprimir algo para que as coisas funcionasse.

Como iremos analisar, Mais a diante com todos essas alterações, Vem a pandemia e seus reflexos ainda maiores na Economia, Trazendo falências e com diversas setores praticamente fechados alargou-se em vetores altíssimos a crise. Podemos perceber como as relações Trabalhistas são importante na economia e como foram alteradas com a pandemia.

## **1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO NO BRASIL**

Temos como ponto de partida a lei Áurea, como marco inicial para a história do Direito do Trabalho no Brasil. Sabendo assim que a escravidão de certa forma estimulou a incorporação da prática Social com a força de utilização do Trabalho. Acreditando que venha desde o sistema Feudalista na Europa, Trabalhava em troca de proteção senhoril e de uma porção de terra.

No brasil o surgimento da Relação de Trabalho veio adentrar-se a 1888. Segundo Delgado Marinho " Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no País do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que se seguiram a 1888". (DELGADO ,2017, PAG 105).

Ressalte-se que não se trata de sustentar que inexistisse no Brasil, antes de 1888, qualquer experiência de relação de emprego, qualquer experiência de indústria ou qualquer traço de regras jurídicas que pudessem ter vínculo, ainda que tênue, com a matéria que, futuramente, seria objeto do Direito do Trabalho. " Trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior, marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo trabalhista." (DELGADO, 2017, PAG 110)

Não existia espaço para o trabalho livre, tinha a formação de grupos proletários, regiões em épocas inerente ao capitalismo. O próprio Estado que ditava regulamentos do Trabalho. Diversificando as condições foram surgindo com o fim da Escravatura no fim do século XIX.

Sabe-se que as manifestações são importante para toda evolução, temos no Brasil este período entre 1888 a 1930 .Tratando-se de um período que a relação empregatícia se apresenta apenas no setor agrícola e na industrialização emergente da capital Paulista e no Distrito Federal .Neste período já se encontra a concentração e organização operária e pressão para acometimento de cada grupo com suas fortes lideranças .Eram negociações autônomas e privadas no plano Industrial .Partindo assim ao surgimento de atuação coletiva dos Trabalhadores e uma dinâmica voltada ao Estado em organizar a questão Social de forma legislativa .

Como sabe-se do surgimentos de grupos autônomos coletivos surge então legislações em busca da defesa dos interesses desses trabalhadores, Citamos Decreto n 439, de 31.5.1890, estabelecendo as “bases para organização da assistência à infância desvalida”; Decreto n. 843, de 11.10.1890, concedendo vantagens ao “Banco dos Operários”; Decreto n. 1.313, de 17.1.91, regulamentando o trabalho do menor<sup>4</sup>. O Decreto n. 1.162, de 12.12.1890, que derogou a tipificação da greve como ilícito penal, mantendo como crime apenas os atos de violência praticados no desenrolar do movimento<sup>5</sup>.

Já passado o século eis que vem mais Decretos como n1.150.1904, facilitando ao surgimento de pagamento de dívidas de Trabalhadores Rurais, benefício posteriores estendidos ao trabalhadores urbanos.

Eis que surge então um decreto de suma importância o do surgimento da criação dos sindicatos profissionais e sociedades cooperativas. Decreto n.1637, de 5.1.1907. Tinha como organiza-se e ainda defender o Direito Difuso de cada trabalhador que através da força Humana traz a sua dignidade e em troca ganha seu sustento.

No Brasil na era Vargas foi instituída uma série de medidas relativas ao Trabalho, como a criação Da Consolidação das Leis do Trabalho e Institutos da Previdência Social .Nota-se que o período Getulista foi marcado por inúmeras greves e crescente Sindical .Nos anos 40 , Mesmo a meio de restritivas impostas por Vargas o movimento ganha força após o fim do Estado Novo em 1945.Mas a luta sindical ganha força com a realização III congresso Sindical Nacional quando cria-a se um comando Geral dos Trabalhadores .Citando ainda as lutas que intensificam-se com os camponeses e sindicatos Rurais .

A carta de 1988 vem trazer o justtrabalhista em forma de transição e garanti-lo em nossa carta magna o direito inerente ao trabalhador como Direito Fundamental, tratando-se de forma de melhoria ao Trabalhador, em épocas que se assolham aos nosso redor, o quão é importante cada trabalhador indiferente da profissional que se conduz, tendo a igualdade de Direitos e resguardo. Colocando ainda a intenção de acentuação da importância das convenções e acordos coletivos.

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

**I** - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

**II** - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

**III** - fundo de garantia do tempo de serviço;

**IV** - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

**V** - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

**VI** - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

**VII** - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

**VIII** - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

**IX** - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

**X** - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

**XI** - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

~~**XII** - salário-família para os seus dependentes;~~

(Revogado)

**XII** - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

**XIII** - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (Vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

**XIV** - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

**XV** - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

**XVI** - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º )

**XVII** - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

**XVIII** - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

**XIX** - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

**XX** - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

**XXI** - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

**XXII** - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

**XXIII** - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

**XXIV** - aposentadoria;

**XXV** - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

**XXVI** - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

**XXVII** - proteção em face da automação, na forma da lei;

**XXVIII** - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

**XXIX** - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 2000)

**a)** (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 2000)

**b)** (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 2000)

**XXX** - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

**XXXI** - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

**XXXII** - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

**XXXIII**

(Revogado)

Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;

**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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

**XXXIV** - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador.

## 2 REFORMA TRABALHISTA

Ao tratar sobre a Reforma Trabalhista de 2017, é relevante ressaltar que esse fato é relacionado "de modo direto e/ou indireto ao antigo objetivo do Direito na

História como Instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais” (DELGADO, 2017, p.39).

Nesse sentido, a sociedade no geral se depara com mudanças que provocaram certo receio quanto a restrição de direitos dos trabalhadores. Sabendo-se que a partir da reforma, têm-se muitos prejuízos do que mesmo benefícios com relação aos direitos dos empregados, visto que os acordos individuais, bem como outras mudanças no âmbito trabalhista são mais direcionados aos interesses das empresas.

Quando se menciona que a partir da reforma várias são os acúmulos ou prejuízos para os trabalhadores, cita-se por exemplo o fato de o empregado não ter mais o direito de ficar em casa, de usufruir do 1º de maio, perda muito grande, ainda tem-se quanto as novas modalidades de trabalho, no caso home office (trabalho remoto) e o trabalho intermitente, em que a atividade ocorre esporadicamente de modo que o empregado é remunerado só pelas horas trabalhadas.

É importante destacar ainda, que para a maioria dos empresários, com a Reforma Trabalhista surgiu no meio empresarial um ambiente bastante competitivo, em que houve a diminuição de encargos trabalhistas, acrescentando também a segurança jurídica ao empregador. De acordo com informações obtidas na R7 notícias pesquisa divulgada pelo SPC Brasil (Serviço de Proteção ao Crédito) e pela CNDL (Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas), tudo leva a crer que as ofertas de empregos tendem a crescer no país, de modo que tal realidade favorecerá no crescimento da economia, possibilitando a recuperação da crise e que “o chamado “trabalho intermitente” poderá impulsionar a economia brasileira com o atual quadro de dificuldades e aumento no corte de vagas”(ECONOMIA DO R7, 2019, n.p.)

Nesse íterim, conforme o Ministério do Trabalho, a nova Lei traz mudanças na CLT com regras que valem para os contratos de trabalhos vigentes, tanto antigos como novos. Além da nova modalidade de contratação, há outras alterações em outros pontos, como férias, jornada de trabalho (12x36 / Parcial), plano de carreira, Home Office (Trabalho remoto), acordo coletivo, contribuição sindical, homologação, intervalo, banco de horas, higiene e troca de uniforme, demissão (consensual / coletiva), gratificações e comissões, remuneração por produtividade, equiparação salarial, ações na justiça, termo de quitação, terceirização, autônomos, gestantes, validade das das normas coletivas, plano de demissão voluntária, representantes dentro da empresa(NOVA LEI, 2017). Algumas mudanças precisarão ser negociadas entre trabalhadores e empresas, seja individualmente ou por meio de sindicatos, como férias e banco de horas (G1 EDITORIAL, 2016) .



Diante do exposto, considerando a relevância do assunto para o meio social é que houve a necessidade de se desenvolver o tema, razões que despertaram o interesse pela pesquisa. Dessa forma, este trabalho levanta o seguinte problema da pesquisa: quais os efeitos provocados aos trabalhadores após a reforma trabalhista? E, para responder à questão proposta delimita-se como objetivo geral: analisar o cenário atual da reforma trabalhista frente ao trabalhador. E como objetivos específicos: descrever algumas desvantagens para o trabalhador a partir da reforma; demonstrar a atual realidade do empregado depois da reforma trabalhista.

A metodologia adotada para a elaboração desse estudo diz respeito a uma pesquisa bibliográfica já que houve a necessidade de analisar o tema abordado. Para tanto, a pesquisa foi efetuada em bancos de dados nacionais tais como: site de busca do Google Acadêmico, para isso buscou-se periódicos publicados em língua portuguesa entre os anos de 2016 a 2019.

### **3 RELACOES TRABALHISTAS**

As relações trabalhistas vêm moldando-se ao longo e historicamente no Direito Trabalhista, tivemos o rompimento da escravatura, o fim do sistema Feudalista e assim surgindo uma forma de esforço humano com uma troca por aquele trabalho a pecúnia. Tivemos que ver todo aquele sofrimento passado pelos escravos que não eram humanos e sim uma peça de Troca e força humana, Nossos Índios também com a chegada dos portugueses além de trazerem diversas doenças assim não conhecidas pelas aldeias trouxeram coisas não vista por aquele e que serviram para trabalharem em troca de algo não visto e não utilizado. Temos com toda a evolução um sistema antigo que alienava ao trabalho para em troca de algo novo e até então não conhecido e não tinham a percepção que o que era visado ora era o seu esforço físico para um propósito do seu senhor ou senhoril. A evolução e sua consequente diversificação em suas Relações Trabalhistas chegada ao Brasil e vista de forma acentuada em 2003, como afirma Goldinho ”.

Deflagrou-se notável Processo de formalização empregatícia no Brasil, aumentando-se, em poucos anos, até no final da década, em mais 10 milhões de pessoas o montante de trabalhadores formalmente incorporados ao Direito do Trabalho na economia e sociedade.” Sabemos que com toda a ingerência deste ciclo tivemos a inclusão social e econômica sendo permitido visualizar de forma dinâmica o papel marcante e dimensionador do Direito do Trabalho no Brasil e como iria surgindo novas realidades e novas formas empregatícias.

Em falando mais a diante ” fala-se em 20 milhões até 2013, dados d País — , o número de trabalhadores formalizados, (Segundo o índice oficial do CAGED, do Ministério do Trabalho e emprego (Dados nacionais da RAIS). Ampliando a

população economicamente ativa no Brasil para o importante Economicamente ativa ocupada no Brasil para o importe de mais de 49 milhões de empregos.

Para toda formalização existe condições para que o setor empresarial e empregador se condicione de forma abrangente, sabemos o quão é burocratizante abertura de novas empresas e o quão Tributariamente e gritante, o não incentivo Governamental a esses em muitas vezes pequenos investidores que em uma cadeia fortalece a economia local e garante emprego aos mais vulneráveis.

Sabemos através de pesquisas o quanto custa abrir uma empresa, segundo o IEempresas , “ quem determinará será negócio local .Por exemplo em são Saulo varia de R\$ 650 a R\$ 800,00.” Variando de cada estado. Em outros estados esse valor certamente será diferente, outro custo importante é do protocolo na junta Comercial do seu estado que pode variar de R\$ 50 a R\$400 e do alvará da prefeitura que deve ir de R\$ 100 a R\$ 800.’

Isso a nível de sudoeste, imaginemos na nossa região Nordeste, aonde ainda não há um desenvolvimento em larga escala como outras regiões e políticas públicas aplicadas por nossos governantes, onde há uma ciência e uma classe inerte aos preconceitos oriundo de várias partes no nosso país.

Então sabemos do quão é difícil a abertura de empresa e incentivo e o quão nossa classe trabalhadora vem se moldando e tentar ficar entre toda flexibilização preordenada e não pensada de forma exauriente na classe trabalhadora .Não é só flexibilizar como diz a lei 13.467 a Reforma Trabalhista , Redução de Jornada, Home Office, validade das normas coletivas , mas como isso muda a vida do trabalhador que adequa-se para não ficar à mercê e se submete a única forma que o chega para ter o sustento da família, como será que o governo enxerga as políticas públicas , ou políticas voltada também ao trabalhador , o incentivo ao mercado de Trabalho , ao histórico rompimento do que se vem alcançado , o que mais fala-se em tempos moderno e atual é sim princípio da dignidade humana , seria o mesmo Direito ao Trabalho emanada da nossa carta magna ao salário integral, a uma condição digna e coata de utilizar sua forma humana em prol de dar a dignidade a um filho , colocando aqueles Direitos Fundamentais inerente a pessoa humana, a educação , lazer , moradia , como se contentar com uma pedalada ir ao destino seja onde for é retirar dali uns R\$4,00 , isso seria uma hipocrisia dizer que é dignidade, muitos diriam é a única forma de trabalho encontrada e o que tem , não podemos aceitar e alienar-se em políticas e flagelos que deixam o trabalhador a mercê e que sabemos que a única opção é essa encontrada para não deixa sua família sem comer, Porque o Governo e o setor empresarial não podem unir-se e encontrar uma melhor resolução , incentivos a empresas , diminuição de impostos e mais fiscalização na seara Trabalhista .

#### **4 PANDEMIA E IMPACTO NA SEARA TRABALHISTA**

Pela conceituação pandemia seria uma doença infecciosa que prisma a ameaça em que várias pessoas em distintas partes do mundo, Definição dada pela Organização Mundial da saúde. Vimos todo o desencadeamento dessa pandemia alastrada pelo COVID-19, uma viral que se assomou em diversas partes do mundo, é até pela sua forma de destruição o ser humano é muito pequeno para aguentar um viris de dimensões tão grande, no que se avança Hospitais são ocupado quase 80 % de seus leitos, dado a enorme dimensão do problema, temos como fator determinante e eminente para fazer com que se detenha ou tente diminuir casos o isolamento Social, um movimento em que todos os países do mundo entendeu de imediato e vem fazendo uma política que se amolda a isso e faz com cidadãos tenha o devido conhecimento do quanto é importante esse aparato para prevenção.

A organização Mundial alertou para o pico da doença, Que com a queda estará em declínio, isto é suposição muito perigosa falou a Maria Van Kerkhove, Epidemiologista da OMS, Nota-se que as pessoas vão com a caída de números vem esquecendo e ignorando a uma possível akta novamente, o certo é que no Brasil isso como era ora esperado por economistas fez o desprego se alastrar de tal forma que empresas estão fechando por falta do giro do Real e como funciona e como manter funcionários.

A crise começou em meados do fim de fevereiro quando estávamos sabendo por alto como iria surti efeito na nossa economia essa pandemia, governo preferiu não dar a devida importância para esse furacão que viria chegar no Brasil, De repente em março víamos com empresas são não suportando e fechando de vez, não incentivo a esses micro empreendedores que supri uma pequena cidade com o desenvolvimento e empregos a alguns, Só se viu a olhar quando a dimensão da crise chegou a capitais maiores e quando as estatísticas começaram a surgir por os sindicatos de Shopping Center e comércios grandes de rua, Sim agora passamos a entender e ver uma empresa fechar e 80 funcionários a serem demitidos, em muitas partes o número de baixa em carteira foram enormes como podemos mencionar o Estado do Rio Grande do Norte, Trata-se de pai de família vendo sua dignidade a ser assolhada em um caminho vazio, de oportunidade e crescimento, contas atrasadas e "agora Jose" como diz Drumond, como pode é um garçom de uma churrascaria bem conhecida ir ao sinal "vender pastilhas e balas", outro aderir a entrega de comidas, fazer bolos e vender cocadas para suprir a necessidade do sustento, estagnasse um Direito Fundamental a introduzir além de toda uma realidade que grita e deixa a margem o trabalhador.

Sabe-se como através da crise houve uma remota retirada a seara Trabalhista, estávamos a toda flexibilização com a Reforma Trabalhista e vindo do

Medidas Provisórias ao relento diante da Pandemia , Temos uma Relação Trabalhista inerte e conformismo diante da alternativa se submeter a tal forma de Trabalho ou ver seus entregue a fome , Como aponta matéria feita no (Portal G1 ) fala-se em renda menor , contas atrasadas, conformismo , “ relata-se que 7,5 de Brasileiro com carteiras assinadas já tiveram redução de salário ou suspensão do contrato”.

A medida Provisória 936 nela o governo autorizou a redução de salário 25% ou 50%ou 70% no prazo de 90 dias. Também tendo desse logo a suspensão do contrato por dois meses, a melhor solução não seria um incentivo por parte do governo Federal aos pequenos empresários e políticas públicas em prol da Economia local .Sabe-se o papel do Direito Trabalhista na sociedade , Nascendo desse logo para regular as relações entre empregados e empregadores , protegendo a parte mais fraca do polo da relação , em um histórico temos como ponto de partida a liberdade de ir e vir , de trabalhar por essa força física ter em troca um valor pecuniário , quanto é nobre um ser humano poder dar aos seus tudo que compete a partilhar , O trabalho humaniza a sociedade que quer mão de obra e crescimento econômica , uma é a consequência do outro, por que não gerir de forma abrangente este Direito inerente à Pessoa Humana , em tempos em que os valores são uma qualidade , temos que olhar e ver o quanto são vulneráveis o empregado está nesta sociedade capitalista , que prisma falar que é nosso sistema , mas todavia temos que equilibrar e saber como este sistema está adepto ao enfraquecimento da Legislação Trabalhista , vale lembrar que o neoliberalismo também tem sua parte nesta caminhada .

Temos dois lados da moeda um o setor empresarial que busca se manter diante de uma carga Tributária enorme e do outro o Trabalhador que muitas vezes leigo está em conformismo a tanta Flexibilização por depender de sua pecúnia e ver o mercado desandar.

Como é obscuro ver uma política voltada ao setor privado e desregulação das relações econômicas, Atingimento de Direitos Sociais e Relações laborais, das liberdades individuais sobre o coletivo, vale salientar que quando se pensa na “ coletividade ” deve-se pensar uma política de enfrentamento e resguardo sobre Direitos, Torna-se preocupantes momento que se encontra o Brasil.

A organização Internacional do Trabalho diz sobre o futuro do Trabalho, Assoado a tecnologia ,Mudanças climáticas e até modo de produção e no emprego , diz seu diretor Geral sobre elaboração e resposta através da justiça Social , que seria isso , sim temos diálogos sobre com a sociedade, governantes cooperando para uma variedade de entendimento e interdisciplinando os conceitos e aceitando realidades distantes tomando como um objetivo fundamental , adequar essas futuras gerações para o que vem .

Em 2016 foi realizado o primeiro fórum nacional sobre esse assunto, outras alternativas advém fim da pobreza, iniciativa sobre mulheres no trabalho, iniciativa verde, iniciativa sobre empresas, iniciativa sobre normas e iniciativas de governanças .Portanto veio uma conscientização de forma tão triste que é a perda através de uma pandemia , de um momento que ficará com vazio parti de tantas vítimas e que sentimos como fossem nossos parentes, sim uma pandemia pode abalar a Economia e podemos ter outros tipos de mortes como de fome , como com o desempregos aos coisas vão pairando e como o setor empresarial senti este colapso.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Todo caminho trilhado nos levou a percepção de toda acepção histórica que o Direito do trabalho trás, como tivemos o desenvolvimento das Relações Trabalhistas e a importância dessa para com a sociedade e como a mesma foi enxergando isso, continuamos com a força braçal em alguns segmentos ou nestas épocas Intelectual, Dinamizando toda formas de trabalho. A constituição de 1988 trouxe a relevância e Importância dos Direitos Laborais elencado como Direitos Sociais preconizando em seu art.7, Em complemento Temos também a Consolidação das Leis do Trabalho ditando o funcionamento da Legislação Trabalhista.

A organização Internacional do Trabalho, As entidades de classes, uma vasta completude na legislação, ora estamos vivendo as consequências da Reforma Trabalhista, a flexibilização que foi imposta " garantia de emprego " diz-se isto a essa modificação e Medidas Provisórias imediatistas e direitos quanto Sociais como laborais num enxague.

Toda essa pandemia preordenada e denominada pela OMS, vem lançar uma estagnação que antes não era vista tão de perto e agora está retendo a economia e fazendo o desemprego subir, Estima-se a crise responde já 20 % das ações Trabalhistas, Baixas em carteira em massa e o conformismo da população sem encontrar muitas saídas para enfrentamento desta nova fase na vida.

Desde que existimos, temos as relações Trabalhistas em épocas passadas sem o devido conhecimento e após a abolição da escravidão e a revolução Industrial, tivemos ao passar do tempo o surgimento de novo conceito de força humana e pecúnia em troca, a mais avançar o assalariado.

Como diz MARX "Trabalhar é agir sobre a natureza, agir sobre a realidade, transformando-a em função dos objetivos, das necessidades humanas".

Podemos elocumentar que temos uma pandemia em sociedade gerando crise nas Relações Trabalhistas e colocando em aspecto o quão é importante os

Diretos Sociais e Laborais. Por que não uma sensível pesquisa de como essas Novas Medidas Provisórias estão sendo colocadas em prática, como está o trabalhador, como os governantes veem isso, como se comportam os empresários, como o governo incentiva essa classe em redução de impostos ou parcerias.

Por fim, Temos indagações que são respostas da Problematização de toda essa Crise Econômica que nos deixa indignados, com repulsa e sentindo a dor do próximo em épocas nunca imaginada.

## REFERÊNCIAS

DELGADO, Mauricio Godinho. **A Reforma Trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017 / Mauricio Delgado Godinho, Gabriela Neves Delgado. São Paulo, Editora LTr, Outubro 2017.

BRASIL. **Reforma Trabalhista. Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017. A nova Consolidação das Leis do Trabalho.** Cartilha Fecomercio. 2017. Disponível em: <[http://doc.fecomercio.com.br/doc/anexos/mixlegal/cartilha\\_reformatralhista\\_cnc\\_a14a8ta9ap.pdf](http://doc.fecomercio.com.br/doc/anexos/mixlegal/cartilha_reformatralhista_cnc_a14a8ta9ap.pdf)> Acesso em 29/11/2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do direito do Trabalho. Origem do Direito do Trabalho no Brasil,** / Mauricio Delgado Godinho. São Paulo, Editora LTr, Outubro 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/35642695/Curso\\_de\\_Direito\\_do\\_Trabalho-Mauricio\\_Godinho\\_Delgado-2017.pdf](https://www.academia.edu/35642695/Curso_de_Direito_do_Trabalho-Mauricio_Godinho_Delgado-2017.pdf)> Acesso em 24/08/2020.

ECONOMIA DO R7. Empréstimo pessoal é o principal responsável pela inadimplência Crediária (68%) e o cartão de crédito (67%) são outros exemplos de modalidades causadoras de endividamento. **ECONOMIA do R7.** 04/11/2019 - 10h46 2019. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/economia/emprestimo-pessoal-e-o-principal-responsavel-pela-inadimplencia-04112019>> Acesso em 29/11/2019.

**PORTAL IEMPRESAS** < <https://www.iempresas.com.br/quanto-custa-abrir-uma-empresa-no-brasil/> > Acesso em 24/08/2020.

PORTAL **G1** > <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/16/renda-menor-contas-atrasadas-e-conformismo-os-impactos-da-reducao-de-jornada-ou-suspensao-de-contrato.ghtml> > Acesso em 24/08/2020.

PORTAL **ESTADAO** > <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-efeitos-economicos-da-covid-19-em-todo-o-mundo/> > Acesso em 24/08/2020.

## SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUAS ESPÉCIES EM COTEJO À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**BEATRIZ DA COSTA E SILVA VIANA:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Advogada. Especialista em Direito Administrativo. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela ESA/PI

**RESUMO:** O presente artigo tem por intuito realizar uma análise crítica das sentenças intermediárias e de suas espécies e subespécies. Tal análise terá por base a conceituação de tais modalidades de sentenças em cotejo com exemplos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), para chegar-se à conclusão de que tais decisões não configuram em uma afronta à figura do Poder Judiciário como “legislador negativo”, sendo plenamente lícitas e consentâneas com a atual conjuntura do constitucionalismo pátrio.

**PALAVRAS-CHAVE:** sentenças intermediárias; Supremo Tribunal Federal; legislador negativo.

**ABSTRACT:** This article aims to perform a critical analysis of the intermediate sentences and their species and subspecies. The analysis will be based on the conceptualization of such situations of sentences in collation with examples of jurisprudence from the Supreme Federal Court (STF), to reach a conclusion of such considerations not configured in a list of figures of the Judiciary as “negative legislator”, being fully lawful and consistente with the current conjuncture of national constitutionalism.

**KEYWORDS:** intermediate sentences; Supreme Federal Court; negative legislator.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. SENTENÇAS NORMATIVAS; 2.1 SENTENÇAS DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO; 2.2 SENTENÇAS ADITIVAS E SENTENÇAS ADITIVAS DE PRINCÍPIOS; 2.3 SENTENÇAS SUBSTITUTIVAS; 3. SENTENÇAS TRANSITIVAS OU TRANSACIONAIS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1. INTRODUÇÃO

As sentenças intermediárias são o conjunto de decisões que, devido a fatores políticos, econômicos, sociais ou jurídicos relativizam o binômio declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade de leis ou atos normativos. Assim, o Poder

Judiciário passa a utilizar de uma tipologia de decisões que vão além de uma mera declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

A sentença intermediária visa suplantar a ideia de que, no exercício do controle de constitucionalidade, a Corte está limitada a um exercício de exclusão, qual seja, reputando a lei inconstitucional, ela é extirpada do ordenamento jurídico. Por outro lado, julgando-a constitucional ela é acolhida em todos os seus espectros e interpretações, sem margem para exceções e condicionantes.

A ideia teve por berço o sistema constitucional italiano e hodiernamente permeia o ordenamento jurídico brasileiro, já fazendo parte das decisões da Suprema Corte.

Como grande parte dos institutos jurídicos, a doutrina não é uníssona na classificação das sentenças intermediárias. No presente trabalho adotar-se-á a classificação de José Adércio Leite Sampaio, seguida pelo Professor Bernardo Gonçalves que as divide em sentenças normativas e sentenças transitivas.

As sentenças normativas, como o próprio nome sugere, levam à criação de uma norma geral (abstrata) e vinculante e se subdividem em: sentenças interpretativas ou de interpretação conforme à Constituição; sentenças aditivas; sentenças aditivas de princípios e sentenças substitutivas. A “manipulação” em tal modalidade ocorre no que tange ao aspecto material, vez que ocorre uma flexibilização no conteúdo da sentença, que não se limita ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade.

Por outro lado, as sentenças transitivas (ou transacionais) implicam, devido a uma série de fatores políticos, econômicos ou jurídicos a possibilidade de uma relativa transação com a supremacia constitucional, ocorrendo uma manipulação no aspecto temporal para modificar o limite temporal da declaração de inconstitucionalidade. Se subdividem em: sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida; sentenças de apelo ou apelativas e sentenças de aviso.

## **2. SENTENÇAS NORMATIVAS**

### **2.1 SENTENÇAS DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a interpretação conforme a Constituição não é apenas um princípio de interpretação constitucional, mas também uma técnica de controle de constitucionalidade. Para sua ocorrência é indispensável a presença de normas polissêmicas ou plurissignificativas, ou seja, que comportem



mais de uma interpretação. Assim sendo, ao analisar as interpretações possíveis, o STF elegerá uma que se afigure compatível com a ordem constitucional.

A finalidade precípua é salvar a norma, mantendo-a no ordenamento, podendo ser definida como a possibilidade de o Tribunal declarar a constitucionalidade de uma interpretação da norma que seja compatível com a Constituição.

Vale ressaltar que a interpretação conforme a Constituição encontra limites: o tribunal não pode atuar como legislador positivo, sendo correto atuar apenas como legislador negativo, em consonância com a doutrina majoritária que segue o pensamento kelseniano. Nesse sentido, o tribunal não pode contrariar texto expresso da Constituição e da legislação infraconstitucional, não podendo o julgador substituir a vontade do legislador, sob pena de ferir o princípio da separação de poderes, cláusula pétrea do ordenamento constitucional.

Embora não citado por parte da doutrina, a modalidade de sentenças interpretativas denominada de “sentenças interpretativas de rechaço”, ao nosso sentir, é sinônimo da interpretação conforme, tendo em vista que nessa modalidade, diante de duas possíveis interpretações, a Corte adota aquela que se conforma à Constituição e repudia qualquer outra que contrarie o texto constitucional. Como bem ressalta o Ministro Gilmar Mendes o enunciado “permanece válido, mas só poderá ser interpretado de maneira conforme à Constituição, o que significa dizer que, implicitamente, e sob pena de vir a considerá-la nula, a Corte proíbe que se dê ao citado dispositivo interpretação contrária à Constituição”.<sup>17</sup>

Merece destaque também no presente trabalho a “declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto”, que apesar de não ser uma sentença intermediária, guarda íntima relação com a interpretação conforme, tendo em vista que ambas possuem também um viés hermenêutico. Ademais, ambas são expressamente citadas no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/9918, possuindo os mesmos efeitos (*erga omnes* e vinculantes) das ações do processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Contudo, não se pode olvidar as diferenças entre tais institutos, tendo em vista que na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se constata a existência de uma regra legal inconstitucional, mas em razão da redação adotada

---

17 Mendes, Gilmar Ferreira Mendes, I.M.Coelho, P. G. Gonet Branco, **Curso de direito constitucional**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010,p.185.

18 *Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*

pelo legislador não tem como ser excluída sem acarretar resultado indesejado. Portanto, apenas a aplicação da lei (em relação à determinadas pessoas ou a certos períodos) é tida por inconstitucional, ou seja, extirpa-se uma interpretação do ordenamento jurídico.

Exemplo citado pela doutrina é a aplicação de lei tributária que estabelece um novo tributo e determina a aplicação no mesmo exercício financeiro em que foi criado. Ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade contra essa lei o STF pode julgar a inconstitucionalidade de uma hipótese de aplicação dessa lei: a cobrança no mesmo exercício financeiro (vez que fere o princípio da anterioridade tributária), mas não declara a inconstitucionalidade do tributo em si, que poderá ser perfeitamente cobrado no exercício seguinte.

Outra diferença relevante entre os institutos é que na interpretação conforme não há necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário pelos órgãos colegiados em sede de controle difuso, podendo a própria turma julgadora salvar a norma declarando sua constitucionalidade. Por outro lado, na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto o órgão colegiado deve submeter ao pleno ou ao órgão especial (art. 97 da CRFB) a decisão de inconstitucionalidade.

Os dois institutos estudados nesse tópico não geram tantas discussões no que tange a sua legitimidade no ordenamento, tendo em vista que já foram inclusive positivados na Lei nº 9.868/99, conforme ressaltado. O STF tem inúmeros julgados em que se vale de tais técnicas, podendo se acrescentar ainda que, ao lado da inconstitucionalidade total e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ainda pode ocorrer a inconstitucionalidade parcial com redução de texto, em que se aplica o “princípio da parcelaridade”, podendo ser declarada a inconstitucionalidade de partes da lei ou ato normativo.

## **2.2 SENTENÇAS ADITIVAS E SENTENÇAS ADITIVAS DE PRINCÍPIOS**

Na sentença aditiva o tribunal entende que a norma é inconstitucional por insuficiência, ampliando o seu conteúdo e tornando-a suficiente, portanto, constitucional. Pela sentença aditiva (ou manipulativa de efeito aditivo) “... a Corte Constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência”<sup>19</sup>.

Em que pese, a princípio, o Brasil não ter uma tradição de sentenças aditivas, tendo em vista o Pretório Excelso, por exemplo, “não legitimar o Poder Judiciário a aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia”

---

<sup>19</sup> Mendes, Gilmar Ferreira Mendes, I.M.Coelho, P. G. Gonet Branco, **Curso de direito constitucional**, 5. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2010,pág.186.

(Súmula Vinculante nº 37), recentemente vem crescendo o número de exemplos de sentenças aditivas citados pela doutrina. Tal fator se deve ao recente protagonismo do Poder Judiciário, que cada vez mais vem ganhando espaço com o ativismo judicial, sempre no afã de aplicar os mandamentos constitucionais na maior medida do possível, acabando por prolatar sentenças que se assemelham a uma atuação de “legislador positivo”.

Um bom exemplo de sentença aditiva, para facilitar a compreensão e demonstrar o quão importante é tal atuação para a proteção dos direitos fundamentais é a ADPF 5420, em que o STF, em 12.04.2012, ao dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 128 do Código Penal, acrescentou mais uma excludente de ilicitude ao crime de aborto, considerando como conduta atípica a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico. Em tal julgado a Corte prestigiou a dignidade da pessoa humana, a saúde, a liberdade e autonomia da vontade da mulher, prolatando emblemática decisão assecuratória dos direitos fundamentais.

As sentenças aditivas de princípios também chamadas de sentenças aditivas de mecanismos ou aditivas de delegação são sentenças que, em virtude de omissões legislativas, estabelecem uma diretriz ou princípios a serem adotados pelo legislador no momento de supressão da mora e, em regra, dentro de um prazo determinado. O Professor Bernardo Gonçalves<sup>21</sup> tece as seguintes considerações a respeito de tal modalidade:

... em virtude da inércia legislativa, o juiz constitucional prolata a omissão (reconhecendo-a) e determina uma diretriz a ser seguida pelo legislador na elaboração da nova e necessária normatividade. Portanto, são sentenças que visam a corrigir omissões legislativas, traçando *a priori* o esquema (a diretriz da norma ou princípio básico) que deve ser respeitado pelo legislador no momento de supressão da mora (FERNANDES, 2017).

Em que pese críticas doutrinárias, ambas as modalidades não se configuram ilegítimas, tendo em vista que o intuito do julgador é concretizar os valores constitucionais, sempre se atendo aos limites do ordenamento jurídico e respeitando o princípio da juridicidade. Ademais, se o Poder Legislativo (em sua função típica de legislar) não fica vinculado às decisões do STF prolatadas nos processos de índole objetiva (art. 28 da Lei nº 9.868/99), podendo editar atos normativos em sentido

<sup>20</sup> [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012\\_adpf\\_54-df\\_brasil.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_adpf_54-df_brasil.pdf). Acesso em 12.04.2020.

<sup>21</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 9 ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodium, 2017, pág. 1583.

diametralmente oposto ao decidido pela Corte, com mais razão não se acha vinculado a tais decisões, cujo intuito é contornar o procedimento burocrático da legislação brasileira, que por vezes prejudica direitos com legislações obsoletas e com ausência de vontade política para reversão de normas.

### 2.3 SENTENÇAS SUBSTITUTIVAS

Nesta modalidade, o Judiciário declara a inconstitucionalidade da norma e a substitui por outra norma que ele entende constitucional, ou seja, o juiz constitucional anula uma disposição e, em seguida, acrescenta um sentido normativo, substituindo-a por outra. Em que pese não ser posicionamento unânime, o professor Bernardo Gonçalves se filia à corrente de que o Brasil não tem a tradição de sentenças substitutivas, pois nelas o Judiciário passa a analisar razões que fogem ao espaço da juridicidade, fazendo escolhas do legislativo. Em que pese, de fato, não ter a tradição de tais sentenças, pois nessas o Judiciário assumiria posição de legislador positivo, ao nosso sentir e concordando com o Professor Pedro Lenza,<sup>22</sup> pode ser citado um exemplo de julgado do STF que em muito se assemelha à uma “substituição” da norma.

Em 2018 o STF julgou o mérito da ADI 2332/DF<sup>23</sup> e resolveu alterar a decisão liminar que havia tomado em 2001, que impugnava dispositivos do Decreto Lei nº 3.365/41, que trata da desapropriação por utilidade ou necessidade pública. Ao julgar em definitivo a ADI 2332/DF, o Pretório Excelso decidiu que é constitucional o percentual fixo de juros compensatórios de 6% ao ano (art. 15-A do DL 3.365/41) para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse de seu bem, superando as súmulas 618 do Supremo Tribunal Federal e 408 do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, em interpretação literal do art. 15-A, os 6% de juros compensatórios deveriam incidir sobre a diferença entre o valor fixado na sentença e o preço ofertado em juízo. No entanto, na imissão provisória o proprietário não pode levantar a totalidade do preço ofertado em juízo, mas apenas 80% deste. Portanto, para que não se reste vulnerado o princípio constitucional do prévio e justo preço o STF decidiu interpretar conforme a Constituição o *caput* do art. 15-A do DL 3.365/41 de modo a entender que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. Tal decisão configurou verdadeira “substituição”, contudo, não vulnerou o princípio da juridicidade, vez que respeitou o direito de propriedade e o justo preço devido ao expropriado.

---

22 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 186.

23 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo902.htm>, acesso em 12.04.2020

### 3. SENTENÇAS TRANSITIVAS OU TRANSACIONAIS

As sentenças transitivas (ou transacionais) surgiram no intuito de se evitar a retirada da lei ou ato normativo do ordenamento declarado inconstitucional, ou pelo menos retardar a imposição. Assim, surgiu como uma técnica de decisão no controle de constitucionalidade preocupada com os efeitos do pronunciamento da inconstitucionalidade para o contexto social. Portanto, devido a fatores econômicos, políticos, sociais e jurídicos as sentenças negociam, transacionam com a supremacia da Constituição. Elas são divididas em sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo e sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida.

As sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo são prolatadas nos casos em que a decretação de nulidade pode agravar a inconstitucionalidade, portanto, a decisão não retira a norma do ordenamento jurídico, vez que a sua ausência geraria mais danos do que a presença da lei inconstitucional.

São sinônimas das sentenças de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, no qual se afasta a regra (decisão com efeito *ex tunc*), tendo em vista que esta decisão poderia agravar o estado de inconstitucionalidade no ordenamento. Sua justificativa é de ordem político-programática, vez que a decisão visaria impor um ônus orçamentário menor ao Estado e à sociedade.

O professor Bernardo Gonçalves inclui em tal modalidade as sentenças em ações direta de inconstitucionalidade por omissão, ao defender que “as decisões que apenas reconhecem a mora do Poder Público e a declaram também devem ser enquadradas nessa espécie, afinal, nesses casos típicos de ADI por omissão, há uma inconstitucionalidade reconhecida, embora sem nenhum efeito ablativo”<sup>24</sup>.

Outra modalidade de sentenças transacionais são as sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida, consideradas como decisões que declaram a inconstitucionalidade com modulação ou manipulação dos efeitos. A presença e legitimidade de tais decisões é irrefutável, sendo inclusive positivado no art. 2725 da Lei nº. 9.868/99 a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, tendo em vista de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, utilizadas para afastar o dogma da nulidade (eficácia retroativa *ex tunc*).

---

<sup>24</sup>FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 9 ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodium, 2017, pag. 1587.

<sup>25</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A modulação dos efeitos e a consequência das sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida encontram respaldo no princípio da proteção da confiança, vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica, podendo, inclusive o STF realizar de ofício a modulação dos efeitos, como feito na ADI 5617 ED/DF26.

Em referido julgado, o ministro relator Edson Fachin reconheceu a modulação dos efeitos ainda que inadmitidos os embargos de declaração que a pleiteava, cite-se:

Com efeito, a embargante afirma que há precedentes desta Corte que assentam (i) o cabimento de ofício da modulação de efeitos da decisão; e (ii) que os efeitos da decisão em controle concentrado passam a correr da data da publicação da ata de julgamento. Nesse sentido, poder-se-iam citar: “O art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem fundamento na própria Carta Magna e em princípios constitucionais, de modo que sua efetiva aplicação, quando presentes os seus requisitos, garante a supremacia da Lei Maior. Presentes as condições necessárias à modulação dos efeitos da decisão que proclama a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, esta Suprema Corte tem o dever constitucional de, independentemente de pedido das partes, aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99. Continua a dominar no Brasil a doutrina do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Caso o Tribunal não faça nenhuma ressalva na decisão, reputa-se aplicado o efeito retroativo. Entretanto, podem as partes trazer o tema em sede de embargos de declaração.” (ADI 3601 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2010, DJe-244 DIVULG 14-12-2010 PUBLIC 15-12-2010 EMENT VOL-02451-01 PP-00001 RTJ VOL00217-01 PP-00230).

Em prosseguimento no estudo das sentenças transacionais, cita-se as sentenças de apelo, também denominadas de “sentenças de declaração de constitucionalidade de lei ainda constitucional”, “declaração de constitucionalidade

---

26 “Assim, exclusivamente em relação à declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei n.º 9.096/95, acrescidos pela Lei n. 13.165/2015, os efeitos temporais da decisão ficam modulados, a fim de assegurar que, sem que haja a redução do percentual de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido para as candidaturas femininas, os recursos financeiros de anos anteriores acumulados nas contas específicas de que cuidam estes dispositivos possam ser adicionalmente transferidos para as contas individuais das candidatas no financiamento de suas campanhas eleitorais no pleito geral de 2018”. <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339662248&ext=.pdf>. Acesso em 20.04.2020.

provisória” ou “inconstitucionalidade progressiva”, em que o Poder Judiciário declara a constitucionalidade de uma lei, mas afirma que ela está em vias de se tornar inconstitucional (ou seja, caminha para a inconstitucionalidade).

Como bem ressalta a doutrina majoritária, é um verdadeiro “apelo ao legislador” para modificar a situação jurídica, pois se nada fizer a lei de constitucional vai se transformar em inconstitucional. Um exemplo clássico é o prazo em dobro para a Defensoria Pública no Processo Penal<sup>27</sup>, que somente é válido enquanto a defensoria não for devidamente estruturada em todos os estados da federação. Tal decisão, configura um verdadeiro apelo ao legislador e aos poderes públicos para a institucionalização e universalização de tal órgão em todo o território nacional, indispensável para a garantia do acesso à justiça.

Por fim, como última modalidade, ressalta-se as sentenças de aviso, que são aquelas em que o Poder Judiciário sinaliza e explicita mudança na jurisprudência do Tribunal, mas que não atingem o caso *subjudice* (é uma mudança de entendimento para o futuro), é o chamado “*prospective overruling*”. O fundamento de tais decisões também é a segurança jurídica.

O professor Bernardo Gonçalves cita como exemplo de tal decisão o RE nº 630.733, julgado em 15 de maio de 2013, que envolvia a possibilidade de segunda chamada para os testes de aptidão física em concurso público. Assim, em que pese a alteração do entendimento jurisprudencial, o Pretório Excelso deixou expresso que referida alteração não teria validade no caso em exame.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto verifica-se que as sentenças intermediárias, gênero que abarca as sentenças normativas e as sentenças transacionais, brevemente explicadas no trabalho em apreço, já são uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O escopo de tais modalidades de julgamentos é concretizar direitos fundamentais e garantir celeridade na positivação dos direitos, sempre no intuito de garantir a força normativa da Constituição e o princípio da máxima efetividade. Assim, desde que justificadas em valores econômicos, sociais e jurídicos, e respeitando o limite da legalidade e da juridicidade, não há incoerência e ilegitimidade no seu uso pela Excelsa Corte, sendo consentânea com o ordenamento constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

27 STF, HC nº 70.514/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 23.3.1994, DJ 27.6.1997, pág. 30.225.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 9 ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodium, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, I.M.Coelho, P. G. Gonet Branco. **Curso de direito Constitucional**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010

SAMPAIO. José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO. José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.



## **SUCESÃO TRABALHISTA NAS SERVENTIAS NOTARIAIS E REGISTRAS: O LIMBO JURÍDICO ATINENTE AOS EMPREGADOS NÃO RECEPCIONADOS**

**WILLIAN SANTANA DE BARROS:**

Aluno do programa de Mestrado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 40º subdistrito da Comarca da Capital-SP (Brasilândia).<sup>28</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar o limbo jurídico em que situados os empregados de serventias notariais e registras vagas que não são admitidos/recepcionados pelos novos delegatários aprovados em concurso público. Não raro, tais empregados se veem em situação de desamparo, visto que nem o delegatário recém-ingresso na atividade, nem o interino designado para responder pela unidade de serviço durante a vacância, tampouco o Estado se entendem responsáveis pelas verbas trabalhistas e obrigações acessórias decorrentes da extinção do contrato de trabalho. Neste passo, faz-se uma breve análise da literatura e da jurisprudência acerca do tema em busca de uma solução que possa levar à pacificação social e à justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sucessão trabalhista. Serventias extrajudiciais. Empregados não recepcionados.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the legal limbo in which are located employees of vacant notary and registry offices who are not admitted/received by the new delegates approved by public contest. Not infrequently, such employees find themselves in a situation of helplessness, since neither the newly appointed delegate, nor the interim assigned to answer for the service unit during vacancy, nor does the State consider themselves responsible for labor costs and accessory obligations arising from the termination of the employment contract. In this step, a brief analysis of the literature and jurisprudence on the subject is made in search of a solution that can lead to social pacification and justice.

**KEYWORDS:** Labor succession. Extrajudicial services. Employees not received.

---

<sup>28</sup> Aluno do programa de Mestrado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 40º subdistrito da Comarca da Capital-SP (Brasilândia).

**SUMÁRIO.** INTRODUÇÃO. 1. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL. 2. RELAÇÕES TRABALHISTAS NAS SERVENTIAS NOTARIAIS E REGISTRAS. 3. SUCESSÃO TRABALHISTA - ASPECTOS GERAIS. 4. A SITUAÇÃO DOS EMPREGADOS NÃO RECEPCIONADOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## **INTRODUÇÃO**

Os serviços notariais e registrais são essenciais para a garantia da segurança jurídica, autenticidade, publicidade e eficácia dos atos e negócios jurídicos<sup>29</sup>.

Fatos, atos e negócios jurídicos relevantíssimos para a dinâmica da vida social e econômica de pessoas naturais e jurídicas perpassam, diuturnamente, pelas serventias notariais e registrais, e.g. nascimento, casamento e óbito, constituição e extinção de pessoas jurídicas, lavratura de escrituras, protesto de títulos e documentos de dívida e registro da propriedade de bens imóveis e de outros direitos reais.

Destaque-se, ainda, o papel desempenhado por tais serviços no acesso à justiça, na esteira do amplo e consistente movimento de desjudicialização em curso no Brasil nos últimos vinte anos, com a possibilidade, no âmbito extrajudicial, de se realizarem retificações de atos de registro civil das pessoas naturais<sup>30</sup> e registro de imóveis<sup>31</sup>; lavratura de escrituras de separação, divórcio e inventário<sup>32</sup>; reconhecimento de paternidade/maternidade socioafetiva<sup>33</sup> e alteração do prenome e do gênero de pessoas transgênero nos assentos de nascimento e casamento<sup>34</sup>, entre outros.

---

29 Neste sentido, dispõe o art. 1º da Lei n. 8.935/1994 (lei dos cartórios): "Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

30 A Lei n. 13.484/2017 ampliou a possibilidade de retificação de registros e averbações no âmbito dos Ofícios de Registro Civil das Pessoas Naturais nas hipóteses em que os erros constantes dos assentos não exijam qualquer indagação para sua constatação, de modo que possam ser comprovados documentalmente.

31 No contexto dos Ofícios de Registro de Imóveis, a Lei n. 10.931/2004 representou uma grande ruptura, ao viabilizar a retificação de registros e averbações diretamente perante as serventias extrajudiciais nas hipóteses elencadas no art. 213 da Lei n. 6.015/1973.

32 Tema versado pela Lei n. 11.441/2007 e regulamentado pela Resolução n. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça.

33 Objeto dos Provimentos n. 63/2017 e 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça.

34 Matéria objeto do Provimento n. 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça, após consolidação de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a retificação de prenome e sexo de pessoa transgênero não depende de laudos psicológicos, tratamentos hormonais ou cirurgias de redesignação sexual, podendo ser realizada, inclusive, diretamente na via extrajudicial.

Conforme bem assinalado por Vítor Frederico Kümpel, na busca de uma solução para a morosidade na tramitação dos processos judiciais:

Os operadores do direito começaram perceber que questões jurídicas, ainda que complexas, poderiam ser retiradas da apreciação do Poder Judiciário, observadas duas condições: a) desde que não houvesse lide; b) desde que não houvesse interesses público ou meta-individual envolvido<sup>35</sup>.

Contribuem para este movimento de desjudicialização, o prestígio e a confiança de que as instituições notariais e registrais gozam perante a população, como demonstram pesquisas de opinião que, reiteradamente, posicionam os cartórios, como são conhecidas as serventias notariais e registrais, entre as instituições mais confiáveis para a população<sup>36</sup>.

Nos termos do art. 236 da Constituição Federal de 1988, o serviço notarial e registral, embora prestado de forma privada, é exercido por delegação do Poder Público após prévia aprovação dos candidatos em concurso público de provas e títulos, uma vez que de serviço público se trata.

Todavia, em ocorrendo a extinção da delegação a Notário ou Oficial de Registro por alguma das causas elencadas no art. 39 da Lei n. 8.935/1994<sup>37</sup>, o serviço não pode deixar de ser prestado, por força do princípio da continuidade do serviço público, respondendo pela unidade, até a chegada de um novo titular aprovado em concurso público, o substituto mais antigo por ocasião da vacância.

---

35 KÜMPEL, Vítor Frederico. Evolução legislativa e incorporação dos institutos no Código de Processo Civil de 2015. *in*: DEL GÚERCIO NETO, Arthur; DEL GÚERCIO, Lucas Barelli (coordenadores). **Homenagem aos 10 anos da lei federal nº 11.441/07 em 10 artigos. 1ª edição.** São Paulo: YK Editora, 2017. p. 198.

36 Neste sentido, pesquisa Datafolha realizada em 2015. Disponível em: < <https://blog.registrocivil.org.br/2017/07/13/datafolha-aponta-cartorios-como-a-instituicao-mais-confiavel-do-brasil/>> Acesso em: 23.11.2020.

37 Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

I - morte;

II - aposentadoria facultativa;

III - invalidez;

IV - renúncia;

V - perda, nos termos do art. 35.

VI - descumprimento, comprovado, da gratuidade estabelecida na Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. (Incluído pela Lei nº 9.812, de 1999)

Após a realização de concurso público e escolha da serventia vaga por candidato aprovado, conforme a ordem de sua classificação<sup>38</sup>, o novo delegatário, dotado de autonomia de gerenciamento administrativo da unidade de serviço, contrata, para a prestação eficiente do serviço delegado, prepostos de sua confiança sob o regime da legislação do trabalho (artigos 20 e 21 da Lei n. 8.935/1994).

É certo que, nesta etapa de transição, nem todos os empregados que estavam em exercício na serventia serão contratados pelo novo titular, por razões diversas como ausência de confiança, incompatibilidade do perfil profissional dos empregados com o modelo de gestão que será implantado no cartório, entre outros.

Tais empregados, não admitidos ou recepcionados pelo novo titular da unidade, veem-se em situação de desamparo, pois ninguém se dispõe, espontaneamente, a dar baixa em sua carteira de trabalho, tampouco a pagar verbas rescisórias ou a entregar as guias para o saque dos depósitos do FGTS e o acesso ao seguro-desemprego.

Trata-se de um quadro que configura verdadeiro limbo jurídico, com prejuízo para os diversos atores desta relação: o novo delegatário, que se vê às voltas com demandas judiciais em que é chamado a responder por contratos de trabalho que nunca integrou; o responsável designado, que, submetido ao teto remuneratório do serviço público<sup>39</sup>, não tem qualquer limitação de responsabilidade; o Estado, que, tornando a função de responsável interino atividade de alto risco, do ponto de vista financeiro, acaba afastando os bons profissionais desta relevantíssima função e, por fim, os empregados, maiores prejudicados, dada a dificuldade que enfrentam para a satisfação de seus direitos trabalhistas.

Este cenário, que se repete com considerável frequência, em razão das sucessivas outorgas de delegações da atividade notarial e registral aos candidatos aprovados em concursos públicos, gera inevitável judicialização, dado o impasse existente, com desgaste e custo para as diversas partes envolvidas, sem que as soluções alcançadas sejam necessariamente as mais justas.

---

38 Art. 19 da Lei n. 8.935/1994 (lei dos cartórios): Os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação no concurso.

39 De acordo com entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal (STF), os responsáveis designados para responder interinamente pelas serventias notariais e registras se submetem ao teto remuneratório do serviço público, correspondente ao subsídio, em espécie, dos Ministros do mesmo STF (art. 37, X da Constituição Federal de 1988 – CF/88). Neste sentido: MS 29.039/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 06.11.2018, 2ª Turma, DJE de 13.11.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340472159&ext=.pdf>> Acesso em: 12.11.2020.

Diante da relevância social da questão, pretende-se, neste artigo, fazer um breve estudo da literatura jurídica e da jurisprudência acerca do tema, propondo-se, na medida do possível, soluções que possam atender ao escopo de pacificação social e justiça, no sentido Aristotélico de dar a cada um o que é seu<sup>40</sup>.

## 1. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

A atividade notarial e registral corresponde a um serviço público que, todavia, não pode ser prestado de forma direta pelo Estado, mas apenas mediante delegação a particulares previamente aprovados em concurso público de provas e títulos, nos termos do art. 236 da Constituição Federal e do art. 14 da Lei n. 8.935/1994<sup>41</sup>.

Assim o é por opção do constituinte originário, o qual vislumbrou na delegação, instrumento do direito administrativo, meio adequado para o Estado descentralizar a prestação deste relevantíssimo serviço, de modo a “melhor cumprir a sua finalidade de consecução do interesse público<sup>42</sup>”.

A prestação indireta do serviço notarial e registral, por meio de delegação a uma pessoa natural que preencha os requisitos legais, transfere a esta apenas o exercício da atividade, cuja titularidade, porém, permanece sendo do Estado, dada sua natureza ontológica de serviço público.

Esta estrutura jurídica híbrida confere, à atividade, o dinamismo próprio à atuação dos agentes privados, livres de amarras como os procedimentos licitatórios e os concursos públicos para a contratação de bens, serviços e empregados, sem

---

40 Como preleciona Alysson Leandro Mascaro, “Aristóteles dirá que, tradicionalmente, por justiça, em sua apreensão específica e estrita, considera-se a ação de dar a cada um o que é seu, sendo essa a regra de ouro sobre o justo. A justiça, assim, compreende uma ação de distribuição, que demanda uma qualidade de estabelecer o que é de cada qual” in MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 66.

41 Art. 236 da Constituição Federal de 1988. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Art. 14 da Lei n. 8.935/1994. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos:

I - habilitação em concurso público de provas e títulos;

II - nacionalidade brasileira;

III - capacidade civil;

IV - quitação com as obrigações eleitorais e militares;

V - diploma de bacharel em direito;

VI - verificação de conduta condigna para o exercício da profissão.

42 LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos – Teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 72.

desnaturar a natureza jurídica de serviço público, prestado por pessoas físicas que preencham os requisitos legais por delegação do Poder Público. Este quadro é bem descrito por Fabrício Andrade Ferreira Girardin Pimentel:

Apesar da íntima ligação dessa função com o ente estatal, em especial o Poder Judiciário, observou o Constituinte a necessidade de que o serviço extrajudicial adquirisse o dinamismo típico da iniciativa privada, tendo em vista que, para regulamentar e formalizar relações privadas, nada melhor do que um serviço notarial e registral privatizado, que tivesse condição de acompanhar as várias facetas e rápidas transformações do mercado. Dessa forma o Constituinte houve por bem criar um sistema híbrido: uma delegação do poder público a pessoas físicas, por meio de concurso público, para exercerem a função de forma privada sob a fiscalização e orientação do Poder Judiciário<sup>43</sup>.

Frise-se que a atividade notarial e registral, tal como disciplinada no art. 236 da Constituição Federal e na Lei n 8.935/1994, não corresponde a cargo público, porquanto os delegatários autorizados à sua prestação não estabelecem vínculo jurídico de natureza profissional com a Administração Pública.

Tais profissionais do Direito, conquanto sejam agentes públicos (gênero), não integram a espécie servidor público, tratando-se, com efeito, de particulares em colaboração com o Estado, nos termos da melhor doutrina administrativista. Por todos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Nesta categoria entram as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração. Podem fazê-lo sob títulos diversos, que compreendem:

1. Delegação do Poder Público, como se dá com os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro (art. 236 da Constituição), os leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos; eles exercem função pública, em seu próprio nome, sem vínculo empregatício, porém sob fiscalização do Poder Público. A remuneração que recebem não

---

<sup>43</sup> PIMENTEL, Fabrício Andrade Ferreira Girardin. **Registro de títulos e documentos. Aspectos históricos e pontos contemporâneos relevantes. Direito notarial e registral.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 60.

é paga pelos cofres públicos, mas pelos terceiros usuários do serviço.<sup>44</sup>

Por outro lado, a prestação privada do serviço notarial e registral também não o converte em atividade empresarial, porquanto a atividade é exercida por profissionais do direito que, diferentemente dos empresários e das sociedades empresárias, não têm liberdade de iniciativa em sua atuação.

Senão vejamos. As serventias notariais e registrais apenas podem ser criadas e extintas por lei, não podem ser objetivo de negócios jurídicos translativos (trespasse), apenas podem prestar os serviços que lhes sejam autorizados por lei e cobrar por eles valores fixados legalmente.

Portanto e qualquer análise jurídica acerca das serventias notariais e registrais deve partir deste pressuposto, a atividade notarial e registral é serviço público, de titularidade do Poder Público, sendo seu exercício temporal e circunstancialmente delegado a pessoas naturais que preencham os requisitos legais, retornando, contudo, para o Estado, uma vez verificada uma das hipóteses de extinção da delegação, nos termos do art. 39 da Lei n. 8.935/1994.

## **2. RELAÇÕES TRABALHISTAS NAS SERVENTIAS NOTARIAIS E REGISTRAIS**

O Tabelião ou Registrador, profissional do direito dotado de fé pública a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro<sup>45</sup>, não é um empresário, como já ressaltado no capítulo anterior, visto que sua atuação não se dá à luz da liberdade de iniciativa, mas, ao contrário, é marcada por rígido controle legal em aspectos como o rol de serviços prestados, local de atuação, valores cobrados pelos serviços, entre outros.

Para o exercício de seu mister, deverá estabelecer uma sede física (normalmente denominada de cartório, serventia ou unidade de serviço), avançará o uso de bens imateriais como licenças de softwares e poderá contratar prepostos para auxiliá-lo, embora tal forma de auxílio não seja imprescindível. Esta reunião de meios materiais e imateriais necessários para o exercício da atividade, por vezes, contribui para a falsa conclusão de que corresponderia, o serviço notarial e registral, a atividade empresarial, visto que, nesta, igualmente, seus agentes (empresários e sociedades empresárias) reúnem meios materiais e imateriais para o exercício da atividade.

Na vigência da Lei n. 8.935/1994, os prepostos contratados pelos delegatários dos serviços notariais e registrais, os quais podem exercer funções de auxiliar ou

---

44 DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo. 23ª ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 518.

45 Art. 3º da Lei n. 8.935/1994.

escrevente, apenas podem ser admitidos sob o regime jurídico da legislação do trabalho, ou seja, terão seus contratos de trabalho disciplinados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e pelas leis e normas trabalhistas especiais.

Destarte, preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, quais sejam, a prestação de serviços por pessoa física de forma pessoal, onerosa, não eventual e subordinada a delegatário de serviço notarial e registral, estabelecer-se-á entre este e o prestador de serviço relação de emprego regida pelas normas trabalhistas.

É importante destacar que a relação jurídica se forma entre o prestador de serviços (empregado) e o delegatário tomador de seus préstimos, na pessoa física deste, visto que as serventias notariais e registrais não têm personalidade jurídica:

[...] já que se trata de mero feixe ou complexo de competências, na visão do direito administrativo, ou do domicílio profissional do notário, no âmbito do direito civil. O detentor da personalidade é o notário ou registrador: é ele quem exerce direitos e assume deveres e tem um querer e um agir próprio e, no exercício de suas atribuições, exprime suas decisões e age em nome próprio e não manifesta a vontade ou a ação do Estado, já que não é um órgão ou funcionário público em sentido estrito<sup>46</sup>.

Neste sentido, é o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores. À guisa de exemplo, transcreve-se ementa de julgado de 2010 do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TABELIONATO. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DO TITULAR DO CARTÓRIO À ÉPOCA DOS FATOS. 1. O tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>47</sup>.

Ressalte-se, ainda, a peculiar situação dos escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial, profissionais contratados anteriormente à edição da Lei n. 8.935/1994 em regimes jurídicos outros que não aquele da legislação do trabalho, normalmente o mesmo regime jurídico aplicável

<sup>46</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* p. 69.

<sup>47</sup> AgRg no REsp: 624.975/SC, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 21.10.2010, 4º Turma, Data de Publicação: DJE 11.11.2010.



aos servidores públicos ou um regime regulamentado por normas administrativas dos Tribunais de Justiça.

Por ocasião do início da vigência da lei dos cartórios (Lei n. 8.935/1994), foi dada, a estes empregados, a opção de continuar no regime jurídico que incidia sobre sua relação com seus empregadores ou tê-lo alterado para a legislação do trabalho.

Quem optou pela legislação do trabalho passou a ser regido pela CLT e pelas leis e normas trabalhistas extravagantes, ao passo que os empregados que optaram por permanecer no regime jurídico estatutário continuaram "regidos pelas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou pelas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo, vedadas novas admissões por qualquer desses regimes, a partir da publicação" da Lei n. 8.935/1994.

Portanto, o quadro delineado nas serventias notariais e registrais no que diz respeito aos empregados contratados pelos delegatários responsáveis pelas unidades de serviço é este: os prepostos admitidos a partir de 21.11.1994 estão sujeitos ao regime jurídico próprio à legislação do trabalho, assim como os escreventes e auxiliares de investidura estatutária que optaram por migrar para este regime no prazo de 30 dias a partir do início de vigência da Lei n. 8.935/1994; por outro lado, de forma residual, há os poucos prepostos que remanescem vinculados a um regime jurídico especial, consistente nas normas aplicáveis aos funcionários públicos ou em normas editadas pelo Tribunal de Justiça respectivo.

Sem prejuízo da relevância jurídica da situação dos empregados de investidura estatutária não recepcionados pelos novos delegatários da atividade notarial e registral, o presente artigo tem por objeto central o quadro dos empregados celetistas igualmente não contratados pelos titulares recém ingressos na delegação de determinada unidade extrajudicial, considerando que se trata da situação mais comum, em vista de este ser o regime jurídico obrigatório para a contratação de novos prepostos desde o início da vigência da Lei n. 8.935/1994.

### **3. SUCESSÃO TRABALHISTA - ASPECTOS GERAIS**

Em sentido genérico, a palavra sucessão transmite a noção de substituição de uma coisa por outra ou entre sujeitos de determinada relação.

Euclides de Oliveira assinala que:

[...] a palavra sucessão significa, dentre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem. Daí a ideia de substituição de pessoa no desempenho de certa atividade, cargo ou função, como de uso na atuação política ou

empresarial, ou da transmissão da propriedade de bens pela troca de titulares, tal seu emprego nos negócios jurídicos, em que ao alienante sucede o adquirente<sup>48</sup>.

Assim, o fenômeno sucessório no âmbito jurídico abrange um amplo espectro que considera, por um lado, a sub-rogação real, ou seja, do objeto de determinada relação jurídica (e.g. a substituição do bem de família convencional por outro, nos termos do art. 1.717 do Código Civil) e, por outro lado, a sub-rogação pessoal, qual seja, a substituição dos sujeitos de uma relação jurídica, e.g. a sucessão *causa mortis*, sucessão empresarial, tributária e trabalhista, entre outras.

No sentido que ora nos interessa, a sucessão corresponde à transmissão dos direitos e obrigações de determinada relação justabalhista por causas tão variadas como o falecimento do empregador ou do empregado, a alienação do estabelecimento empresarial etc.

Segundo o festejado Professor Maurício Godinho Delgado, sucessão trabalhista ou de empregadores consiste: “[...] no instituto justabalhista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência da titularidade da empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos.<sup>49</sup>”

O instituto tem como dispositivos centrais os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), os quais configuram as duas situações-tipo tradicionais ou clássicas da sucessão trabalhista, nas palavras de Adriana Goulart Sena.

A primeira situação-tipo vem regulamentada, ainda que em termos vagos e imprecisos, pelo art. 10 da CLT, o qual preconiza que “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.” Segundo Sena:

São modificações na modalidade societária (sociedade por cotas de responsabilidade limitada para Sociedade Anônima ou o inverso, por exemplo), processos de fusão, incorporação, cisão e outros correlatos ou, ainda, mudança de uma firma individual em direção ao modelo societário ou o inverso<sup>50</sup>.

---

48 OLIVEIRA, Euclides de. A nova ordem da vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Questões controvertidas de direito de família e das sucessões**. São Paulo: Método, 2004, v. 1. p. 50.

49 DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho. 2ª ed.** São Paulo: LTr., 1999, p. 344.

50 SENA, Adriana Goulart. *Op. cit.* p. 18.

Já a segunda situação-tipo tem seu cerne normativo no art. 448 da CLT (“A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”) e diz respeito à substituição do antigo empregador por outra pessoa física ou jurídica.

Ainda na esteira das considerações de Sena:

As situações-tipo tradicionais são predominantes e tendem a se acompanhar da continuidade prestação de labor pelo empregado. Em outras palavras, o contrato permanece íntegro com o novo empregador, mantida a prestação laborativa pelo antigo empregado<sup>51</sup>.

Ambas as situações-tipo tradicionais ou clássicas apontadas consideram dois requisitos para a sucessão referente às obrigações trabalhistas do empregador, quais sejam, a transferência da unidade econômico-jurídica de um empregador para outro e a ausência de solução de continuidade na prestação de serviços pelo empregado. No escólio de Délio Maranhão:

[...] para a caracterização da hipótese sucessória na esfera trabalhista, faz-se mister a observância de dois requisitos indissociáveis: a transferência de uma unidade econômico-jurídica de um para outro titular e que inexistam ruptura na prestação de serviços pelo empregado<sup>52</sup>.

Esta linha de entendimento é bastante consolidada entre os estudiosos do tema e na jurisprudência remansosa das oito Turmas do Tribunal Superior do Trabalho. Por todos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. CARTÓRIO. SUCESSÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO TITULAR SUCESSOR. Em face da plausibilidade da indicada divergência jurisprudencial, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para o amplo julgamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. A manifestação do Tribunal Regional sobre os pontos suscitados no Recurso Ordinário significa prestação jurisdiccional plena, não ensejando, pois, declaração de

51 *Idem*. p. 19.

52 MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 11ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 1983. p. 79.

nulidade. CARTÓRIO. SUCESSÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO TITULAR SUCESSOR. Sendo certo que a relação de emprego nos serviços notariais se dá com o titular da serventia, em caso de sucessão na titularidade do cartório somente se reconhece a sucessão trabalhista na hipótese da continuidade da prestação de serviços em favor do novo titular. Com efeito, não caracteriza sucessão trabalhista quando o empregado do titular anterior não prestou serviços ao novo titular do cartório. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento<sup>53</sup>.

E assim o C. TST tem julgado por considerar, na esteira da melhor doutrina, que a outorga da delegação dos serviços notariais e registrais se dá em caráter originário e autônomo, na medida em que é feita diretamente pelo Poder Público, sem o estabelecimento de qualquer relação jurídica entre o anterior e o subsequente responsável pela serventia, mas sim pela configuração de um novo vínculo jurídico, entre o Estado e o atual delegatário.

Contudo, há alguns anos, tem ganhado corpo uma teoria menor ou extensiva da sucessão trabalhista, em cujos termos apenas a transferência da unidade econômico-jurídica seria suficiente para a caracterização da sucessão. Para esta vertente, a intangibilidade dos créditos trabalhistas decorreria de uma transferência do núcleo da questão sucessória das fórmulas e estruturas societárias para “a não afetação dos contratos empregatícios dos obreiros pelas modificações intra ou interempresariais, ou seja, que não haja alteração das garantias relativas aos contratos laborais”<sup>54</sup>.

Esta linha argumentativa, contudo, é toda estruturada a partir do pressuposto de que o empregador é um empresário ou uma sociedade empresária ou que há o trespasse do estabelecimento ou a alienação de seus ativos em um procedimento de intervenção extrajudicial, sendo que, neste último caso, os contratos de trabalho ativos integrariam o estabelecimento, ainda que não houvesse menção expressa a eles. Neste sentido, dispunha, e.g. Evaristo de Moraes Filho:

Em qualquer negócio jurídico de que seja objeto o estabelecimento, mesmo quando os contratantes não hajam se referido expressamente ao pessoal, determina a lei que este seja compulsoriamente considerado. O que vale dizer: passa a fazer parte, como elemento indispensável, do fundo do

<sup>53</sup> RR-1302-50.2015.5.02.0069, Relator Ministro Joao Batista Brito Pereira, j. 19.05.2020. 8ª Turma, DEJT 25/05/2020.

<sup>54</sup> SENA, Adriana Goulart. *Op. cit.* p. 18.

comércio ou estabelecimento, como algo capaz de vocação econômica, como fator imanente ao funcionamento daquele conjunto de bens, materiais e imateriais<sup>55</sup>.

Inclusive, os exemplos apresentados pela Professora da Universidade Federal de Minas Gerais Adriana Goullart de Sena para esta nova situação-tipo da sucessão trabalhista, em artigo intitulado “a caracterização da nova sucessão trabalhista”, são todos relacionados a instituições financeiras sob intervenção.

Todavia, é cediço que estabelecimento é um conceito jurídico bem delineado no âmbito do direito empresarial, consistindo no conjunto de bens materiais e imateriais que o empresário ou a sociedade empresária organiza para o desempenho de sua atividade fim. Fábio Ulhoa Coelho não deixa dúvidas:

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens que o empresário reúne para a exploração de sua atividade econômica. Compreende os bens indispensáveis ou úteis ao desenvolvimento da empresa, como as mercadorias em estoque, máquinas, veículos, marca e outros sinais distintivos, tecnologia, etc. Trata-se de elemento indissociável à empresa<sup>56</sup>.

A atividade notarial e registral não tem natureza empresarial, correspondendo, por outro lado, a serviço público, ainda que exercido de forma privada mediante delegação a pessoas físicas que preenchem os requisitos legais.

Ressalte-se, ainda, que a relação de emprego se estabelece de forma pessoal e direta entre o delegatário e os prestadores de serviço, porquanto a serventia notarial e registral não tem personalidade jurídica, nos termos de pacífica jurisprudência.

#### **4. A SITUAÇÃO DOS EMPREGADOS NÃO RECEPCIONADOS**

Como visto anteriormente, de acordo com a doutrina clássica acerca do tema da sucessão trabalhista e conforme a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores sobre o assunto, em havendo continuidade na prestação de serviços pelos prepostos das serventias extrajudiciais, a responsabilidade trabalhista do novo delegatário resta devidamente caracterizada, ainda que por obrigações surgidas

---

<sup>55</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993. p. 261.

<sup>56</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial, volume 1: direito da empresa. 14ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

anteriormente ao início de seu exercício na atividade notarial e registral na unidade extrajudicial considerada.

Já em 2006, a Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT da 3ª Região) Maria Lúcia Cardoso de Magalhães, concluía desta forma:

Concluimos que, com a exigência de concurso público feita pelo art. 236 da Constituição Federal, o titular, que ingressa na atividade, assume a delegação e não o patrimônio do antigo empregador e, como nenhum crédito lhe é transferido, não deve ser responsabilizado pelos débitos anteriores, já que recebe a concessão de forma originária, inexistindo qualquer transação contratual entre o titular anterior e o novo ou a transferência de patrimônio.

É irrelevante, portanto, a discussão jurídica de cabimento ou não de sucessão trabalhista, na troca do titular da serventia notarial, quando demonstrada a ausência de prestação de trabalho para o novo titular<sup>57</sup>.

A relevante questão posta em debate se verifica na hipótese de não recepção dos empregados das serventias notariais e registrais, ou seja, em face da ausência de continuidade na prestação de serviços ou, em outras palavras, da verificação de solução de continuidade na ativação laboral, expressão bem ao gosto dos julgados do TST.

Em tal caso, não se afigura correto atribuir a responsabilidade pelas verbas rescisórias e pela formalização do término do contrato de trabalho quer ao último empregador, substituto mais antigo encarregado do serviço, uma vez que este não promoveu a extinção do contrato de trabalho por qualquer ato de vontade, quer ao novo delegatário, que nunca teve qualquer relação jurídica com os empregados não recepcionados ou admitidos.

A rigor, o contrato de trabalho de tais empregados não recepcionados não se extingue por nenhuma das hipóteses tradicionais de término do pacto laboral, como pedido de demissão, dispensa, distrato, falecimento do empregado ou do empregador, extinção do empregador pessoa jurídica etc., e sim de forma anômala ou *sui generis*.

---

<sup>57</sup> MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. A Responsabilidade trabalhista dos Notários e Registradores de Imóveis. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.44, n.74 p.113-132, jul./dez.2006. p. 132.

A dispensa ou despedida corresponde à rescisão contratual, ou seja, extinção do contrato de trabalho por ato de vontade unilateral do empregador, o que não se verifica na hipótese retratada.

Ensina Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

A rescisão unilateral do contrato de trabalho (denúncia) significa a manifestação de vontade de apenas uma das partes, pondo fim ao negócio jurídico em questão.

Trata-se da dispensa sem justa causa ou do pedido de demissão. A expressão “rescisão unilateral” é encontrada no art. 473 do Código Civil de 200258.

Ou seja, ao último empregador, não tendo sido manifestada sua vontade de rescindir o contrato de trabalho em curso, não pode ser atribuída a responsabilidade própria aos empregadores que promovem a denominada “dispensa imotivada ou sem justa causa”, com o pagamento de verbas como aviso-prévio indenizado, multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, entre outras.

Já no que se refere aos novos delegatários, sua eventual responsabilização pelas obrigações de fazer e de pagar decorrentes do término do contrato de trabalho desafia ainda mais a lógica jurídica e o entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado acerca do tema, em vista da ausência de continuidade na prestação dos serviços pelos empregados não recepcionados.

Além disso, no exercício da função que lhes é peculiar, os delegatários de serviços notariais e registrais dispõem de autonomia administrativa, como contrapartida à enorme responsabilidade que suportam, nos diversos âmbitos, como penal, administrativo, civil, tributário e trabalhista, nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.935/1994 (lei dos cartórios). Ou seja, dispõem da faculdade ou prerrogativa, e não de obrigação, de contratar tais ou quais empregados para auxiliar no desempenho de suas funções.

Como é cediço, a relação de trabalho é pautada na confiança, não se podendo impor a contratação de quem quer que seja em relações jurídicas de natureza privada, excetuadas as normas de ordem pública que obrigam, e.g., em determinadas situações, a contratação de pessoas com deficiência, entre outros, na esteira de políticas públicas de inclusão, do que, por certo, não se trata no caso vertente.

---

58 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho. 11ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 370.

A imposição da recepção de algum empregado pelo novo delegatário feriria de morte essa autonomia de gestão administrativa assegurada legalmente, tornando obrigatória a recepção de todos os empregados em exercício na serventia extrajudicial, o que poderia até mesmo inviabilizar o provimento das unidades vagas por meio de concurso público, dada a limitação de gestão e a desproporção de meios e fins entre o exercício da atividade e a responsabilidade suportada.

Entretanto, tais conclusões delineiam um quadro em que o empregado não recepcionado não tem seus direitos pecuniários satisfeitos, nem sua situação trabalhista regularizada por ninguém, ficando em verdadeiro limbo jurídico, o que exige, enquanto não procedida alteração legislativa, a solução criativa do intérprete e aplicador do direito, de modo a pacificar o conflito de interesses latente.

Neste passo, parece adequado, em situações tais, atribuir ao Estado a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas em questão, considerando-se que o último empregador destes prepostos não recepcionados é Estado, representado por um agente público designado responsável pela serventia que atua não em nome próprio, mas na condição de *longa manus* do Estado. Ademais, tais responsáveis interinos, conforme já referido, têm seus rendimentos limitados ao teto remuneratório do serviço público, pelo que se mostra razoável que também haja limitação em sua responsabilidade.

Solução similar é defendida por Wellington Luiz Viana Júnior:

Verifica-se, sob o prisma do empregado, que, na ausência de capacidade econômica do antigo titular para arcar com débitos trabalhistas, deve ser admitida a transferência de responsabilidade ao Estado concedente, titular do serviço e responsável final pela sua execução e, não, do novo delegado que recebeu a delegação de modo originário<sup>59</sup>.

Inclusive, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 842.846/SC pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2019, ainda que tratando, *in concreto*, da responsabilidade civil do Estado pelos atos Tabeliães e Registradores, fixou tese, em repercussão geral, que pode ser perfeitamente aplicada ao caso dos empregados não recepcionados:

Repercussão geral constitucional que assenta a tese objetiva de que: **o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos**

---

<sup>59</sup> VIANA JÚNIOR, Wellington Luiz. Sucessão trabalhista e a delegação de serviços notariais e de registros públicos. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3<sup>a</sup> Reg.**, Belo Horizonte, v. 40, n. 70, p. 69-78, jul./dez.2004. p.74.



**tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa**<sup>60</sup> (grifos no original).

Sendo assim, atribui-se a reponsabilidade ao verdadeiro empregador nestas circunstâncias: o Estado, em cujo nome os responsáveis interinos atuam. Não se pode desconsiderar, ainda, que, em se tratando de unidades que produzam excedente de receita, acima do teto remuneratório do serviço público, tais valores excedentes são atribuídos ao Estado, que teria, portanto, como fazer frente à responsabilidade que haveria de suportar.

Ademais, preservar-se-iam: (i) o novo titular, que, exercendo sua autonomia administrativa, compõe sua equipe de trabalho com prepostos de sua confiança, sequer estabelecendo qualquer relação jurídica com os empregados não recepcionados e (ii) a nobilíssima função dos responsáveis designados, que teriam o mínimo de segurança jurídica para manter em funcionamento o serviço público notarial e registral até a chegada de novo titular concursado, atendendo, em última medida, ao interesse público na prestação contínua e eficiente do serviço.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo marco jurídico para a prestação do serviço notarial e registral, de forma privada por delegação do Poder Público. Essa prestação do serviço necessariamente sob regime jurídico de direito privado não o desnatura enquanto serviço público.

Regulamentando o art. 236 da Constituição Federal, a Lei n. 8.935/1994 atribuiu, aos delegatários concursados das serventias notariais e registrais, autonomia administrativa para contratar ou não, pela legislação do trabalho, prepostos para auxiliá-los no exercício da atividade.

Colocando em prática essa autonomia legalmente prevista, os novos delegatários, uma vez em exercício, fazem jus à composição de sua equipe de trabalho com a contratação de prepostos de sua confiança, não havendo fundamento jurídico que os possa obrigar a contratar ou deixar de contratar um ou outro empregado.

---

<sup>60</sup> RE 842.846/SC, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 27.02.2019, Tribunal Pleno DJe 12.08.2019.

Neste contexto, os empregados então em exercício na serventia e não recepcionados pelo novo delegatário, deparam-se com situação de desamparo, haja vista que não há quem se entende obrigado a pagar-lhes as verbas rescisórias ou cumprir obrigações acessórias atinentes ao término do contrato de trabalho, como a baixa na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Embora a doutrina justrabalhista não apresente solução adequada e razoável para o impasse, limitando-se a sugerir a possibilidade de responsabilidade do novo titular conquanto não tenha se beneficiado da prestação de serviços dos empregados não admitidos, a decisão do Supremo Tribunal nos autos do Recurso Extraordinário n. 842.846/SC fornece um possível caminho para o encaminhamento desta questão na medida em que atribui a responsabilidade direta ao Estado, verdadeiro e último empregador destes prestadores de serviço não recepcionados e desamparados.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20.10.2020.

BRASIL. Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. D.O. 21.11.1994, p. 17500. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm) Acesso em: 25.11.2020.

BRASIL. Decreto estadual de SP n. 29.598, de 2 de fevereiro de 1989. Dispõe sobre providências visando a autonomia universitária. Diário Oficial – Executivo, 03.02.1989, p. 1. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=35148>>. Acesso em: 08.11.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 624.975/SC, 2010. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12199276&num\\_registro=200302212048&data=20101111&tipo=51&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12199276&num_registro=200302212048&data=20101111&tipo=51&formato=PDF)> Acesso em: 17.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 29.039/DF, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340472159&ext=.pdf>> Acesso em: 12.11.2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 842.846/SC, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504507>> Acesso em: 23.11.2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-1302-50.2015.5.02.0069, 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/6017a215a19406287d302c6e05d1a412>> Acesso em. 22.11.2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial, volume 1: direito da empresa. 14ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Introdução ao direito do trabalho. 2ª ed.** São Paulo: LTr., 1999, p. 344.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo. 23ª ed.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 518.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho. 11ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KÜMPEL, Vítor Frederico. Evolução legislativa e incorporação dos institutos no Código de Processo Civil de 2015. *in*: DEL GÚERCIO NETO, Arthur; DEL GÚERCIO, Lucas Barelli (coordenadores). **Homenagem aos 10 anos da lei federal nº 11.441/07 em 10 artigos. 1ª edição.** São Paulo: YK Editora, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos – Teoria e prática. 7ª ed.** Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. A Responsabilidade trabalhista dos Notários e Registradores de Imóveis. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.44, n.74 p.113-132, jul./dez.2006.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho. 11ª ed.** Rio de Janeiro: FGV, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa.** São Paulo: LTr, 1993.

OLIVEIRA, Euclides de. A nova ordem da vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. *In*: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Questões controvertidas de direito de família e das sucessões.** São Paulo: Método, 2004, v. 1.

PIMENTEL, Fabrício Andrade Ferreira Girardin. **Registro de títulos e documentos. Aspectos históricos e pontos contemporâneos relevantes. Direito notarial e registral.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 60.

REGISTRO CIVIL. **Datafolha aponta cartórios como a instituição mais confiável do Brasil.** Publicado em 13.07.2017. Disponível em: <<https://blog.registrocivil.org.br/2017/07/13/datafolha-aponta-cartorios-como-a-instituicao-mais-confiavel-do-brasil/>> Acesso em: 23.11.2020.

SENA, Adriana Goulart de. A nova caracterização da sucessão trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito da Ufmg**, [S. l.], n. 38, p. 15-30, fev. 2014. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1162>>. Acesso em: 29.11.2020.

VIANA JÚNIOR, Wellington Luiz. Sucessão trabalhista e a delegação de serviços notariais e de registros públicos. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 40, n. 70, p. 69-78, jul./dez.2004.

## UMA ANÁLISE PERFUNCTÓRIA SOBRE AS RESPECTIVAS ESPECIFICIDADES DA COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NO DIREITO BRASILEIRO

**ANTONIO AUGUSTO VILELA:** Pós graduando em Direito Constitucional, Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Pós graduado em Direito Notarial e Registral, Direito Imobiliário, Direito Civil e Direito Processual Civil pela instituição Dom Alberto, Pós Graduado em Direito Previdenciário e Direito das Famílias e Sucessões pela instituição Damásio de Jesus, Bacharel em Direito pela Fundação Carmelitana Mário Palmerio e Bacharel em Administração pela Faculdade Cidade de Coromandel. Autor de considerável produção acadêmica, com a publicação de alguns artigos científico-acadêmicos em periódicos de circulação regional e nacional.

**RESUMO:** A presente pesquisa iniciou da obrigação em aprofundar as informações a propósito dos predicados legais do pacto de aquisição e venda dos respectivos imóveis urbanos e os rurais, bem como considerar as exterioridades legais que submergem o direito de anteposição e os seus ajustes característicos, caracterizar o acordo de aquisição e de venda dos respectivos imóveis do compromisso de aquisição e da venda e por derradeiro, identificar de maneira perfunctória os respectivos cuidados que o tabelião notário necessita apresentar na ocasião da concretização do documento de escritura pública de aquisição e de venda. Logo, de tal maneira, usou-se da análise bibliográfica, com distintos autores das respectivas extensões históricas, legais e sociológicas, que acercarem-se seus respectivos estudos no domínio do direito por sua vez contratual, como igualmente, as extensões e os adágios do limite, com o alvitre de concretizar, a informação abordada do argumento. Enfim, a partir do esboço penetrado a propósito dessa temática, finaliza-se que concordata está contida bem como compelida a conservar pelo respectivo bem estar por sua vez da sociedade em que permanecem os indivíduos permanecem inseridos, de tal modo, ao direito de precedência de aquisição e de venda.

**Palavras chave:** Contratos; Compra e Venda; Direito Notarial; Imóveis.

**ABSTRACT:** The present research started from the obligation to deepen the information about the legal predicates of the pact for the acquisition and sale of the respective urban and rural properties, as well as considering the legal exteriorities that submerge the right of preposition and its characteristic adjustments, to characterize the agreement for the acquisition and sale of the respective properties for the purchase and sale commitment and, lastly, to identify perfunctorily the respective care that the notary notary needs to present when the public deed of acquisition and sale is completed. Therefore, in such a way, bibliographic analysis was used, with different authors of the respective historical, legal and sociological extensions, who approach their respective studies in the field of contractual law, as well as the extensions and adages of the limit, with the aim of realizing, the information covered by the argument. Finally, from the outline penetrated in relation to this theme, it is concluded that bankruptcy is contained as well as compelled to conserve for the respective well-being of the society in which the individuals remain, in such a way, to the right of precedence of acquisition and sale.

**Keywords:** Contracts; Buy and sell; Notarial Law; Properties.

## 1 INTRODUÇÃO

A aquisição e venda por sua vez, é um dos basilares interesses legais entabulados constantemente na sociedade, notadamente na coletividade consumerista em que se vivencia presentemente. Desse modo, a aquisição e venda de respectivos imóveis tem atributos adequados, atribuídos pela legislação em colocação da abonação legal que essa forma de mercado promove, logo que, por sua vez envolve normalmente representativa e considerável valoração financeira. De tal maneira, objetivou-se com esse estudo perfunctório, averiguar as distinções legais do acordo de aquisição por sua vez de imóveis urbanos e rurais, bem como, distinguir e considerar as respectivas especificidades dos supra e as feições legais que abrangem o perpendicular de anteposição e suas disposições características, de tal modo, caracterizar o pacto de aquisição e por sua vez de venda de imóveis do compromisso de aquisição e venda, e por derradeiro, sem mais delongas, afeiçoar-se os atentados que o tabelião notário necessita apresentar na ocasião da concretização do documento público de aquisição e venda.

Nessa obliquidade, a presente pesquisa está organizada em única capitulação. Constituindo esta perpetrando um abalroamento perfunctório das especificidades da aquisição e da respectiva venda de imóveis, de tal maneira *ad corpus* assim como *ad mensuram*, especifica exterioridades pautadas ao direito de anteposição do nas cláusulas especiais, no condomínio, na locação e de retrovenda. Para completar, são proporcionadas as exposições finais, abeirar-se da pesquisa concretizada.

## ESPECIFICIDADES DA COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS

### 2.1 Venda *ad corpus* e *ad mensuram*

Inicialmente, a venda *ad mensuram* é por sua vez aquela que se gera a campo do imóvel comercializado estipulando-se o custo por alcance de expansão. Desta maneira, a particularização da extensão é que originará o custo. Por diferente andamento, a venda *ad corpus* é por sua vez ponderada como respectiva alienação do imóvel como corpo acertado e acurado. De tal modo, o bem é obtido por sua vez pelo conjunto e não em aplicação à extensão afirmada, dessa maneira, não existirá complementação de extensão, tampouco restituição de redundância.

Ainda seguindo o raciocínio anterior, de acordo com Kümpel (2017, p. 432),

A venda *ad corpus* é aquela como o próprio nome diz, em que se alienam um bem certo e determinado por seu corpo, pouco importando a sua metragem. Em havendo cláusula *ad corpus*, não poderá o comprador pleitear abatimento do preço ou complementação da área, tendo em vista o caráter enunciativo das dimensões do imóvel. É exatamente a hipótese da pessoa que compra um sitio sem se preocupar com sua metragem.

A venda *ad mensuram*, a área do imóvel é definida como essencial, sendo, portanto, imprescindível a precisão da área alienada. Havendo essa cláusula expressa no contrato, poderá o comprador intentar uma *actio ex empto* ou *ex vendito*, ou seja, uma ação que visa à complementação da área. Caso seja impossível a complementação da área, por ter o vendedor já alienado tudo o que possui naquele local, caberá a opção do comprador intentar ação redibitória para rescindir o contrato ou a *actio quanti minoris* a fim de promover o abatimento proporcional do preço. Em não havendo a cláusula expressa e, sendo impossível ao juiz, interpretar o contrato *ad corpus* ou *ad mensuram*, adotará a presunção tendo em vista o tamanho da diferença encontrada.

Desta maneira, não compõem requisição a abundância primorosa descrita no acordo. Assim sendo, se posteriormente tornar firme o acordo, estiver averiguado que o imóvel não tem as avaliações abundadas ou devotadas no documento de escritura, não constituirá aceitável o perpendicular de ação em desfavor do vendedor.

Por sua vez, na venda *ad mensuram* apresenta como artefato o custo oferecido por alcance de alcance, que é respectivamente descrita em pacto. Nessas condições, o comprador poderá deprecar os seus respectivos direitos que são colocados nos termos do art. 500 do Código Civil atual, constituindo aceitável, além disso, acertar complemento de extensão, decisão do acordo ou abatimento adequado ao custo. A decisão do pacto e ao desalento do custo, essas escolhas constituirão determinadas, caso não constitua aceitável o complemento da extensão colocada em acordo.

Dessa maneira, de combinação com os termos do art. 500 do Código Civil<sup>61</sup>,

**Art. 500.** Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço (BRASIL, 2002).

Caso prossiga alguma confusão com semelhança às vendas *ad mensuram* e a respectiva venda *ad corpus*, carece-se justapor o disposto nos termos do parágrafo primeiro do art. 500<sup>62</sup>.

§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio (BRASIL, 2002).

De tal modo, se a alteração deparada não for significativa a 1/20 da respectiva extensão integral, conjectura-se que a negociação apresente constituição *ad corpus*, com a excepcional advertência de que o cliente corrobore o desconhecimento dessa exterioridade, caso adverso, não apresentaria abotoado acordo (RODRIGUES, 2004).

Constitui conciso notar também que nos acontecimentos em que a extensão é maior do que a constituída, por sua vez, o vendedor igualmente é abrigado pela norma, conforme termos estabelecidos no parágrafo segundo do artigo supra,

---

<sup>61</sup>BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 23:48.

<sup>62</sup>*Ibidem*.



uma ocasião que abalance os pretextos de seu desconhecimento a propósito da dimensão da extensão.

§ 2º Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso (BRASIL, 2002).

Nesses episódios, o cliente apresenta duas escolhas, assim sendo, concluir a importância do custo absoluto ou restabelecer o excessivo. Todavia, é conciso notar que catafalcos atos carecem ser ressaltadas e modificadas no aforamento decadal por sua vez de um ano, computando-se a partir do assentamento do título ou da respectiva ocasião da posse do imóvel (RODRIGUES, 2007).

Em contrapeso, é conciso analisar o termo predito do § 3º do art. 500 do CC<sup>63</sup>

§ 3º Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expresse, ter sido a venda *ad corpus*.

Nesse significado, é lacônico analisar as cláusulas abarcadas no atual Código Civil, porquanto as de grande importância fazem discriminadas neste apontamento legalístico. Catafalcos ajustes não irão aborrecer a adulteração na cerne do pacto, existindo acertada condicionamento das alusões contratuais às condições por sua vez nelas colocadas (BRASIL, 2002).

## 2.2 Direito de preferência da compra

O direito de prioridade é por sua vez uma configuração de garantir a conservação no imóvel em evento de venda, entretanto este direito não é incondicional. Nesses acontecimentos, é conciso avaliar que o direito de anteposição pode permanecer em consequência da ambição das partes, através de disposição característica inserida no acordo de aquisição e venda; ou até mesmo em consequência de antevisão legalística que abona esse direito ao respectivo condômino, no acontecimento por sua vez de condomínio indiviso, e igualmente

---

<sup>63</sup>*Ibidem*.

ao alugador/inquilino, no episódio de acordo de aluguel conduzido pela Norma do Inquilinato, Lei número 8.245/1991.

### 2.2.1 Direito de preferência do Condomínio

Assim como o imóvel tem ao mesmo tempo mais de um dono, assim sendo, é um condomínio, e, por sua vez, um dos supras ambiciona alienar a parte que respectivamente lhe equivale, o diferente coproprietário terá assim o direito de anterioridade para contrair o bem. Assim sendo, em outras expressões, se o proprietário determina comercializar o imóvel, por sua vez, o direito de anteposição carece ser elemento em primário plano, no campo do direito real, assim sendo, aos demais condôminos do imóvel. Dessa maneira, caso o imóvel permaneça alugado ou até mesmo arrendado, os alugadores/arrendatários, por haverem um respectivo direito obrigacional, permanecem em secundário nível, o que constitui que exclusivamente apresentarão direito à anteposição se todos os coproprietários abandonarem a este respectivo direito em baila.

Desse modo, o direito do coproprietário tirar proveito a propósito do direito do alugador carecido o antecipado nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.245/9164. "Art. 34. Havendo condomínio no imóvel, a preferência do condômino terá prioridade sobre a do locatário."

De tal modo, o coproprietário que ambicionar vender sua parte análoga do imóvel necessitará abonar o direito de anteposição ao diferente coproprietário. Assim, a venda se acena a uma respectiva parte ideal e por sua vez não a totalização do imóvel. Os termos do artigo 504 do Código Civil de 200265 positiva tal assunto.

Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais,

---

64IMÓVEIS. Locação de bens. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 15:28.

65BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 23:48.

haverá a parte vendida os com proprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

Desse modo, os alugadores, com simples direito respectivamente obrigacional, não apresentarão direito de anteposição, acudo se todos os coproprietários expressamente deixarem de mão. A anteposição primitiva é dos coproprietários. Não se justapõe, evidentemente, à copropriedade composta de coesões independentes. Não existindo empenho dos coproprietários na obtenção do imóvel, necessita ele ser oferecido aos respectivos alugadores (Venosa, 2012).

A finalidade da regra em abonar o direito de anteposição basicamente ao coproprietário é tentar impedir que indivíduos estranhos a copropriedade advenha a juntar a coletividade. É uma configuração de resguardar os coproprietários que não almejam terceiros adventícios na copropriedade, elegendo de tal modo contrair a parte de diferente coproprietário para contornar-se o excepcional dono do imóvel, anulo a copropriedade, posto isso se ressalta que este subitem não acarreta qualquer acicato para a continuação da copropriedade.

Dessa configuração, se permanece condomínio, os supramencionados apresentam anteposição, se permanece aluguel, o alugador tem anteposição, estas ambas aperfeiçoas de direito de anteposição procedem de regra e não da ambição das partes, entretanto a anteposição do coproprietário se acrescenta à do alugador.

Nos termos do artigo 8º da Lei 8.245/9166 determina que se o pacto não reprimir a disposição de validade o adquirente do respectivo imóvel, assim, no caso, por sua vez, de alienação, poderá delatar o acordo, apresentando o alugador o termo de 90 (noventa) dias para sair do respectivo bem, entretanto assim como o adquirente é um coproprietário o direito de delatar o acordo não continua, tendo em aspecto que o coproprietário adquirente igualmente já era, por sua vez, parte na afinidade de locação.

### 2.2.2 Preferência no contrato de locação

De concordata com os termos da Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245/199167, que regulamente o aluguel, por sua vez, de imóveis urbanos para conclusões residenciais, de ocasião e não moradas, em termos do seu art. 27, enfatiza que (Castro 2014):

---

66IMÓVEIS. Locação de bens. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 15:28.  
67 *Ibidem*.

Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou doação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial, ou outro meio de ciência inequívoca.

Parágrafo único: A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente.

Dessa maneira, o direito de anteposição assevera ao alugador a anterioridade no acontecimento de alienação do respectivo imóvel alugado, compreendendo, por sua vez, os casos de venda, compromisso de venda, transferência de direitos, ou respectiva dação em prestação, abonando de tal modo que este possa contrair o imóvel em anteposição a terceiros. Assim, a prelação do alugador na aquisição do imóvel alugado tornou-se tradicional na legislação nacional momento que foi colocado pela Lei nº 3.912/6168 em seus termos descritos no artigo 9º.

Assim, é uma abonação que constituiu reportada do estabelecimento da aquisição e venda. Para que o alugador possa desempenhar seu respectivo direito o alugador carece apoiá-lo a propósito de sua ambição de ceder o bem, podendo essa concessão ser de tal maneira extrajudicial quanto judicial, carecendo debelar todos os subsídios do interesse legal, como custo, configuração de prestação, termo, a essência de gravames reais, partindo, além disso, mais adiante como carecendo estipular a localidade e horário em que, por sua vez, pode ser analisada a documentação alistada à alienação, em meio a outros elementos cogentes à concretização do acordo legal.

Assim, o alugador existirá o termo respectivamente de 30 (trinta) dias para manifestar, por sua vez, sua ambição, ou caducará o seu direito. Contudo, a ocorrência que o alugador se desponte positivamente acolhendo completas as condições estipuladas para alienação, e o alugador cheguem a abandonar de alcançar o interesse legal, este, por sua vez, poderá obtemperar pelos danos acarretados, até mesmo benesses cessantes.

---

68INQUILINATO. Lei do. **Lei nº 3.912, de 3 de julho de 1961**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3912.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3912.htm). Acesso em 28 de janeiro de 2021 às 19:36.

Dessa maneira, o alugador poderá respectivamente ser eximido de contrapor por avarias e detrimientos se o supra comprovar que a abdicação se abonou por pretextos de alento máximo ou caso contingente.

Cumpre ainda observa que a alvitrada de alienação arranjada pelo alugador ao locatário não acende coação de ceder, contudo ocasionará a aceitável compensação por avarias e detrimientos.

Segundo os termos da Lei do Inquilinato, Lei nº 8.245/19969 a seguir transcrit:

Art. 28. O direito de preferência do locatário caducará se não manifestada, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta, no prazo de trinta dias.

Art. 29. Ocorrendo aceitação da proposta, pelo locatário, a posterior desistência do negócio pelo locador acarreta, a este, responsabilidade pelos prejuízos ocasionados, inclusive lucros cessantes.

Dessa maneira, nos acordos de aluguel há a contorno do sublocatário que, por sua vez, é um terceiro adventício à afinidade locatícia fundamental que na característica de alugador subloca o respectivo imóvel do alugador principal.

Assim, a sublocação é o acordo de aluguel em que o respectivo imóvel alugado é sublocado, por sua vez, parcialmente ou até mesmo no todo para indivíduo terceiro, sem que o acordo de aluguel inicial seja abolido. Entretanto, necessita existir a proclama licença do alugador para que, por sua vez, possa haver a respectiva sublocação.

Existindo a alienação de um bem imóvel respectivamente sublocado em seu contexto, o direito de anteposição incidirá basicamente sob o respectivo sublocatário, e exclusivamente ao alugador quando, por sua vez, o sublocatário abrir mão de seu direito de anteposição, pois a anterioridade é abonada basicamente àquele que efetivamente jaze ocupando o respectivo bem imóvel, conforme expreso a seguir:

Art. 30. Estando o imóvel sublocado em sua totalidade, caberá a preferência ao sublocatário e, em seguida, ao locatário. Se forem vários os sublocatários, a preferência

---

69IMÓVEIS. Locação de bens. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 15:28.

caberá a todos, em comum, ou a qualquer deles, se um só for o interessado.

Parágrafo único. Havendo pluralidade de pretendentes, caberá a preferência ao locatário mais antigo, e, se da mesma data, ao mais idoso.

Cumpra ainda elucidar que o direito de anteposição não se sobrepõe aos casos de avaria de atributo ou venda acertada de desembaraço legalístico, barganha, concessão, fusão, e diferentes desenvolvimentos pressagiados nos termos do artigo 32 da Lei do Inquilinato a seguir transcrito:

Art. 32. O direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação. Parágrafo único. Nos contratos firmados a partir de 1º de outubro de 2001, o direito de preferência de que trata este artigo não alcançará também os casos de constituição da propriedade fiduciária e de perda da propriedade ou venda por quaisquer formas de realização de garantia, inclusive mediante leilão extrajudicial, devendo essa condição constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica.

Desse modo, cumpre ainda observar que o direito de anteposição não é acabado exclusivamente quando o alugador não é comunicado da respectiva venda, mas ainda quando o dono conseguir o interesse de configuração divergente daquela que foi proporcionada para o alugador no documento, até mesmo a estimação. Podendo o alugador arrogar-se o bem imóvel afirmando que pelas novidades de condições do interesse legal ele almejava cumprir o seu respectivo direito de anteposição e contrair o bem imóvel.

Assim, no caso de realizada a adjudicação do bem imóvel a estima a ser devoluta exclusivamente aquela que foi confessada. Completa-se que acolá de prejudicar, por sua vez, erário fiscal, o método desonesto de afirmação desleal do valor da aquisição e venda, acarreia múltiplas afoitezas e decorrências contraproducentes tanto ao reservado que, por sua vez, no caso de adjudicação do respectivo bem imóvel irá auferir do adjudicante exclusivamente o valor que fazer parte no apontamento anotado no respectivo Cartório de Imóvel, igualmente como ainda ocasionará ao adquirente, por sua vez, no caso de frivolidade do interesse legal, a afoiteza de ser devoluto pelo vendedor exclusivamente do valor que respectivamente faça parte no apontamento de aquisição e venda,

apresentando que determinar a complementação do valor de acordo com a justiça, mediante sabatina do respectivo valor autêntico.

### 2.2.3 Preferência no caso de cláusula especial

Inicialmente, cumpre ressaltar que, a terceira modalidade respectiva de direito de é a consequente dos negócios legais de aquisição e venda como se inclui no documento de alienação do respectivo bem imóvel a disposição característica de preempção, que incide em que o cliente do bem imóvel caso delibere comercializar o respectivo bem obtido, concernindo-se o aforamento de 2 (dois) anos, carecerá apresenta-lo fundamentalmente ao vendedor, assim sendo, remoto dono, consistindo a este, por sua vez, o facultativo a respectiva recompra ou não. Logo, esse direito esta previsto nos termos do artigo 51370 do Código Civil:

Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto. Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

Dessa maneira, o direito de anteposição é respectivamente intransmissível, porquanto se propõe tão somente a forma do vendedor, por sua vez, nos casos de aquisição e venda, e ao alugador em casos de afinidade locatícia. Cumpre ainda esclarecer que é ainda um direito indivisível, haja vista que a aquisição do bem imóvel não pode ser realizada através de fração, carecendo ser cometida a aquisição no seu contexto.

Logo, existindo no bem imóvel do mesmo modo de uma coesão independente o alugador almejando ceder o bem imóvel em sua totalidade carecerá comunicar o alugador ou os alugadores com o alvitre de alcance de seu contexto, não podendo, por sua vez, o alugador se abusa de seu respectivo direito de anteposição para contrair exclusivamente sua coesão.

Assim, podendo o locador, por sua vez, caso não almeje alienar o respectivo bem imóvel em seu contexto, apresentar particularmente ao concernente alugador a coesão acomodada, competindo neste caso em questão ao alugador desempenhar ou até mesmo não o seu respectivo direito de anteposição. Logo, o

---

70BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 23:48.

direito de anteposição do alugador tende a abrandar as afoitezas de uma conjecturada venda aparentada para a invalidação do aluguel, abonando de tal modo a habitação ou o comércio do alugador.

Contudo, compete esclarecer que o alugador apresentará a anteposição de aquisição na ocasião em que o locador ambicionar alienar o respectivo bem, direito, o qual aprovisiona uma abonação para o alugador em não perder o respectivo local no qual possui sua residência ou comércio.

Ainda seguindo esse pensamento, é admirável advertir que a pessoa que apresente a anteposição seja cientificada da ambição de o comprador alienar a respectiva coisa. Desse modo, o vendedor apresenta o excepcional direito da respectiva recompra da coisa, entretanto não é analisada uma coação. Permanece a altercação em meio aos bens móveis e imóveis, com a afirmação de aforamentos causados para cada concreto caso, e que, se existir no acordo um termo acertado, não poderá ir além dos abordes legais (Venosa, 2012).

Logo, o acordo de anteposição coloca que o cliente não poderá, por sua vez, alienar a respectiva coisa sem apresentar comunicação ao vendedor, como institui, caso o respectivo bem constitua alienado a diferente, por sua vez, sem que o vendedor respectivo original constitua comunicado não ocasionaria o desfazimento da venda. Dessa maneira, por se abordar de uma obrigacional relação, o posseiro de anteposição terá o respectivo direito exclusivamente a avarias e aos danos. (Guerra, 2013).

Por derradeiro, permanece, igualmente, a obrigação de anteposição no caso de expropriação, o que obriga, por sua vez, ao Poder Público a abonar o bem imóvel expropriado ao ex dono pelo custo da desapropriação se não for respectivamente proporcionado ao imóvel a sina de sua expropriação (Venosa, 2012).

### **2.3 Cláusulas especiais de retrovenda**

A disposição característica de retrovenda é muito controvertida nos casos de dissimulação de acordos. Logo, a propósito dessa disposição, que, por sua vez, o vendedor de bem imóvel pode readquiri-la pelo termo decadencial de 03 (três) anos, devolvendo o custo abiscoitado e reembolsando os respectivos gastos do comprador, constituindo assim, os melhoramentos cogentes, signifique custos do momento de desempenho, apesar disso não existe restituição de apegos apanhados de alquileis ou diferentes meios legais de aproveitamento do bem imóvel alienado. Acode aconselhar que a disposição só é justaposta a bens imóveis,



sustentando a característica resolúvel, não é justaposto aos bens moveis (Diniz, 2013). Segundo o termos previsto no artigo 505 do Código Civil<sup>71</sup>:

Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias. É importante fixar a ideia de que, para que a retrovenda ocorra devem-se restituir todos os gastos realizados pelo comprador, devidamente atualizados, seja para a aquisição do bem, seja para a realização de benfeitorias necessárias.

Conforme os autores Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.61),

Parece-nos lógico que benfeitorias úteis e voluptuárias devem estar fora deste preço (salvo se realizadas com autorização do vendedor), não somente por força da ausência de previsão legal, mas, também, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva, uma vez que, dada a previsão contratual da possibilidade de retrovenda, estes podem ser encarados como uma tentativa do comprador de inviabilizar o exercício da prerrogativa.

Nessa linha de raciocínio, a disposição de retrovenda é, por sua vez, uma conjuntura resolutiva a um acontecimento porvindouro e hipotético em um acordo de aquisição e venda sujeito a respectiva ambição do alienante em reconquistar o bem, acompadrada as premissas da devolução vistas anteriormente. Do mesmo modo, o adquirente perde a respectiva propriedade do bem imóvel com a ingênua afirmação de ambição do vendedor, por meio de uma asseveração de anseio unilateral, carente de configuração exclusiva (Gagliano e Pamplona Filho, 2009).

Desse modo, o artigo 507 do Código Civil<sup>72</sup>, antecipa a transferência regrada, por sua vez, desse direito através do texto legalístico: “o direito de retrato, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente”.

---

<sup>71</sup>BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 23:48.

<sup>72</sup>*Ibidem*.

Como este tema, o ensinamento discorda no entrosamento a propósito da comunicação dessa ação se der tão somente por ateno ensejo *mortis* ou se aceita aprovação por ação *inter vivos*. Desse modo, o direito de redenção é intransmissível, não constituindo apto de condescendência por ação *inter vivos*, por ser respectivamente personalíssimo do vendedor, contudo acontece a seus respectivos legatários e herdeiros. A seguir, o adestramento da retrovenda é alcançável e transmigrado por ato *causa mortis* (Diniz, 2013)

Posicionamento divergente de Pereira (2009, p.177) o qual enfatiza que: “no sistema do Código de 1916 entendia-se que não era suscetível de cessão por ato *inter vivos*. Sebastião de Sousa defendeu sua cessibilidade convencional. O novo Código, sem seu art. 507, expressamente admite a cessão por ato *inter vivos*”.

Dessa configuração, não existe equívocos tudo quanto à probabilidade de comunicar-se exclusivamente a legatários e herdeiros, mas sim, se catafalco aprovação pode ser concretizada por ação *inter vivos*, ou se carece ser ateno proveniente de ensejo *mortis*.

Tudo quanto à oponibilidade versus terceiro que adquire, aludido no artigo 50773 do Código Civil, se tem que: “O direito de retrato, que é cessível e transmissível a herdeiros e legatários, poderá ser exercido contra o terceiro adquirente.”

Dessa maneira, só pode respectivamente ser considerada com acostamento no cabeçalho da boa-fé objetiva e igualmente em aplicação a conjuntura de brandura do terceiro, que pode, por sua vez, ser demonstrada na boa-fé particular, a partir da disposição de retrovenda só pode ser respectivamente passível de opor versus terceiro ocorrência presente constituída registrada, bem como presente constituído dada conhecimento da disposição ao evidente na compra da respectiva coisa (Gagliano e Pamplona Filho, 2009).

Nessa baila, a retrovenda não se abona com exclusividade aos bens imóveis, por bens móveis cingirem simplesmente no devido comércio. Apesar disso, o aproveitamento dessa disposição a respectivos bens móveis é aceitável em vista da anotação pela autonomia da pretensão das partes, caso avaliado a fulgor dessa probabilidade.

Dessa maneira, o pacto ou disposição de retrovenda, estabelece-se como acordo adjunto à aquisição e venda, e se justapõe exclusivamente à aquisição e

---

73BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 23:48.

venda de respectivos bens imóveis. Esse acordo tem um aforamento decadencial culminante de 03 (três) anos para o seu adestramento, aludindo na devolução do custo e pagamento de gastos, até de acrescentamentos cogentes (Castro, 2014).

Logo, por ser uma disposição que desconstitui o interesse legal, objetivo a abrigar a abonação das afinidades legais, caso se acertasse termo extremamente aprezado ou indefinido. Entretanto, só é cerrado aos contratadores o alongamento do termo, constituindo legal estipular um limite inferior.

De combinação com os termos do artigo 506 do Código Civil<sup>74</sup>:

Art. 506. Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz jus, o vendedor, para exercer o direito de resgate, as depositará judicialmente. Parágrafo único. Verificada a insuficiência do depósito judicial, não será o vendedor restituído no domínio da coisa, até e enquanto não for integralmente pago o comprador.

De tal modo, o aprendizado do direito em recobrar o bem imóvel, acertará caso o cliente se abandone a competir com a disposição de retrovenda, carecendo o vendedor assentar em juízo a respectiva quantidade carecida. Caso catafalco ato, na compreensão do juiz constitua escasso, exclusivamente se devolverá, por sua vez, na propriedade da respectiva coisa, uma vez pago a integralidade do valor carecido. De tal modo, em caso de abandona imerecida por parte do cliente, em auferir os apegos carecidos com a restituição do bem imóvel, pode, por sua vez o comprador, posteriormente a realização do depósito em juízo dos apegos, se aproveitar do artigo 1.359 do Código Civil<sup>75</sup> para adentrar com uma respectiva ação reivindicatória.

Na conjectura de decadência da coisa sem a culpabilidade do cliente posseiro, não existindo igualmente o que ser desempenhado pela entidade, não existirá compensação para o respectivo vendedor, pois a acontecerá o *res perit domino*. Assim sendo, quem perde porque existe afoitezas ao bem é o dono.

Logo, o artigo 508 do CC<sup>76</sup>, antecipa a retrovenda por 2 (dois) vendedores, e a probabilidade de exclusivamente um cumprir o direito de efigie, e nesse

---

74BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 23:48.

75Ibidem.

76Ibidem.

determinado caso o cliente poderá aprazar as diferentes partes e aproveitará o acordo em benefício de quem exista assentado o valor absoluto.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.61), também aconselham de um feitiço admirável conexo sobre a temática:

A nova regra simplifica a disposição anterior, facilitando a compreensão do instituto da retrovenda conjunta e sua finalidade. De fato, garantido o direito a duas ou mais pessoas, o ideal seria que elas postulassem conjuntamente, por não haver prevalência do direito de uma em face da(s) outra(s). Todavia, como os interesses individuais são variáveis, agiu bem o legislador ao prever que, caso não haja manifestação conjunta, prevalecerá aquele que primeiro provocou, realizando o depósito, desde que integral. O óbvio, porém, deve ser ressaltado: somente será garantido o direito com o pagamento total, não havendo que se falar em retrovenda parcial.

De tal modo, a abonação da perpendicular de retrovenda, carece da prestação em seu valor absoluto, não apresentando a probabilidade de recobrar meado do objeto acertado, exclusivamente a seu conjunto. De combinação com ensinamentos a disposição de retrovenda é justaposta aos respectivos bens imóveis, apesar disso, idêntico o entrosamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça se contemporiza do que a ensinamento doutrina, como se pode coligir do consequente julgado da quarta turma do supra:

DIREITO CIVIL. EMPRESA. FALÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. CONTRATO DE VENDA E COMPRA COM PACTO DE RETROVENDA. BENS MÓVEIS. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA

PROBATÓRIA. SÚMULA 5 E 7-STJ. [...] Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 260923 SP 2000/0052817-0, Relator: Ministro FERNANDO

GONÇALVES, Data de Julgamento: 07/10/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.10.2003 p. 277)

Entretanto, é lacônico retomar, por sua vez, que no direito civil pátrio, o ensinamento abrange que a disposição de retrovenda se abrevia a acordos de aquisição e vende de respectivos bens imóveis, diversamente do entrosamento do

Egrégio Superior Tribunal de Justiça em que essa disposição se compreende a acordos que apresentem por componentes de bens móveis e até mesmo imóveis.

Pode, apesar disso, procurar alcances legais em caso de abandona no programa da disposição. Portanto, ainda de existir a probabilidade de pacto em meio os vendedores do respectivo bem, aproveita o acordo da retrovenda.

Nessa baila, Castro (2014, p. 152) aclara que:

Em determinada compra e venda, em virtude do cumprimento imediato da obrigação do vendedor, de vender e entregar o bem, e do cumprimento diferido no tempo da obrigação do comprador, pagamento do preço à prazo, podem as partes estabelecer que, caso o comprador não pague as parcelas vencidas, possa o vendedor optar pela resolução do contrato, em vez de cobrar o que lhe seria devido.

Logo, o negócio com disposição de retrovenda abona-se quando tem afinidade de adjacência porquanto ela abate valores, haja vista que, para alienar é cogente abrandar as cotações do registro, bem como dos impostos, a seguir para adquirir constituindo um novel negócio apresentaremos uma novel cotação com registro e respectivos impostos, assim, a pessoa gastaria duas ocasiões, constituindo uma para alienar e diferente para recobrar o bem imóvel, já com a disposição de retrovenda a cotação desaba absurdamente, porquanto ao se perpetrar atuação de disposição não constitui permanecer agindo uma inovação de aquisição e venda, contudo, sim um desfazimento de uma aquisição e venda antecedente.

## **CONCLUSÃO**

No transcorrer da pesquisa, considerou-se e averiguo-se que no domínio do direito pátrio, foi exclusivamente com a respectiva constitucionalização a propósito deste direito, na Constituição de 1988, que se pode adicionar à legislação o regulamento da colocação social da característica. Regulamento este, que induziu ao ordenamento nacional, no Código Civil do ano de 2002, a respectiva adoção dos princípios igualitários do pacto por sua vez como pilares da afinidade de direito particular – consistindo eles, a cátedra igualitária do pacto bem como a boa-fé objetiva.

Dessa maneira, a partir desse momento, averigua-se que a colocação social do pacto constituiu a mais acentuada bossa nova da melhoria civil, no que dedilha o domínio contratual. Logo, o pacto, por sua vez, não pode ao mesmo tempo ser

completamente egocêntrico, de tal modo como suas respectivas partes não podem igualmente apresentar total autonomia. Assim, suas cláusulas, por sua vez, não podem ser ao mesmo tempo estipuladas sem induzir em apreço os detrimientos ou decorrências que o seu programa pode ocasionar. Enfim, o acordo está submetido e também compelido a conservar pelo bem fazer da coletividade em que permanecem implantados, de tal modo como, ao perpendicular de anteposição de aquisição e de venda.

## **REFERÊNCIAS:**

BRASIL. Código Civil, **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 23:48.

BRASIL, Código Civil. **Organização dos textos, notas remissíveis e índices por Juarez de Oliveira**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

**Lei do Inquilinato**. Lei no 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, 1991.

CASTRO, Demades Mario. Aspectos Controvertidos da compra e venda no direito notarial. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo, AMADEI, Vicente de Abreu Amadei. **Direito notarial e registral avançado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.3.

**Código Civil Anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo. 6. ed. Saraiva, 2010, v IV.

IMÓVEIS. Locação de bens. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm)>. Acesso em 25 de janeiro de 2021 às 15:28.

INQUILINATO. Lei do. **Lei nº 3.912, de 3 de julho de 1961**. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3912.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3912.htm)>. Acesso em 28 de janeiro de 2021 às 19:36.

**Novo curso de direito civil:** Contratos em Espécie. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

. **Novo curso de direito civil.** Volume I: parte geral. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações:** Parte Especial, contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, Sinopses Jurídicas.2000.

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

**GUERRA, André.** Preempção ou preferência convencional. **Disponível em:** <https://jus.com.br/artigos/25869/preempcao-ou-preferencia-convencional> **Acesso em: 19 de out. 2019.**

KUMPEL, Vitor Frederico et al. **Tratado Notarial e Registral** v.3. São Paulo: YK, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

**Instituições de Direito civil.** 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

**Instituições de direito civil.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil:** Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil:** dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTTA, Mariza; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O Pacta Sunt Servanda - Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 8, n. 1, p. 194-218, jan/jul 2008).

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil:** direito de família. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

**Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.

12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

**Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 6. WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.



## **ABANDONO AFETIVO**

**BEATRIZ MELO INÁCIO VEDOVATO:**

Bacharelanda em Direito pela  
Universidade Brasil.

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES  
(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho de conclusão de curso irá tratar acerca do abandono afetivo, de forma mais específica, o abandono paterno, que vem ganhando discussão atualmente. Vale ressaltar que a presença da família na vida do infante é imprescindível, especialmente a dos pais, e a falta dos mesmos podem acarretar danos inexoráveis na vida da pessoa, violando assim, um princípio fundamental, o da dignidade da pessoa humana, o qual está instituído na Constituição Federal de 1988. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base em uma pesquisa escolar de 2011, aponta que há cinco milhões e meio de crianças sem o nome do pai na certidão de nascimento, e essa falta de registro é uma violação do direito fundamental e personalíssimo que todas as pessoas possuem, o direito ao nome.

**Palavras-chaves:** Crianças; Abandono paterno; Responsabilidade civil

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 2 ABANDONO, DANO MORAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana; 2.1.1 O Dano Moral; 3 RESPONSABILIDADE CIVIL; 4 A IMPORTANCIA DO TEMA NOS DIAS ATUAIS; 5 PROJETO DE LEI 700/2007; 6 DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO; 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### **INTRODUÇÃO**

Objetivo do trabalho é analisar por meio de leis, jurisprudências e doutrinas a possibilidade de aplicação da responsabilidade Civil nos casos de ausência afetiva, mas especificamente, a ausência paterna na vida da criança e demonstrando se possível a indenização nesses casos.

Para consecução de tais fins, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica existente na área jurídica, artigos científicos de temas semelhantes, fontes jurisprudenciais, dissertações, e evidentemente a lei seca para entendermos um pouco acerca da situações do abandono afetivo.

O ordenamento jurídico impõe um pagamento mensal de pensão alimentícia a criança/adolescente enquanto estão na escola/faculdade o qual está fundamentado no Art. 229 da Constituição Federal (CF), *in verbis*: "Os pais têm o

dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”

O artigo 227 caput da Constituição Federal, *in verbis*:

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.

Deixando claro que não é não somente dever do Estado, mas como também a família e a sociedade de assegurar as crianças, jovens e adolescentes com absoluta prioridade todos os direitos acima mencionados, deixando a salvo de toda forma de negligência, exploração, crueldade, discriminação, violência e opressão

Nesse mesmo sentido o Art. 1.695 do Código Civil (CC) estabelece um direito recíproco entre pais e filhos a prestação de alimentos, *in verbis*:

São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Já o inciso IV do Art. 1566 do Código Civil prevê que são deveres de ambos os cônjuges, o sustento, a guarda e a educação dos filhos: São deveres de ambos os cônjuges; IV - sustento guarda e educação dos filhos;

Vale ressaltar que em geral os pais que abandonam os filhos seguem apenas a primeira palavra do inciso citado acima, visto que muitas vezes é um encargo dado pela lei, e esse “sustento”, a pensão alimentícia já é descontada no holerite do mesmo (quando funcionário público ou registrado), ou porque a mãe aciona o judiciário.

## **2 ABANDANO, DANO MORAL E O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Não existe previsão legal para o abandono afetivo, mas a doutrina entende que é um ato que fere diretamente o princípio da dignidade humana e entende também que é quando ocorre a omissão de cuidado de assistência física, psíquica de educação, de omissão moral e social que ambos os pais cometem na criação dos filhos, principalmente quando crianças e adolescentes.

E quando falamos em abandono afetivo não estamos falando de pensão alimentícia ou se contribuí financeiramente para a manutenção dos mesmos, mas sim da necessidade de auxílio emocional, psicológico.

O abandono afetivo nada mais é do que o descumprimento dos deveres do poder familiar, como o de assistir, educar e criar os filhos e isso tem sido altamente negligenciado no Brasil.

O afeto passa a ser protagonista nas relações familiares, portanto, quando se fala do abandono afetivo, vem em mente até onde se vai a responsabilidade dos pais, tanto da mãe, quanto do pai, em relação aos filhos, ficaria apenas na questão do dever de sustento? Ou seja de pagar a pensão alimentícia. No caso, vai mais além disso, pois esse dever que os pais tem para com os filhos, e que inclusive a Constituição Federal e o ECA, dizem que deve se priorizar o dever que os mesmo devem ter de cuidado, proteção.

E por fim é importante mencionar que o afeto não nasce, não nasce de repente, não nasce por decreto e nem por lei, o afeto é uma relação construção.

## **2. 1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana, está previsto no Art. 1º, inciso III da Constituição Federal, entende-se por princípio da dignidade da pessoa humana (CAVALCANTE, 2007, p.12):

O que será útil apontar é a ideia de dignidade não como um princípio universal de significado absoluto, mas, ao contrário, a dignidade deve ser entendida como um conceito que está sempre se reinventando de acordo com o tempo e com o espaço, somente podendo fazer-se absoluto em cada uma das suas infinitas manifestações empíricas. Em segundo lugar, defende-se uma dignidade em expansão, mostrando que este valor não pode ser atribuído somente a determinados seres humanos, portadores de certas características ou status social, ao contrário, a dignidade humana deve ser atribuída e garantida a todos os seres humanos.

### **2. 1. 1 O Dano Moral**

“A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa visão que prevalece na doutrina brasileira” (TARTUCE, 2017, p.542).

O dano moral não é aquele que atinge seu patrimônio, é o que atinge sua dignidade, sua moral, seus costumes, ou seja, ele perturba não tão somente o patrimônio, mas sim a sua pessoa.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade civil nada mais é do que o dever de indenizar outrem pelo dano que ela sofreu, portanto de modo geral, ela tem um caráter patrimonial, embora possa envolver obrigações de fazer, de dar e de não fazer.

Pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar:

O primeiro é pela **conduta humana**, podendo ser causada pela ação ou omissão voluntária, sendo que no primeiro existe a intenção de fazer algo e no último não fazer algo que era obrigado, o segundo é pela **culpa**, podendo o indivíduo agir com negligência, imprudência e imperícia, o terceiro é o **nexo de causalidade** que é a relação de causa e efeito entre a conduta culposa, e por fim o **dano**, é necessário a comprovação do dano para que haja o ressarcimento.

Nos dizeres de Antônio Lindbergh C. Montenegro (1986, p. 19), os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil são:

a- o dano, também denominado prejuízo; b- o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c- um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil.

Sabemos que para comprovação do dano da responsabilidade civil, de forma mais específica a subjetiva, é necessário que preencha esses quatro pressupostos cumulativamente.

É possível então, o filho que foi abandonado afetivamente pelos seus genitores, ou por um, ir em juízo e fazer o pedido de reparação ou pleitear indenização pelo abandono afetivo?

É importante ressaltar que existe uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, havendo posições favoráveis e posições contrárias.

Partindo do art. 186 do Código Civil de 2002, podemos ver que ele conceitua o que seria ato ilícito, ou seja, toda vez que houver conduta humana, que por ação ou omissão, negligência, imprudência, imperícia, de forma voluntária contrariar o direito ocasionando dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.

Nesse sentido, analisando o art. 927 nos diz que aquele que comete ato ilícito deve indenizar e analisando o art. 944 nos coloca que a indenização mede-se pelo dano.

Nesse artigo não estaremos falando do sustento material, mas sim do sustento moral, psicológico, afetivo e que os genitores tem que acompanhar os filhos enquanto menores, em virtude do exercício do poder familiar.

É pertinente dizer que é um DEVER, dos genitores, portanto esses menores tem o direito ao amor, ao afeto, ao carinho.

Em resumo, o que o Código Civil traz pra que esse ato ilícito gera sim uma indenização, mesmo que exclusivamente moral.

#### **4 A IMPORTANCIA DO TEMA NOS DIAS ATUAIS**

É de direito da criança e do adolescente receber o auxílio financeiro, no caso a pensão alimentícia, até seus 18 anos (Caso inicie a faculdade ou curso técnico, o/a genitor/a tem o dever de continuar pagando até o fim do curso), porém há inúmeros casos de pais que pensam que só pelo fato de depositarem esse pagamento mensalmente, se livram de todo o restante das responsabilidades. Não sendo essa a realidade e nem o que realmente deveria ocorrer, pois os gastos que a genitora tem com o filho não é equilibrado ou proporcional com o valor recebido, tendo ela que arcar com a maioria dos gastos e ainda suprir a ausência da figura paterna na vida do filho, e em muitos casos procurando ajuda psicológica, psiquiátrica, portanto ai, tendo mais gastos, os quais poderiam ser evitados se houvesse a presença do pai na vida da criança/adolescente.

Em todo caso, a pena para quem abandona afetivamente necessitaria ser ampla, já que até o ocasionado momento, as consequências para tal ato, são ínfimas. Porém as citadas figuras paternas, não pensam na relação sobre a vida da criança.

Infelizmente, existem alguns pais/mães que não se comprometem com a convivência e pensam que o fato de pagar pensão alimentícia lida o direito de não ter contato mais com seu filho.

#### **5 O PROJETO DE LEI 700/2007**

De acordo com as informações do site jusbrasil.com.br, aprovaram um projeto de lei do Senado (PLS 700/2007) pela Comissão de Direito Humanos (CDH), que modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), fazendo com que haja a reparação de danos por parte do pai ou da mãe que deixa de prestar assistência afetiva a seus filhos.

Essa questão de dano moral por abandono paternal, vem sendo muito discutida, visto que em hipótese alguma, o judiciário, pode exigir de um pai afeto ao seu filho, mas é uma forma de amenizar os danos sofridos, uma vez que o mesmo ignorou as responsabilidades que recaiam sobre ele. Contudo a jurisprudência opõe toda característica de dano moral, exposta pelos grandes doutrinadores, como Tartuce (2017, p. 542) "(...) Alerta-se que para sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para dor ou sofrimento mas sim um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo*, *derivativo* ou *sucedâneo*. Por isso é que se utiliza a expressão *reparação* e não *ressarcimento* para os danos morais", haja visto que na Apelação Cível nº1.0707.05.095951-9/001, do TJMG, foi negado o pedido de danos morais cujo motivo era o abandono afetivo, sob o argumento que ninguém é obrigado à dar amor.

O pagamento da pensão alimentícia é de direito da criança e adolescente, que surge após a separação dos pais ou com o abandono dos mesmos, com o projeto de lei citado acima, se cria mais uma obrigação para esses pais, que é a de participar de forma direta na vida de seus filhos, tendo um dever de convivência com eles.

Este projeto de lei acaba levantando alguns questionamentos, pois há casos que os pais fazem o pagamento correto da pensão alimentícia, oferecem um auxílio financeiro extra caso ocorre algum imprevisto ou emergência na vida do filho, porém infelizmente, não tem carinho, afeto pela criança, só cumprem sua obrigação de auxílio financeiro. Os questionamentos que existem são: É cabível exigir que o pai tenha afeto pela criança? Forçar uma convivência que deveria ser feita de forma voluntária?

Infelizmente existem muitos casos de pais que não possuem um sentimento paterno pelo filho, por conta de terem se distanciado logo no início da gestação, não tendo uma convivência com o mesmo, dificultando a criação de um laço afetivo entre eles.

O abandono material acarreta sérias consequências na subsistência da criança, que dependerá da mãe e de seus familiares para ser provida. No entanto, a longo prazo o abandono afetivo poderá gerar traumas na vida do filho, já que a ausência paterna pode trazer inúmeros problemas psicológicos, sendo necessário em alguns casos, a criança frequentar psicólogos, para saber lidar com essa ausência, qualquer que seja a causa do abandono, o menor poderá apresentar dificuldades no seu desenvolvimento, o que não pode ser resolvido com pensão ou outras maneiras que se envolva o dinheiro.

É fato que existem filhos que sabem lidar naturalmente com a ausência do pai, pois muitas vezes tem uma família que desde sempre fazem de tudo para suprir essa carência, porém sempre haverá um sentimento de falta em algum momento da vida.

A criança em seu dia a dia convive com outras crianças que possuem a figura paterna presente em sua vida, principalmente em comemoração de dia dos pais nas escolas, que por conta do grande índice de crianças que não possuem a presença paterna em sua vida, várias escolas suspenderam as festas de homenagem aos pais. O fato de verem outras crianças tendo a participação paterna em seu cotidiano ou até mesmo pelo simples ato de observarem que o pai de outra criança busca ela na escola e o seu não, podem causar traumas na vida do menor, pois é principalmente nesta fase, que lidam com sentimentos que muitas vezes não sabem explicar, com situações novas, não tendo uma maturidade para entender o que levou o afastamento do pai.

O presidente da Sociedade Brasileira de Inteligência Emocional (SBIE), tem uma fala de destaque que diz:

A origem de toda emoção humana está nos pais e na maneira como vivemos a primeira infância. Somos uma folha de papel em branco e todas as experiências vividas durante a gestação e ao longo dos primeiros sete anos ficam registradas nesta folha, que pode ser chamada de subconsciente (FONSECA, 2017)

De alguma forma sofrer uma rejeição é algo que abala o psicológico do ser humano, a diferença é que existem pessoas que conseguem lidar melhor com a situação, na fala destacada acima, a infância é a fase que se absorve muitas coisas com o que vivem em seu dia a dia, podendo virar reflexo em algumas de suas atitudes futuras, é um período que não se tem uma compreensão de entender o que levaram certas coisas a rejeição, simplesmente tem em sua mente que em sua vida não tem a presença de um pai, não sabendo lidar e assimilar esta situação.

A rejeição também causa reflexos na vida da mãe, que fica responsável pela vida do filho, tendo que suprir a ausência da figura paterna em sua casa, fazendo dois papéis, de pai e mãe, uma que segundo o Conselho Nacional da Justiça (CNJ) 5 milhões e meio de crianças brasileiras matriculadas em escola não têm o nome do pai em seus registros de nascimento. A participação financeira não supre a afetiva na vida do filho, mesmo que o pagamento da pensão alimentícia seja essencial, a participação afetiva na vida do menor também é algo de extrema importância e de grande valor em sua vida.

## 6 DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO

Vale ressaltar que o mero dissabor está fora da órbita do dano moral, uma vez que faz parte da nossa rotina, não sendo intensas e duradouras a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

De acordo com a 3º turma Superior Tribunal de Justiça (STJ) o pai deve indenizar filha por danos. Segundo a Nancy Andrichi, abandono tem preço, e esse preço foi de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o valor foi estipulado a um pai por abandonar afetivamente sua filha, fundamentado que “**amar é faculdade, cuidar é dever**”, ou seja, o abandono afetivo de ontem, pode se tornar um caso jurídico hoje:

Civil e Processual Civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial



parcialmente provido (STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Nesta decisão proferida, ele está reconhecendo que efetivamente os pais tem o dever de cuidado para com os filhos, ou seja, ainda que aquele pai ou aquela mãe não desenvolva o afeto (a relação em construção), ainda que eles não consigam desenvolver o amor pelo filho/a, a partir do momento que os mesmo tomaram a decisão de procriar essa criança, ou de adota-la já gera nesses pais a consequência do dever de cuidar.

Então, se esses pais se furtam de exercer esse direito e ficar comprovado que esse direito efetivamente, causou danos e existe uma relação denexo causal entre esse dano e essa negligencia, há sim a responsabilidade civil pelo dano provocado.

É evidente que não dá pra entendermos essa indenização como uma compensação, pois dinheiro nenhum substituirá o amor de um pai/mãe.

Essa indenização só pode ser compreendida no aspecto pedagógico, você consegue aceitar a tese por abandono afetivo, quando compreende: - Essa indenização não é apenas para compensar o filho que foi abandonado, pois essa indenização tem um caráter pedagógico punitivo.

O Juiz Luiz Fernando Cirillo, da 31ª da Vara Cível Central de São Paulo, em sentença publicada em 23 de Junho de 2003 condenou um pai por danos morais e indenizou sua filha em R\$ 50 mil por abandono:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO – ATO ILÍCITO – AUSÊNCIA – DANO MORAL – INEXISTÊNCIA – DEVER DE INDENIZAR – INOCORRÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA.**

- O Direito se limita a impor aos pais deveres de ordem material. Amor, afeto e carinho não são bens jurídicos tutelados pelo Direito, não se podendo impor aos pais uma "obrigação de amar" os seus filhos, embora o abandono moral possa ser moralmente reprovável.

- A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, daí porque ninguém é obrigado a amar, desamar, ou a dedicar amor a outrem.

Nos casos já apreciados por tribunais no país, o entendimento encontra-se estampado na jurisprudência abaixo colacionada, que torna conteúdo legislativo destacado, veja:

**APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DE LIAME ENTRE A POUCA CONVIVÊNCIA PATERNA E DANOS EMOCIONAIS E PSÍQUICOS NO ADOLESCENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA.**

1. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTOS DE CUSTAS. A gratuidade da justiça foi requerida na contestação, sendo deferido o benefício aos litigantes em audiência, inclusive ficando consignado que as partes renunciavam ao prazo recursal. Portanto, é tema acerca do qual nada há para deliberar.

2. A sentença julgou procedente pedido para condenar o apelante, genitor, a indenizar dano moral ao filho por abandono afetivo. Os elementos dos autos não corroboram nexos entre a conduta do demandado, que de fato negligenciou a convivência com o filho, com danos emocionais ou psíquicos, ou sofrimento indenizável, nos termos dos arts. 186 e 927 do CCB. Ademais, do pouco convívio entre pai e filho depois de desfeita a relação do casal, o apelante prestou assistência material ao menino ao longo dos anos. Não demonstrado que a ausência paterna gerou no filho lesão emocional e psíquica de tal monta que tenha perturbado seu bem-estar, comprometendo sua estabilidade e a possibilidade de uma vida normal, deve ser revogada a condenação posta na sentença, pois somente em situações excepcionais é que, na seara das relações familiares, se deve conceder reparação por dano extrapatrimonial, sob pena de as pretensões desbordarem para a patrimonialização das relações afetivas. AFASTADA A PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES, DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70078746484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/11/2018).

Nos dias de hoje, em julgados recentes do STJ tem apontado no seguinte sentido: A responsabilidade civil por abandono afetivo, é possível sim, a tese é aceita pelo STJ, todavia exige uma detalhada demonstração do ilícito civil.

De fato, em hipótese alguma deve-se obrigar alguém a amar o outro, nem uma lei imposta seria capaz disso, mas impor que embora não exista amor, é de dever cuidar.

Portanto, aquele pai que apenas deposita a pensão, não está cuidando, ele está apenas provendo, pois o cuidado, ele independe do afeto, ele é responsabilidade, é seu dever enquanto adultos, dar atenção necessária as crianças. É evidente que o cuidado quando vem com o afeto dá uma continência maior a essa criança/adolescente.

Os menores que vivem nessa situação, tem como direito ser indenizado por danos morais, os quais são causados decorrente ao sofrimento pela figura paterna ausente já citada, abandono afetivo.

O filho, neste caso, pode ter a causa ganha ao obter e apresentar provas da falta de afeto e quaisquer cuidados durante todas as suas fases e criação, como por exemplo a ausência de assistência, seja ela social, psíquica ou moral.

Ainda que a indenização nas resolva os problemas causados ao longo dos anos é necessário e recomendado a ajuda de profissionais da saúde mental.

Em novembro de 2017, Peter Lemke Schrader, da comarca de São Luís de Montes Belos entendeu que o abandono pode gerar danos, condenando o pai a pagar essa falta num valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), visto que a ausência paterna na vida da menina lhe causou depressão, e até chegou a sofrer bullying na escola.

Cumprir realmente uma posição de pai é um ato nobre nos dias de hoje, principalmente quando não há mais laços afetivos com a mãe, pois isso influencia muito nos relacionamentos entre pais e filhos atualmente, que não é o que deveria acontecer, o filho foi fruto deste relacionamento e ambos devem assumir a responsabilidade de pais, Porém o que é muito comum é a rejeição vir de um término de relacionamento entre os pais, e acabam descontando nos filhos a falta de afeto que não possuem mais pelas mães. A atitude que os pais tem entre si é de extrema relevância para a união entre pai e filho, tendo em vista que, manter uma relação saudável, com respeito entre ambos, faz com que a convivência entre pai e filho aconteça de uma forma mais natural e pacífica.

Aprofundando o assunto em relação ao direito que o menor possui sobre o recebimento da pensão alimentícia, pode ser garantido por meio de um acordo entre os pais do mesmo ou por meio de decisão judicial, não havendo um valor pré-determinado para todos os casos. De início, o juiz irá analisar as necessidades que a

pessoa tem para sobreviver, com a possibilidade financeira de quem ficará responsável ao pagamento.

Aquele que for condenado ao pagamento da pensão alimentícia e agir de forma inadimplente, se negando a pagar, a mãe do menor poderá ajuizar uma ação de execução de alimentos, podendo haver a penhora dos bens do alimentante ou poderá haver a prisão do pai, não havendo neste específico caso a exclusão da dívida.

As leis para a falta de pagamento, muitas vezes não agem de forma tão simples e eficazes como deveriam ser, pois os pais algumas vezes, utilizam de alguns atos que fazem com que o processo fique cada vez mais longo e ineficaz, fazendo de tudo para não se tornarem responsável desta dívida, que é de direito de seu próprio filho. A mudança constante de endereço é um dos atos que dificultam ocorrer a localização do pai para dar andamento no processo, por conta disso deverá ser necessário informar mais de um endereço onde poderão localiza-lo, tudo para facilitar o andamento da ação.

Enquanto a ação vai cada vez mais se estendendo, a mãe fica responsável por todos os gastos financeiros que tem com seu filho, coisa que ultimamente está cada vez mais difícil, pois os preços de mercados e farmácias, entre outros, estão cada vez mais abusivos, sustentar um filho sozinha, é a cada dia que passa, um enorme desafio, estas mães deixam de fazer coisas para si, abrem mão de tudo, para dar a seus filhos, enquanto isso, os pais ficam cada vez mais se negando a prestar o auxílio financeiro, não se preocupando com as dificuldades que seu próprio filho possa estar vivendo em seu dia a dia.

Podemos ressaltar que o abandono afetivo é muito pior que o abandono material, já que carência financeira pode ser adotada por pessoas externas seja elas: família, amigos, ou até mesmo o Estado e no outro caso o ESTADO não pode suprir a necessidade afetiva dos menores.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de usarmos o termo abandono “afetivo” temos que deixar notório que não se trata de afeto, a obrigação aqui tutelada é a obrigação de cuidado que os pais tem decorrente do poder familiar para com seus filhos.

Estamos falando de um assunto que mexe com a sociedade de uma forma muito impactante, pois a nossa Constituição Federal de 1988, já prevê toda uma assistência, preocupação, preservação para criança e o adolescente, posteriormente veio o Estatuto Da Criança e do Adolescente e consolidou tudo isso.

Vale lembrar que não estamos falando apenas da ausência física desse pai ou dessa mãe, pois o abandono afetivo é voltado diretamente o que estes deixam de dar aos filhos.

Existe uma teoria, a qual foi muito bem formulada pois isso é um direito da Constituição Federal, sendo uma questão emblemática, a TEORIA DO DESAMOR, ou seja, o pai que tem um filho e desaparece, aquela criança sucumbe a vida inteira, vem sofrendo, se sente abandonada, fora o abandono material, ao longo dos anos, o mesmo não recebeu o principal, o amor e conhecer o pai de fato.

Ficou bem evidente que a Lei não pode obrigar o pai ou mãe a amar a criança/adolescente, amar é uma coisa e abandonar é outra. Este abandono cometido pelos pais não fica apenas na esfera cível, pode inclusive partir para esfera criminal, visto que é crime o abandono.

Entendeu o STJ que sim, cabe danos morais, pois estes configuram como presumíveis para quem sofreu a conduta tida com ilícita, a criança que foi abandonada, ela pode buscar a título de danos morais o valor pecuniário, justamente para pagar, não o sofrimento mas uma forma de punir esse pai ou essa mãe que o abandonou, não só de forma física.

É promissora a decisão do STJ que permite a reparação por abandono afetivo, assim tirando o que restava de dúvida acerca do assunto.

A análise das situações de abandono afetivo deve partir da averiguação da presença do dano sofrido pela vítima (e não a partir do ato do ofensor), conforme sustenta Giselda M. F. N. Hironaka.

A visualização primeira deve se o dano e não a sua origem ou causa, propriamente ditas, pois o que corre à frente é a circunstância da vítima. É pela vítima e pela expectativa de reorganizar, tanto quanto seja possível, a essência lesada que se procura sistematizar um novo perfil para a responsabilidade civil – como se esboça neste estudo –, quando a ausência afetiva tenha produzido danos ao partícipe da relação paterno-filial, mormente o filho.

Quanto a condenação vale citar uma decisão de relatoria da Nancy Andrigui do STJ, que é o recurso especial 1159242- São Paulo aonde um pai condenado a pagar R\$200.000 à filha que ele abandonou durante a vida inteira. Então o que acontece é gravíssimo, são apresentações escolares vazias, festas de aniversário sem a presença daquele genitor, é uma vida toda esperando por algo que nunca vai vir, portanto podemos entender o quanto é ilícito essa ausência na vida da criança/adolescente, pois os mesmos crescem com uma falta, crescem com um vazio.

Após essa decisão da ministra Nancy, já vieram várias outras com o mesmo entendimento, no sentido de demonstrar que abandonar filhos é sim um ato ilícito indenizável.

Muitos podem argumentar: “- Ah, mas a indenização não vai trazer o amor de volta!”

A intenção não é essa, pois o que existe no ordenamento jurídico hoje, a nossa disposição é a reparação de danos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988 em. 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 set. 2020.

BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 08 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 13 set. 2020

CARVALHO, Mayara. **Justiça determina que pai pague indenização de R\$100 mil à filha por abandono afetivo**. Jornal Opção. Disponível em: <<https://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/justica-determina-que-pai-pague-indenizacao-de-r100-mil-filha-por-abandono-afetivo-110391/>>. Acesso em 27 set. 2020.

CAVALCANTE, Lara Campelo. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como Fundamento da produção da existência em todas as suas formas**. Dissertação (mestrado). Universidade de Fortaleza, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049145.pdf>>. Acesso em: 15 set 2020.

FONSECA, Rodrigo. **O impacto emocional causado pela ausência do pai na infância, segundo a psicologia**. Disponível em: <https://www.sbie.com.br/blog/o-impacto-emocional-causado-pela-ausencia-do-pai-na-infancia-segundo-psicologia/>. Acesso em 29 set. 2020

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos** – além da obrigação legal de caráter material. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto

Moreira (Coords.). Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias. Salvador: JusPodivm, 2010.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Da Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural Edições, 1986.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**: volume único. 7. Ed. Rio de Janeiro: método, 2017.

## **AGÊNCIAS REGULADORAS: PRINCIPAIS ASPECTOS E A NOVA LEI Nº 13.848/2019**

**BEATRIZ DA COSTA E SILVA VIANA:**

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Advogada. Especialista em Direito Administrativo. Pós- Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós- Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela ESA/PI

**RESUMO:** O presente estudo visa expor as diretrizes teóricas e principais conceitos doutrinários concernentes ao estudo das agências reguladoras, realizando um cotejo entre os estudos da doutrina administrativista brasileira, jurisprudência do STF e a positividade legal conferida pela Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019, que regulamentou em âmbito federal a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

**PALAVRAS CHAVE:** agências reguladoras; autonomia; poder normativo; legislação.

**ABSTRACT:** The present study aims to expose the theoretical guidelines and main doctrinal concepts concerning the study of regulatory agencies, making a comparison between the studies of Brazilian administrative doctrine and the legal positivity conferred by Law No. 13848 of June 25, 2019, which regulated, in scope federal government on the management, organization, decision-making and social control of regulatory agencies.

**KEYWORDS:** regulatory agencies; autonomy; normative power; legislation.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 2. AGÊNCIAS REGULADORAS; 2.1. DISPOSITIVOS LEGAIS E NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS; 2.2. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA NA LEI Nº13.848/2019; 2.3. PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS; 2.4. TEORIA DA CAPTURA E O CONTROLE SOCIAL E LEGITIMIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS; CONCLUSÃO.

### **INTRODUÇÃO**

O escopo do presente estudo, não obstante expor as diretrizes teóricas e principais conceitos doutrinários concernentes ao estudo das agências reguladoras, tem por intuito realizar um cotejo entre os estudos da doutrina administrativista brasileira e a positividade legal conferida pela Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019, que regulamentou, em âmbito federal, a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.



A edição da referida lei acabou por dirimir eventuais controvérsias doutrinárias que pairavam no estudo de tal instituto, notadamente em relação à constitucionalidade da amplitude e do fundamento do poder normativo conferido às agências reguladoras, assim como sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da não coincidência dos mandatos dos dirigentes das agências com os dos chefes do Poder Executivo.

A origem das agências reguladoras se identifica com o Estado Democrático de Direito, ou Estado Regulador, subsidiário ou neoliberal. A evolução do direito administrativo demonstra que a história não é linear, que o direito se modifica na medida em que o Estado e a sociedade se transformam.

Há três grandes modelos de Estado de Direito, como se passa a expor. O Estado liberal de Direito, que surge com a Revolução Francesa, sendo marcado pela abstenção do Estado e a sua não intervenção na ordem econômica ou social, sendo um Estado preocupado com os direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão. O declínio da concepção clássica se deu em razão da crise pela quebra da bolsa de Nova York em 1929, demonstrando a necessidade de se criar soluções para as crises geradas pela concepção do liberalismo puro.

Por conseguinte, em prosseguimento ao declínio relatado, surge o Estado Social de Direito, que é um Estado prestador ou intervencionista, que vai intervir na ordem econômica e social, atuando e prestando serviços por si próprio, no intuito de promover a igualdade e reduzir as desigualdades sociais, visando garantir os direitos fundamentais de segunda dimensão, por meio de prestações positivas aos cidadãos.

Contudo, a ineficiência do Estado Social justificou o surgimento do Estado Democrático de Direito ou Estado Regulador que se caracteriza por ser intermediário entre os dois supracitados, pois, em que pese não prestar todos os serviços como o Estado Social, não vai ser omissivo como o Estado Liberal, promovendo uma diminuição do aparato estatal, especialmente com a devolução de atividades econômicas e delegação de serviços públicos aos particulares, que passariam a ser fomentados e regulados pelas agências reguladoras, transformando a intervenção estatal direta (prestação) em indireta (regulação).

No Brasil, referido Estado foi implementado na década de 90, notadamente pela Emenda Constitucional 19/98, que além de positivizar o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal, transformou a Administração Pública Burocrática em uma Administração Pública Gerencial, despreocupada com uma formalização excessiva, mas se preocupando com a efetivação dos direitos fundamentais e com o resultado das políticas públicas.

## **2. Agências Reguladoras**

## 2.1. Dispositivos legais e natureza jurídica das agências reguladoras

As fontes constitucionais das agências reguladoras são o art. 21, XI da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), alterado pela EC 08/1995, que determina a instituição de órgão regulador para o setor de telecomunicações, o art. 174 da CRFB que dispõe que o Estado é o agente normativo e regulador da atividade econômica e o art. 177, §2º, III da CRFB, que estabelece a existência de um órgão regulador do setor de petróleo e gás natural.

A natureza jurídica das agências reguladoras é de autarquias com regime jurídico especial, dotadas de autonomia reforçada em relação ao ente central, tendo em vista o fenômeno da despolitização, que acaba por conferir tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado e a necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas.

No que tange a sua atividade, as agências reguladoras exercem atividades administrativas clássicas, como o poder de polícia, gozam de poder normativo, tendo em vista a sua prerrogativa de editar atos normativos e, por fim, também atividades judicantes, pois tem a atribuição para resolver conflitos entre os agentes regulados.

Ressalta-se que a natureza especial das agências reguladoras, já delineada por parte da doutrina majoritária, foi positivada pelo legislador infraconstitucional na Lei nº13.848/2019<sup>77</sup>, na medida em que foi explicitada a ausência de tutela ou subordinação hierárquica, assim como a autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira:

*Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.*

§ 1º Cada agência reguladora, bem como eventuais fundos a ela vinculados, deverá corresponder a um órgão setorial dos Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Pessoal Civil da Administração Federal, de Organização e Inovação

---

<sup>77</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm) Acesso em: 26/03/2020.

Institucional, de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação e de Serviços Gerais.

§ 2º A autonomia administrativa da agência reguladora é caracterizada pelas seguintes competências:

I - solicitar diretamente ao Ministério da Economia:

- a) autorização para a realização de concursos públicos;
- b) provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal, observada a disponibilidade orçamentária;
- c) alterações no respectivo quadro de pessoal, fundamentadas em estudos de dimensionamento, bem como alterações nos planos de carreira de seus servidores;

II - conceder diárias e passagens em deslocamentos nacionais e internacionais e autorizar afastamentos do País a servidores da agência;

III - celebrar contratos administrativos e prorrogar contratos em vigor relativos a atividades de custeio, independentemente do valor.

§ 3º As agências reguladoras devem adotar práticas de gestão de riscos e de controle interno e elaborar e divulgar programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção.

Portanto, não há mais celeuma acerca do caráter especial das agências reguladoras, tendo em vista que a própria regulamentação legal positivou seu caráter especial, especificando inclusive as competências inerentes à sua autonomia administrativa, que será explicada no tópico seguinte.

## **2.2. Autonomia administrativa na Lei nº13.848/2019**

A chamada “Nova Lei das Agências Reguladoras” (Lei nº13.848/2019) reforçou a autonomia administrativa de tais entidades, vez que trouxe dispositivos expressos afirmando duas de suas características básicas: a estabilidade reforçada dos dirigentes e a impossibilidade de recurso hierárquico impróprio contra as decisões de tais entidades.

A nova lei pôs fim à divergência doutrinária acerca da impossibilidade do recurso hierárquico impróprio, seguindo a doutrina majoritária que já advogava no sentido de tal impossibilidade, em vista da ausência de previsão expressa. Em completa elucidação do tema e se posicionando ao lado da doutrina majoritária (Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello), Rafael Oliveira destaca que o recurso hierárquico impróprio é modalidade recursal excepcional só tolerada nos casos expressamente previstos em lei, tendo em vista a sua utilização no bojo de uma relação administrativa em que inexistente hierarquia, mas apenas vinculação (aquela relação existente entre pessoas administrativas, diferente da subordinação, que é inerente à estrutura interna das pessoas administrativas e órgãos públicos).

Neste ponto, não prevaleceu a posição da Advocacia Geral da União que no Parecer AC-051 defendeu a viabilidade de revisão pelo chefe do Executivo ou respectivo Ministério da decisão da agência por meio de provocação do interessado ou de ofício (avocatória), com fundamento na direção superior exercida pelo chefe do Executivo sobre toda a Administração Pública (art. 84, II da CRFB).

Ademais, também não prevaleceu a posição intermediária de Marcos Juruena Villela Souto de cabimento de recurso hierárquico impróprio por ilegalidade, mas descabimento em caso de conveniência e oportunidade (impossibilidade de revogação da decisão regulatória).

Outro aspecto da autonomia administrativa das agências reguladoras pode ser demonstrado pela estabilidade de seus dirigentes, caracterizada pelo exercício de mandato a termo, não coincidente com o mandato do agente político, bem como pela impossibilidade de exoneração *ad nutum*. Em que pese parcela doutrinária advogar no sentido da inconstitucionalidade da não coincidência de mandatos, vez que violaria o princípio republicano, cuja essência é a temporariedade dos mandatos, prevaleceu o entendimento da constitucionalidade da ausência de coincidência, defendido por Rafael Oliveira e Marcos Juruena Villela Souto.

Como argumentos, tais doutrinadores ressaltam que o objetivo da regulação é despolitizar a área regulada e com a ausência de coincidência, o chefe do Executivo, responsável pela nomeação do dirigente não possui poder de ingerência e pressão, vez que a legislação veda a exoneração *ad nutum* e a prorrogação indireta e disfarçada do respectivo mandato. Ademais, a ausência de vinculação entre os mandatos reforça a independência dos dirigentes, que são responsáveis por decisões técnicas, bem como dos órgãos colegiados que são formados por correntes diversas de pensamento da sociedade (pluralismo político).

No intuito de positivizar tal entendimento o Capítulo VII da Lei nº13.848/2019 efetuou mudanças nas legislações específicas das agências reguladoras para estabelecer que o Diretor-Geral e os Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de 5 anos, vedada a recondução, adotando, portanto, a corrente que advoga pela não coincidência dos mandatos.

### **2.3. Poder Normativo das Agências Reguladoras**

O poder normativo das agências reguladoras pode ser conceituado como um espectro da autonomia conferida às mesmas para editar atos administrativos normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros legais, no âmbito do setor regulado.

Em que pese parcela doutrinária advogar no sentido da inconstitucionalidade do poder normativo amplo das agências reguladoras, tendo em vista a violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e da legalidade, prevaleceu o entendimento oposto, no sentido da legitimidade da edição de atos normativos técnicos.

Neste sentido, a Lei nº13.848/2019 destinou dispositivos expressos para a edição de atos normativos, ressaltando inclusive a necessidade de observância ao princípio da proporcionalidade (adequação entre meios e fins) além da necessidade de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) para adoção e propostas de alteração de atos normativos de interesse geral<sup>78</sup>:

Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de

---

78 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm) Acesso em: 26/03/2020.

Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Isso posto, fácil inferir que prevaleceu o entendimento defendido por Rafael Oliveira no sentido da constitucionalidade do poder normativo técnico ampliado reconhecido às agências reguladoras, que poderão editar atos normativos, respeitados os parâmetros (*standards*) legais, em razão do fenômeno da deslegalização. Acompanhando tal entendimento, cite-se José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Santos Aragão e Marcos Juruena Villela Souto.

Por “deslegalização” ou “delegificação” se entende ser a retirada, pelo próprio legislador, de determinada matéria do domínio da lei, trazendo-a para o domínio do ato administrativo, respeitando os limites da lei delegificadora. Oliveira ressalta que “com a deslegalização, opera-se uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada por lei e passa para a seara do ato administrativo normativo”<sup>79</sup>.

Na nova lei das agências reguladoras positiva-se a constitucionalidade de tal poder normativo também no capítulo IV, artigo 29, ao dispor que no exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar “atos normativos conjuntos” dispendo sobre a matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.

Ademais, cabe ressaltar que o poder normativo das agências reguladoras já foi devidamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que em recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 561080, julgada em 08 de agosto de 2019, concluiu que os Estados não podem expedir normas que descumpram as competências das agências reguladoras:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 13.578 DO ESTADO DA BAHIA. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE TAXA DE RELIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM CASO DE CORTE DE FORNECIMENTO POR FALTA DE PAGAMENTO. ESTABELECIMENTO DE PRAZO MÁXIMO DE 24 (VINTE E QUATRO) HORAS PARA RESTABELECIMENTO DO FORNECIMENTO, SEM QUALQUER ÔNUS PARA O CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS**

---

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

<sup>80</sup> <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341747337&ext=.pdf>. Acesso em: 26/03/2020.

ARTIGOS 21, XII, B; 22, IV, E 175, PARÁGRAFO ÚNICO, I, II E III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA DISCIPLINAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA. REFLEXOS NA FORMA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E NA RESPECTIVA POLÍTICA TARIFÁRIA. **REGULAÇÃO SETORIAL ESPECÍFICA DA ANEEL SOBRE O TEMA. AUSÊNCIA DE LACUNA NA REGULAÇÃO SETORIAL. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (ARTIGO 24, V E VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO.**

#### **2.4. Teoria da Captura e o controle social e legitimidade das agências reguladoras**

A teoria da captura pode ser conceituada como o risco potencial de captura dos interesses pelos grupos economicamente mais fortes e politicamente mais influentes, em detrimento de consumidores e usuários de serviços públicos regulados, estabelecendo-se como uma relação promíscua entre a própria agência reguladora e os exercentes da atividade regulada, em franco prejuízo aos consumidores usuários.

Para evitar tal fenômeno, torna-se imprescindível o fortalecimento da transparência do processo regulatório e efetivação de instrumentos de democracia direta na elaboração de decisões e normas regulatórias, tais como consultas e audiências públicas e presença de representantes da sociedade civil nos órgãos colegiados das agências reguladoras.

Em consonância com tal propósito, a nova lei das agências reguladoras destinou capítulo próprio para a prestação de contas e o controle social (capítulo II), estipulando que o controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 14), além de prever a instituição de uma ouvidoria nas entidades, constituindo atribuição do ouvidor zelar pela qualidade e tempestividade dos serviços, acompanhar o processo interno de apuração de denúncias e reclamações dos interessados e elaborar relatório anual de ouvidoria sobre as atividades da agência (artigo 22).

#### **CONCLUSÃO**

De todo o exposto verifica-se que a nova lei das agências reguladoras veio positivar e dar maior força aos institutos doutrinários que permeavam tais autarquias em regime especial, conferindo destaque à autonomia administrativa e técnica de

tais entidades, mas sem deixar de lado o controle social e transparência necessário para o bom desempenho da atividade regulatória.

Neste sentido, as agências reguladoras, que surgiram com a transição da Administração Burocrática para a Administração Gerencial podem cada vez mais cumprir seu propósito de não apenas regular os serviços públicos concedidos aos particulares, mas também pela grande necessidade de controle de determinadas atividades privadas relevantes.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Regulatórias e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



## **O ESTADO E A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA: ENTRE A GARANTIA E AS AMEAÇAS, UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**WILLIAN SANTANA DE BARROS:** Aluno do programa de Mestrado em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 40º subdistrito da Comarca da Capital-SP (Brasilândia).

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar o desenvolvimento histórico do conceito de autonomia universitária no Brasil República e, a partir da constitucionalização do tema em 1988, sua extensão, sentido e múltiplas implicações na colisão inevitável com outros princípios constitucionais. Neste passo, faz-se um panorama da eficácia do princípio autônomo na vigência da Constituição Federal de 1988, constatando-se o desenvolvimento de três modelos bem distintos e com características próprias, o das universidades estaduais paulistas, o das universidades federais e o das universidades privadas. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete último da Carta Magna foi visitada, constatando-se o papel complexo e contraditório desenvolvido pelo Estado na consolidação e aplicação do princípio da autonomia universitária: ao mesmo tempo em que é protagonista em sua promoção e garantia, também é o seu maior violador, pelo que se faz necessário o fortalecimento de mecanismos de tutela e reforço a este princípio indispensável ao pleno desenvolvimento das funções sociais das universidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia universitária. Conceito. Eficácia. Função do Estado. Jurisprudência do STF.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the historical development of the concept of university autonomy in Brazil Republic and, from the constitutionalization of the theme in 1988, its extension, meaning and multiple implications in the inevitable collision with other constitutional principles. In this step, an overview is made of the effectiveness of the autonomic principle under the Federal Constitution of 1988, with the development of three very distinct models with their own characteristics, that of the state universities in São Paulo, that of the federal universities and that of the private universities. The jurisprudence of the Federal Supreme Court, the last interpreter of the Constitution, was visited, confirming the complex and contradictory role developed by the State in consolidating and applying the principle of university autonomy: at the same time that it is a protagonist in its promotion and guarantee, also it is its greatest violator, so it is necessary to

strengthen guardianship mechanisms and reinforce this essential principle for the full development of the social functions of universities.

**KEYWORDS:** University autonomy. Concept. Efficiency. State function. STF Jurisprudence.

**SUMÁRIO.** INTRODUÇÃO. 1. ITINERÁRIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2. CONCEITO DE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. 3. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 4. O ESTADO COMO ARTÍFICE E ANTAGONISTA DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. 5. A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A concepção de que as Universidades são instituições de relevante valor social para o desenvolvimento de uma comunidade, seja pela produção e difusão de conhecimento, seja pela capacidade de geração de soluções técnicas que resolvam demandas sociais e econômicas, não passaria de uma formulação abstrata sem que estas instituições fossem dotadas de ferramentas para a realização de sua vocação.

Se são aptas a produzir e difundir conhecimento, as Universidades também são capazes de incomodar, revelando verdades inconvenientes a grupos de interesse com poder econômico e político suficiente para inibir-lhes o funcionamento livre e desembaraçado.

Não é à toa que, em tempos de negacionismo e obscurantismo, as Universidades, ao lado das artes, costumam ser uma das instituições sociais mais atacadas, seja de forma direta, por meio do discurso ou de atos concretos de violência, seja de forma oblíqua, com políticas públicas que dificultam seu funcionamento autônomo, e.g. indicação de reitores de Universidades públicas pelo Chefe do Poder Executivo sem observância da escolha da comunidade acadêmica<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> São diversos os exemplos desta conduta na realidade brasileira recente. Por todos: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,serra-escolhe-2-da-lista-triplice-para-reitor-da-usp,465898>>. Acesso em 12.11.2020. <<https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/ensino-superior/2020/11/4890043-bolsonaro-nomeia-o-2-colocado-da-lista-triplice-para-reitor-da-ufpi.html>>. Acesso em: 25.11.2020. Conforme reportagem de setembro de 2020 do UOL: "Desde o início do governo, 25 reitores de universidades federais já foram escolhidos por Bolsonaro. Destes, 14 foram indicados sem liderar uma lista tríplice, conforme levantamento da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes)". Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2020/09/17/bolsonaro-escolhe-3-de-lista-triplice-como-reitor-da-ufrgs.htm>>. Acesso em 12.11.2020.

Por outro lado, e Estado, por meio do financiamento do ensino público universitário, tem importante papel no fortalecimento da autonomia financeira das instituições universitárias, passo importante, mas não suficiente para a efetiva autonomia das Universidades.

Neste passo, o Estado exerce um papel ambíguo, ora se colocando como garantidor, impulsionador e artífice da autonomia das Universidades, ora se apresentando como ameaça concreta ao livre exercício das atividades acadêmicas.

Este estudo pretende, em breves linhas, discorrer acerca do conteúdo do princípio da autonomia universitária, de seu desenvolvimento e consolidação no Brasil República e das tensões envolvendo a relação Estado x Universidade, com destaque para o direito natural à resistência em face de condutas abusivas do Estado contra a liberdade acadêmica.

Por fim, tendo sido o conceito de autonomia universitária constitucionalizado em 1988, faz-se mister analisar de que forma seu conteúdo, extensão e sentido têm sido delineados pelo intérprete máximo da Constituição Federal de 1988, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, tarefa à qual se presta o último capítulo do presente trabalho.

## **1. ITINERÁRIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) consagrou a autonomia universitária como princípio no capítulo da Carta Magna dedicado à educação, à cultura e ao desporto. Nos termos do art. 207 do texto constitucional:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Todavia, a autonomia universitária, ainda que em alcance e extensão distintos do que verifica atualmente no ordenamento jurídico, já se apresentava como garantia do sistema de ensino superior desde muito antes da edição da carta constitucional vigente.

Ainda nas primeiras décadas da República, a Lei Rivadavia Correa (Decreto n. 8.659/1911), ementada como “lei Organica do Ensino Superior e do Fundamental na Republica”, ficou conhecida como reforma do ensino livre e previa a autonomia didática e administrativa dos “Institutos de ensino superior e fundamental”, devendo-se, a menção ao ensino fundamental, ao Colégio Pedro II, que integrava a organização administrativa Federal, como ocorre ainda em 2021.

O art. 2º da norma previu autonomia a tais instituições, tanto do ponto de vista didático, quanto administrativo. Já o art. 6º as autorizava a organizar os programas de seus cursos, instrumentalizando ou efetivando a pretensa autonomia didático-científica<sup>82</sup>.

Nas palavras do próprio Ministro Rivadavia Correa, autor do Decreto, conforme publicação de 1912:

Acreditando que a intervenção do Estado nas coisas do ensino foi sempre perturbadora e representou um papel principal no descrédito dos institutos, o legislador afastou-a de modo claro e positivo<sup>83</sup>.

O artigo 7º da norma tratava das fontes de receita dos Institutos de ensino superior, as quais abrangiam, entre outras, o pagamento de taxas de matrícula e de frequência aos cursos pelos alunos. De modo incipiente, o dispositivo dispunha acerca de ferramentas voltadas à autonomia financeiras das instituições de ensino superior<sup>84</sup>.

---

82 Art. 2º Os institutos, até agora subordinados ao Ministerio do Interior, serão, de ora em diante, considerados corporações autonomas, tanto do ponto de vista didactico, como do administrativo.

Art. 6º Pela completa autonomia didactica que lhes é conferida, cabe aos institutos a organização dos programmas de seus cursos, devendo os do Collegio Pedro II revestir-se de caracter pratico e libertar-se da condição subalterna de meio preparatorio para as academias.

83 CURY, Carlos Roberto Jamil. A desoficialização do ensino no Brasil: a reforma Rivadavia. Educação Social, Campinas, V. 30, n. 108, p. 726. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/es/v30n108/a0530108>>. Acesso em: 14.11.2020.

84 Art. 7º A personalidade juridica investe as corporações docentes da gerencia dos patrimonios respectivos, cuja constituição se obterá da seguinte fórmula:

- a) com os donativos e legados que lhes forem destinados;
- b) com as subvenções votadas pelo Congresso Federal;
- c) com os edificios de propriedade do Estado, nos quaes funcionarem os institutos;
- d) com o material de ensino existente nos institutos, laboratorios, bibliothecas e o que para elles for adquirido;
- e) com as taxas de matricula, de certidões, de bibliotheca, de certificados e das que, por força desta lei, venham a reverter para o dito patrimonio.

Este dispositivo deve ser lido de forma conjunta com o art. 127, parágrafo único do Decreto, que previa a complementação orçamentária pela União para as Instituições de ensino fazerem frente a suas despesas<sup>85</sup>.

Em reforço a uma incipiente autonomia financeira às Instituições de ensino superior, o art. 138 do Decreto Rivadavia Correa previa a possibilidade de reformas regulamentares ou estatutárias em matéria financeira:

Art. 139. As Congregações dos institutos de ensino, por força da autonomia administrativa e didactica que lhes é garantida pela presente lei, ficam com a liberdade de modificar ou reformar as disposições regulamentares e as inherentes á intima economia delles.

De nítido viés positivista, a reforma Rivadavia Correa buscou dar cabo ao *status* oficial do ensino, prevendo que as escolas de ensino secundário e superior passariam a ser entidades corporativas autônomas. Conforme bem assinalado por Maria Thetis Nunes<sup>86</sup>, o Ministro Rivadavia Correa se insurgiu contra o sistema tradicional de ensino, então vigente:

Levando o liberalismo político às últimas consequências, dentro do positivismo ortodoxo, resolveu retirar do Estado a interferência no setor educacional, estabelecendo o ensino livre. Sem as peias oficiais, poderia, julgava ele, o ensino desenvolver-se segundo as necessidades imediatas do Brasil.

Entre diversas análises críticas acerca da reforma Rivadavia, todas trilhando no sentido de seus efeitos negativos na qualidade dos cursos secundários e superiores, pode-se extrair a de Geraldo Bastos Silva<sup>87</sup>, para quem os resultados da reforma em questão, com a desoficialização do ensino, foram desastrosos, resultando, tanto no ensino secundarista, quanto no ensino superior, em profundo estado de decadência.

---

f) com as porcentagens das taxas de frequência dos cursos, das inscrições em exames, etc., etc.  
85 Art. 127. Os docentes e funcionarios, nomeados na vigencia do regimen escolar creado pela presente lei, receberão os seus vencimentos na thesouraria do instituto a que pertencerem.

Paragrapho único. Para este effeito e demais despezas, o Governo entregará aos institutos de ensino, emquanto os patrimonios delles não bastarem á satisfação das necessidades materiaes e pedagogicas, e sob o titulo de subvenção, as quantias necessarias e votadas em lei.

86 NUNES, Maria Thetis. *Ensino secundário e sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: ISEB, 1962. p. 96.

87 SILVA, Geraldo Bastos. *A educação secundária: perspectiva e teoria*. Rio de Janeiro: Nacional, 1969.

A despeito do potencial de conferir maior liberdade de cátedra, pelo reforço da autonomia didático-científica, administrativa e financeira, a Reforma Rivadavia acabou por gerar um efeito secundário de precarização do ensino superior, situação que lembra, com a devida contextualização, o que ocorreu com o ensino superior no Brasil nas últimas duas décadas, marcadas por intensa mercantilização do setor, após a edição da Lei de Diretrizes e Bases de 1996.

Este caráter contraditório da Reforma de 1911, em análise que pode se projetar para os tempos atuais, é bem exposto por Carlos Roberto Jamil Cury:

Ficou a lição de que a saída ou o recuo do Estado em matéria de educação abre o campo para alguns setores sadios da sociedade civil. Mas, ao mesmo tempo, abre o flanco para transformar a educação, serviço público e bem público, em um serviço identificado com um bem qualquer, mercadoria vendável no mercado.<sup>88</sup>

A experiência malsucedida do Decreto Rivadavia Correa levou à revogação de muitos de seus dispositivos em 1915, pelo Decreto n. 11.530 de 18 de março, alcunhado Decreto Carlos Maximiliano, em homenagem ao seu autor e então Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Entre muitas mudanças, o adjetivo “oficial” retornou para junto dos institutos de ensino mantidos pela União, que também passou a exercer diversas prerrogativas das quais prescindira com a reforma de 1911, como o registro de diplomas e a inspeção sobre os institutos de ensino superior.

Já na era Vargas, após a criação do Ministério da Educação em 1930, foi realizada uma nova reforma universitária (“Reforma Francisco Campos”), com a edição do então denominado “Estatuto das Universidades” (Decreto Presidencial n. 19.851/1931).

Esta norma teve a virtude de institucionalizar a figura da Universidade, em reforço à previsão existente no ordenamento jurídico desde 1911 com a Reforma Rivadavia, mas arrefecida em 1915 pela Reforma Carlos Maximiliano. Tal institucionalização se deu na esteira de uma “nítida ação dirigida à inovação dos ideais educacionais da época”<sup>89</sup>.

---

88 CURY, Carlos Roberto Jamil. *Op. Cit.* p. 735.

89 MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29074-29092-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14.11.2020. p. 5.

A autonomia universitária foi contemplada pelo Decreto de 1931, limitada, contudo, pelos termos da própria norma em análise. Não se cogitava, então, de regulação constitucional na matéria:

Art. 9º do Decreto n. 19.851/1931. As universidades gozarão de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, didática e disciplinar, nos limites estabelecidos pelo presente decreto, sem prejuízo da personalidade jurídica que tenha ou possa ser atribuída pelos estatutos universitários a cada um dos institutos componentes da universidade.

Importantes normas que se seguiram, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1961 (Lei n. 4.024/1961) e a Lei n. 5.540/1968 (normas sobre organização e funcionamento do ensino superior) previam a autonomia como prerrogativa das Universidades, nas suas vertentes didático-científica, administrativa e financeira, todavia a condicionando quer à própria lei que a previa, quer aos estatutos universitários:

Art. 80 da Lei n. 4.024/1961. As Universidades gozarão de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, que será exercida na forma de seus estatutos.

Art. 3º da Lei n. 5.540/1968. As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos.

No contexto dos debates acerca da autonomia universitária no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, dois principais aspectos são dignos de nota.

Primeiramente, as discussões nas comissões e subcomissões temáticas, comissão de sistematização e plenário gravitaram em torno de uma pretensa limitação da autonomia universitária. As propostas então apresentadas perpassavam pelo seu condicionamento à lei ordinária, ao controle social e à exigência de indissociabilidade entre ensino e pesquisa, obtendo, esta última vertente, ampla vitória sobre as demais<sup>90</sup>.

Aliás, a sujeição da autonomia universitária ao “princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão” representa, mais do que uma limitação, uma

---

90 NUNES, Édson de Oliveira. Educação Superior no Brasil: estudos, debates, controvérsias. Rio de Janeiro: Garamond, 2013. p. 36.

conquista ou garantia, uma vez que atribui ao conceito jurídico indeterminado o mínimo de concreção, com atributos que, a par de valorizarem a pesquisa enquanto elemento ínsito à vida acadêmica, preconizam a extensão de suas atividades e produtos à comunidade externa.

Um segundo aspecto destacado atina com a limitação da autonomia das instituições de ensino superior, na concepção formulada pelo constituinte, às Universidades, sem contemplação das instituições isoladas, então em número muito maior do que as primeiras (83 Universidades contra mais de 700 estabelecimentos não universitários).

Apenas com a edição da nova Lei de Diretrizes e Bases em 1996 (Lei n. 9.394/1996), ampliou-se a possibilidade de concessão de autonomia para as instituições de ensino superior não universitárias, desde que “comprovem alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo Poder Público”, sem prejuízo da possibilidade de suspensão temporária das prerrogativas de autonomia (art. 46, §1º).

Por fim, a autonomia foi enunciada como prerrogativa das instituições universitárias no art. 207 da Constituição Federal de 1988. Conforme sustenta Anna Cândida da Cunha Ferraz, o constituinte se apercebeu que a experiência prévia, de reconhecer a autonomia universitária na via legislativa comum, fora pouco efetiva e, portanto, insuficiente para que as Universidades pudessem cumprir sua relevante finalidade de modo realmente autônomo e independente<sup>91</sup>.

## 2. CONCEITO DE AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

O conceito de autonomia universitária, assim como de diversos outros institutos jurídicos, é dinâmico e altamente contextual, ou seja, a autonomia das universidades medievais de Paris ou Bolonha não é a mesma da Universidade de Berlim no século XIX ou das universidades brasileiras durante a Assembleia Constituinte de 1987<sup>92</sup>.

Em sentido amplo, abrange prerrogativas de autogoverno atribuídas às Universidades nas áreas didático-científica, administrativa e de gestão financeira e

---

<sup>91</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A autonomia universitária da Constituição de 05.10.1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1999. V. 215, p. 117-142. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47311>. Acesso em: 02.11.2020. p. 117.

<sup>92</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Trinta anos de autonomia universitária: resultados diversos, efeitos contraditórios. *Educação Social*, Campinas, V. 39, n. 145, p. 947.



patrimonial para melhor desempenho de suas atividades finalísticas de ensino, pesquisa e extensão<sup>93</sup>.

O conceito não foge àquele geral de autonomia aplicável ao direito público, qual seja, de um “poder derivado funcional, limitado pelo ordenamento que lhe deu causa”<sup>94</sup>. Tal poder é derivado porquanto resulta do ordenamento jurídico em que se funda; funcional na medida em que se volta ao alcance de finalidade de interesse público, representado pelo valor social atribuído ao ensino, pesquisa e extensão realizados pelas Universidades e limitado, uma vez que não é absoluto, devendo ser compatibilizado com outros valores e princípios constitucionais, a exemplo dos direitos e garantias fundamentais e dos princípios gerais da Administração Pública.

Neste sentido, há muito, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que autonomia universitária é limitada, não se confundindo com soberania ou independência. Por todos:

Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da autonomia universitária não significa soberania das universidades, devendo estas se submeter às leis e demais atos normativos<sup>95</sup>.

Em diversas passagens, a Constituição Federal confere o atributo da autonomia a órgãos e entidades públicos: à União, aos estados, aos Municípios e ao DF (art. 18), ao Poder Judiciário (art. 99), ao Ministério Público (art. 127, § 2º), às Defensorias Públicas estaduais (art. 134, § 2º), aos órgãos e entidades da administração direta e indireta (art. 37, § 8º), às entidades desportivas e associações (art. 217, I) e às instituições de pesquisa científica e tecnológica (art. 207, § 2º).

Não cuidou o constituinte, em nenhum destes casos, de delegar os limites da autonomia conferida à lei.

Seguindo esta linha de raciocínio, trata-se, o princípio autônomo das Universidades, nos termos assegurados pelo constituinte originário, de norma autoaplicável, ou, no escólio de José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata<sup>96</sup>.

Não é outra a conclusão de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

---

93 *Idem*. p. 947.

94 *Ibidem*. p. 951

95 Ag em RE n. 561.398, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 23.6.2009, 2ª Turma, DJE de 7-8-2009.

96 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora RT, 1968. p. 96.

Assim, pois, a própria norma constitucional regula inteiramente o assunto, em normatividade acabada e completa. Se criada uma universidade pública, qualquer que seja a esfera política que o faça, terá esta assegurada a autonomia, com os contornos definidos na Constituição Federal. Destarte, a autonomia universitária será exercida nos termos da Constituição e não nos termos da lei<sup>97</sup>.

Logo, se o art. 207 da Constituição Federal é o enunciado normativo central do princípio da autonomia universitária, seu sentido, extensão e alcance apenas podem ser extraídos a partir da leitura conjugada e sistemática de diversos outros dispositivos constitucionais, tanto do capítulo III, dedicado à educação, à cultura e ao desporto, quanto dos demais capítulos, a exemplo daqueles que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos, das competências administrativas e legislativas dos entes federados (artigos 21 e seguintes) e da Administração Pública e dos servidores públicos (art. 37 e seguintes).

Neste diapasão, a autonomia, uma vez concedida pelo ente instituidor, ou seja, o Constituinte, “pode por este - e somente por ele - ser definida com maior ou menor amplitude, abrangendo um grau mais ou menos elevado ou tendo um conteúdo mais ou menos diversificado<sup>98</sup>”.

Portanto, não havendo limitação ou proibição na Constituição, o princípio da autonomia operará de forma plena. Ao contrário do que se verifica com a atuação ordinária da Administração Pública direta e dos demais entes da Administração Pública Indireta, pautada sempre pelos termos expressos da lei (princípio da legalidade para a Administração), o ente cuja autonomia é definida na Constituição, como se verifica com as Universidades, têm na liberdade a bússola de sua atuação, respeitados, por certo, os limites impostos, de forma explícita ou implícita, pela própria Carta Magna.

A partir da leitura do art. 207 da Constituição Federal, em interpretação literal, já se pode extrair que a autonomia universitária abrange um tríplice aspecto, considerando as atividades-fim destas relevantes instituições (autonomia didático-científica), assim como suas atividades-meio (autonomia administrativa e financeira).

Seguindo esta linha de raciocínio, pautada na intangibilidade da autonomia constitucional, quando a legislação discorre acerca do tema, de forma direta ou indireta, deve o fazer no sentido de explicitar o sentido da autonomia garantida constitucionalmente, elencando poderes e prerrogativas que dela decorrem, mas não

---

97 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Idem*. p. 123.

98 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Ibidem*. p. 118.

a limitando sem amparo na Constituição, única norma com aptidão para fazê-lo. Nestes termos, deve ser compreendido o art. 54 da Lei de Diretrizes e Bases vigente, que arrola, a título exemplificativo, e não exaustivo, poderes decorrentes da autonomia universitária:

Art. 54 da Lei n. 9.394/1996. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal. (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão:

I - propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis;

II - elaborar o regulamento de seu pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes;

III - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor;

IV - elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais;

V - adotar regime financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento;

VI - realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos;

VII - efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.

Não é outro o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, conforme se pode extrair de parecer acerca da "Autonomia universitária e a criação de cursos na área

da saúde”, texto no qual conclui que, embora a autonomia universitária seja regulada por lei, a norma infraconstitucional deve fazê-lo sem frustrar a garantia constitucional:

Por mais controvérsias que possa originar a expressão 'autonomia universitária', ninguém nega que indique ela autodeterminação e autonormação. Que essas autodeterminação e autonormação não são absolutas, não se discute; ambas existem e são desempenhadas dentro dos limites da lei, e desde que essa lei seja razoável, de modo a não frustrar a garantia constitucional. Mas onde a lei não as limita, são plenas.<sup>99</sup>

Em linha com essa leitura constitucional do princípio da autonomia universitária, podem-se estabelecer duas ordens de limitações. Uma primeira de âmbito geral, atinente à observância de normas e princípios gerais da Constituição, como os direitos e garantias fundamentais e os princípios que regem a organização da Administração Pública (artigos 37 e seguintes).

Uma segunda vertente de limitações à autonomia universitária é mais específica e pode ser extraída tanto do capítulo II (“Da educação, da cultura e do desporto”), inserido no Título VIII (dispõe acerca da “Ordem Social”), quanto de diversas outras normas dispersas ao longo do texto constitucional.

Neste sentido, podem-se mencionar, entre outras normas limitativas, a já apontada indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, disposta no art. 207, bem como os princípios elencados no art. 206 da Constituição, e.g. “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”, “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”, “gestão democrática do ensino público, na forma da lei”, “garantia de padrão de qualidade”, entre outros.

Do art. 209, pode-se abstrair que a autonomia universitária, ao ser estendida a instituições privadas, deve observar as condições de “cumprimento de normas gerais da educação nacional” e “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

Neste esforço de leitura conjugada de diversos princípios constitucionais, alguns conflitantes entre si, pode surgir a necessidade de interpretação

---

<sup>99</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Autonomia universitária e a criação de cursos na área da saúde. **Revista Forense**. vol. 329. p. 169.

constitucional harmônica, a qual deve ser levada a efeito com a busca da preservação da unidade da Constituição:

Em outras palavras, o intérprete deve perseguir a *concordância prática* entre normas constitucionais que estejam em tensão, buscando preservar, ao máximo possível, os valores e interesses que lhes são subjacentes.<sup>100</sup>

Para além das normas constitucionais expressas e implícitas, leis próprias dos diversos entes federados poderão dispor acerca da organização e desenvolvimento do respectivo sistema de ensino superior, e.g. criação de Universidades, os sistemas de tutela ou supervisão que assume, normas orçamentárias, entre outras. Contudo, conforme bem assinalado por Ferraz, “tais leis não poderão, em nenhum passo, restringir, reduzir, diminuir ou afetar, ainda que de modo indireto, a autonomia universitária, cujos limites, repita-se, estão na Constituição e só dela podem ser extraídos<sup>101</sup>”.

### **3. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Para além da relevância da normatização constitucional do tema da autonomia universitária e do seu aspecto simbólico, cumpre questionar acerca da eficácia do instituto, ou seja, dos seus efeitos práticos e concretos na organização das Universidades e, de forma mediata, na realidade social em que inseridas.

No ensejo dos 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Professora do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Nina Ranieri, escreveu artigo apresentando um balanço do princípio da autonomia universitária ao longo destes seis lustros.

A constatação central do texto gira em torno do desenvolvimento, ao longo das três décadas, de três principais modelos de autonomia universitária no Brasil, cada qual com suas virtudes e vicissitudes, quais sejam: o das universidades privadas, o das universidades federais e o das universidades estaduais paulistas.

Não obstante cada qual destes modelos se destaque em um determinado aspecto, o modelo das universidades estaduais paulistas se mostra mais efetivo, visto que conjuga, a um só tempo, disponibilidade orçamentária e financeira com

---

100 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 356.

101 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Idem*. p. 126.

resultados acadêmicos e científicos de relevo, em provável relação de causa e consequência<sup>102</sup>.

A reserva orçamentária voltada às universidades estaduais paulistas foi prevista inicialmente pelo Decreto estadual n. 29.598/1989<sup>103</sup>, em cuja ementa consta que a norma “dispõe sobre providências visando a autonomia universitária”. O montante de recursos reservados às Universidades do estado partiu de 8,4% da arrecadação do ICMS - quota parte do Estado - no mês considerado, alcançando, mediante sucessivas ampliações por leis orçamentárias anuais, o importe atual de 9,57% do mesmo tributo, sendo que sua liberação se dá por meio de duodécimos mensais, com administração autônoma destas verbas pelas próprias instituições.

Agopyan e Toneto Jr. ressaltam que, entre a instituição do modelo de orçamento vinculado em 1989 e o ano de 2015, a USP quase que dobrou o número de alunos matriculados, aumentou em torno de 300% a quantidade de títulos de doutorado outorgados e ampliou, proporcionalmente, a quantidade de seus programas de pós-graduação avaliados com a nota máxima 7 nas avaliações da Capes<sup>104</sup>.

Destinada às três universidades estaduais paulistas (Universidade de São Paulo – USP, Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP e Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP), esta reserva orçamentária, se tem a virtude de fornecer certa estabilidade financeira para o custeio do ensino, pesquisa e extensão no estado, não prescinde de constante aprimoramento jurídico e institucional, principalmente no que diz respeito à fiscalização da execução orçamentária para busca da eficiência na alocação destes recursos e verificação do cumprimento de normas orçamentárias e princípios da Administração Pública, finalidades que têm importantes atores nas próprias universidades e em autoridades do Executivo, Legislativo (incluso o Tribunal de Contas), do Judiciário e do Ministério Público.

Portanto, o modelo estadual paulista, conquanto seja o que alcança melhores resultados no país, considerando-se a produtividade acadêmica, inovação e, em última análise, a autonomia didático-científica de seus atores e partícipes, não é imune a problemas.

---

<sup>102</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Idem*. p. 948.

<sup>103</sup> BRASIL. Decreto estadual de SP n. 29.598, de 2 de fevereiro de 1989. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=35148>>. Acesso em: 08.11.2020.

<sup>104</sup> AGOPYAN, Vahan; TONETO JR., Rudinei. O desequilíbrio financeiro da Universidade de São Paulo: origens e medidas de ajuste. Dossiê Universidade em Movimento. Revista USP. São Paulo, n. 105, p. 19-32, abr./jun. 2015. **Disponível em** <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i105p19-32>. **Acessado em: 08.11.2020.** p. 21.

A vinculação orçamentária prevista legalmente não tem o condão de sanar a escassez de recursos público que eventualmente pode se apresentar em razão tanto na queda da arrecadação<sup>105</sup>, quanto do aumento pela demanda de recursos públicos.

Neste contexto de disputa orçamentária, ainda no âmbito do estado de São Paulo, além da vinculação estabelecida em favor das três Universidades estaduais, há também a vinculação mais ampla e genérica de 30% do orçamento para a manutenção e o desenvolvimento do ensino público<sup>106</sup>, assim como aquela prevista na Constituição Federal e regulamentada por leis federais no contexto do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

Some-se a isso a crescente demanda por aprimoramento da qualidade do ensino básico e por vagas no ensino superior, que tem levado, neste último caso, à ampliação das vagas ofertadas pelas Faculdades de Tecnologia (FATECs) e a criação de novas Universidades, a exemplo da Universidade Virtual do estado de São Paulo (UNIVESP) pela Lei estadual n. 14.836/2012.

Este quadro conduz a uma constante disputa orçamentária entre os setores da educação básica e da educação superior, bem como entre as próprias instituições de ensino superior, conforme bem demonstrado em estudo de Carlos Antônio Luque<sup>107</sup>.

Por sua vez, o modelo das universidades federais se depara com problemas de natureza administrativa e financeira, não se mostrando efetivo. De acordo com Nina Ranieri, entre os problemas enfrentados por estas instituições para efetivarem a autonomia preconizada pela Constituição Federal estão o regime de caixa único, o contingenciamento de despesas, o peso da burocracia estatal e as restrições do regime de direito público<sup>108</sup>. Destaquem-se, também, os constantes cortes

---

105 A exemplo do que se verifica neste ano de 2020 por força das consequências da pandemia causada pelo novo corona vírus. Por todos: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/estados-perdem-r-16-bilhoes-em-arrecadacao-no-1o-semester.shtml> Acessado em: 21.11.2020.

106 **Artigo 255 da Constituição do estado de São Paulo.** O Estado aplicará, anualmente, na manutenção e no desenvolvimento do ensino público, no mínimo, trinta por cento da receita resultante de impostos, incluindo recursos provenientes de transferências.

107 LUQUE, Carlos Antônio. Alguns desafios para o financiamento das universidades públicas estaduais do Estado de São Paulo. **Dossiê Universidade em Movimento. Revista USP.** São Paulo, n. 105, p. 9-18, abr./jun. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i105p9-18>. Acessado em: 08.11.2020.

108 RANIERI, Nina. *Op. cit.* p. 948.

orçamentários nos últimos anos, a comprometer o pagamento de despesas de custeio, assim como o financiamento da pesquisa nas universidades federais<sup>109</sup>.

Neste diapasão, é importante considerar que as universidades públicas como um todo, e não apenas as instituições federais, submetem-se a uma série de limitações próprias ao regime jurídico de direito público, a exemplo das normas orçamentárias e de finanças públicas; controle contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial exercido pelos Tribunais de Contas (art. 70 da Constituição Federal) e limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (Lei Complementar n. 101/2000).

Não obstante constituam mecanismos de controle importantes para assegurar a lisura no trato com a coisa pública, assim como a responsabilidade fiscal, representam, por outro lado, limitações a uma gestão mais ágil e eficiente, o que se afirma não em tom de crítica, mas de constatação, à míngua de mecanismos outros de preservação do interesse público e da gestão proba da coisa pública.

Já o modelo das universidades privadas convive com a contradição entre uma maior autonomia administrativa e financeira em razão das fontes privadas de financiamento e do regime jurídico menos rígido a que costumam se submeter, de direito privado, e uma menor independência didático-científica de seus docentes e pesquisadores, premidos pelos interesses mercadológicos, muito presentes, principalmente, nas universidades privadas de caráter mercantil.

Outro ponto negativo que deve ser ressaltado no sistema das Universidades privadas diz respeito à sua massificação, no sentido da expansão do número de matrículas a uma parcela considerável da população, antes excluída do ensino superior, não ter sido acompanhada por um ensino de qualidade:

Neste caso, o sistema de massa tem sido tratado como um sistema de ensino massificado, portanto de baixa qualidade. Essa parece ser uma tendência real no caso brasileiro, particularmente no setor privado<sup>110</sup>.

---

109 Por todos: "Mesmo com a previsão de um orçamento maior em 2021, se comparado ao deste ano, o Ministério da Educação (MEC) ainda planeja cortar R\$ 994,6 milhões do total de recursos destinados às universidades e institutos federais de ensino.". Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/09/10/corte-de-quase-r-1-bi-para-universidades-federais-e-mantido-mesmo-com-alteracao-no-orcamento-do-mec-para-2021-dizem-reitores.ghtml>>. Acesso em 15.11.2020.

110 GOMES, A.M.; MORAES, K.N. de. Educação superior no Brasil contemporâneo: transição para um sistema de massa. Educação & Sociedade, Campinas, v. 33, n. 118, p. 171-190, mar. 2012.



O dado se torna mais relevante à medida que cerca de 68% das matrículas nos cursos de graduação no Brasil no ano de 2019 se davam na rede privada de ensino, conforme dados apresentados pela Sinopse Estatística da Educação Superior, produzida pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP)<sup>111</sup>.

Como se vê, o tratamento da matéria não é uniforme, apresentando características e consequência distintas conforme o regime jurídico, interesses e limitações apresentados por cada modelo.

Sem prejuízo da relevância da constitucionalização da matéria, importante conquista trazida pela Constituição vigente, sua efetivação resulta muito mais da regulamentação legal e infra legal, por um lado, e da prática, por outro lado, do que da previsão abstrata no texto da Carta Magna.

Ademais, nota-se que cada qual dos modelos apresenta dificuldade e virtudes distintas, que exigem o aprimoramento de ferramentas jurídicas e de mecanismos de gestão, de modo a tornar a autonomia universitária mais efetiva. Tal desafio se torna mais complexo frente à internacionalização do ensino superior, que reflete na integração global do ensino, pesquisa e extensão universitárias<sup>112</sup>.

#### **4. O ESTADO COMO ARTÍFICE E ANTAGONISTA DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA**

O Estado tem papel central na construção do aparato jurídico de proteção à autonomia universitária, tanto pela previsão abstrata de normas atinentes ao tema (de forma central, pelo art. 207 da Constituição Federal), quanto pelo seu papel de garantidor e promotor da ordem constitucional, seja elaborando leis que deem maior grau de concreção ao princípio da autonomia universitária, realizando políticas públicas voltadas à educação ou, em última medida, tutelando o princípio autônomo na via jurisdicional quando provocado.

Além disso, não se pode perder de vista que as mais antigas e relevantes instituições universitárias do Brasil, no que se refere ao volume e qualidade de sua produção científica, são públicas, ou seja, integram o aparato administrativo do Estado, na condição de entes da Administração Indireta, sob a forma de fundações

---

Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302012000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08.11.2020. p.16.

111 SINOPSE ESTATÍSTICA DA EDUCAÇÃO SUPERIOR 2019. Brasília: Inep, 2020. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 08.11.2020.

112 BRUNNER, Jose Joaquín; URIBE, Daniel. **Mercados Universitarios: El Nuevo Escenario de la Educación Superior**. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.usbbog.edu.co:8080/Biblioteca/BDigital/44129.pdf>>. Acesso em: 12.11.2020.

públicas ou autarquias, a exemplo das Universidades estaduais paulistas (USP, UNICAMP e UNESP) e das diversas Universidades Federais espalhadas pelo país.

Por outro lado, em que pese esta relevante e central função desempenhada pelo Estado para a promoção e consolidação da autonomia das instituições universitárias, o mesmo Estado, com relativa frequência, é o maior violador do princípio autonômico, adotando políticas, editando leis ou prolatando decisões judiciais que afrontam e enfraquecem a autonomia universitária.

Neste passo, de forma ambígua, observa-se que o Estado, considerado de forma ampla, tem atuação central tanto na promoção da autonomia universitária quanto na geração de tensão no exercício das prerrogativas que decorrem deste princípio, sendo relevante discutir seu papel neste binômio tensivo.

Na realidade brasileira, não são raros os avanços autoritários cometidos pelo Estado sobre a autonomia universitária, seja elaborando leis que a afrontam, a exemplo de lei do estado do Rio Grande do Sul que obrigava as Universidades do estado a observarem os dias de guarda religiosa na aplicação de suas provas regulares e de exames vestibulares, seja por meio de decisões judiciais, como as produzidas pela justiça eleitoral no contexto das eleições presidenciais de 2018, obrigando a suspensão de atividades e a apreensão de materiais no interior de Universidades públicas e privadas em razão de expressarem apreço ou desapreço por determinados valores, associados a um ou outra candidatura.

Eventos como esses evidenciam a necessidade de limitação do poder estatal em ordem tanto a se evitar violência contra direitos individuais e coletivos garantidos na Carta Magna, e.g. liberdade de expressão e manifestação do pensamento, quanto avanços em face da autonomia universitária.

Faz-se mister, neste contexto, que as instituições universitárias resistam a abusos e violências contra sua autonomia constitucionalmente garantida, buscando os meios legais de questionar normas, políticas públicas e decisões judiciais em descompasso com a Constituição.

A realidade fática tem mostrado o quão imprescindível é a limitação de poderes em tema de autonomia universitária, não sendo poucos os casos em que se faz necessário o recurso à tutela judicial como forma de expurgação de abusos oriundos de qualquer das três esferas de poder constituído do Estado, Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Caso paradigmático é a Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais ajuizada pela então Procuradora Geral da República em 2018, tendo por objeto a anulação de decisões de juízes eleitorais que estavam determinando a suspensão de

atividades acadêmicas que manifestassem apreço ou despreço por determinados valores associados a uma ou outra candidatura presidencial no interior de Universidades públicas.

No caso concreto referido, a existência de um mecanismo jurídico de controle das decisões judiciais, que representa ferramenta de desconcentração de poder, mostrou-se como meio apto a corrigir a violência de juízes de primeiro grau contra a autonomia universitária.

Por outro lado, também não são incomuns os abusos de posição jurídica pelas Universidades, as quais, em diversas situações, confundem autonomia ou liberdade regrada com independência ou soberania, furtando-se a aplicar, de forma espontânea, os princípios constitucionais gerais da Administração Pública, as normas constitucionais sobre orçamento e finanças públicas, entre outras normas. e.g. negativa de Universidades em admitir a matrícula de servidores públicos removidos de ofício no interesse do serviço público.

O relevantíssimo e central papel do Estado na promoção da autonomia universitária demanda uma atuação conjunta e independente de seus múltiplos Poderes e órgãos, como forma de evitar quer abuso de direito das instituições universitárias em si, quer arroubos autoritários dos Poderes constituídos do Estado.

## **5. A AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A realidade fática ao longo dos trinta e dois anos de vigência da Constituição Federal de 1988 mostra que, não raro, a autonomia das Universidades, em sua tríplice vertente, entra em linha de choque com ações ou omissões de atores privados ou dos Poderes Constituídos, como Chefes do Executivo, Secretários de Estado e Ministros, Parlamentares e magistrados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é rica em julgados nos quais a pretensa liberdade de pesquisa, ensino e gestão pelas instituições universitárias esbarra em interesses de toda ordem, legítimos ou não, advindos de agentes diversos, normalmente públicos, conforme mencionado no capítulo anterior.

Com o escopo de aferir de forma objetiva como tais conflitos têm aportado ao Poder Judiciário, responsável pela solução de pretensões resistidas, procedemos à leitura de todos os julgados relacionados ao art. 207 da Constituição Federal

elencados na ferramenta “A Constituição e o Supremo”<sup>113</sup>, desenvolvida e mantida pelo Supremo Tribunal Federal.

De um total de 27 julgados lidos, selecionaram-se aqueles que constituem uma síntese de importantes e recorrentes tensões referentes ao exercício *in concreto* da autonomia universitária, estabelecendo, a Suprema Corte, importante bússola para o intérprete do Direito na obtenção da extensão e sentido do princípio autonômico das instituições universitárias.

Não se tem, com este estudo, pretensão de esgotamento do assunto, mas sim de configuração de um guia a iluminar futuras investigações acerca do tema, que nos desafia reiteradamente em face das tensões renovadas e, por vezes, aprofundadas entre as Universidades e os diversos atores sociais.

Muito embora sejam muitos os casos de restrição inconstitucional, portanto indevida, à autonomia universitária, também são comuns as situações em que o exercício desarrazoado e abusivo das prerrogativas que lhe são afetas destoam das finalidades buscadas pelo constituinte originário, de promoção da liberdade de ensino e pesquisa sem prejuízo dos princípios e regras constitucionais gerais e específicas, a exemplo dos direitos fundamentais e dos princípios da Administração Pública.

Se a autonomia universitária é limitada, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evidencia, tais limitações devem ser extraídas apenas e tão somente da própria Constituição. Há quem vá mais longe, como Anna Cândida da Cunha Ferraz, sustentando que apenas o constituinte originário poderia estabelecer limitações ao exercício do princípio autonômico das universidades, porquanto este foi previsto, igualmente, pelo constituinte originário<sup>114</sup>.

Vejam os julgados selecionados, separados por vertente da autonomia universitária discutida de forma mais ou menos central em cada qual destes arestos.

### **5.1) Autonomia administrativa, financeira e didático-científica**

No ano de 2006, o estado do Rio Grande do Norte editou a Lei n. 8.865/2006, de iniciativa do Poder Legislativo, dispondo ser obrigatória a prestação, aos hipossuficientes presos em flagrante nos finais de semana e feriados, de assistência jurídica gratuita pelos estudantes do curso de Direito da Universidade do Estado do

---

<sup>113</sup> Disponível em: < <https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-8-capitulo-3-secao-1-artigo-207>>. Acesso em: 19.10.2020.

<sup>114</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *op. cit.* . p. 127.

Rio Grande do Norte (UERN), integrantes do escritório de Prática Jurídica gratuita mantido pelo referido curso.

Em face de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela governadora do estado (ADI 3.792/RN115), o Supremo Tribunal Federal julgou a norma inconstitucional. Conquanto tenham sido diversas as causas de pedir para a inconstitucionalidade da norma descritas na exordial e acolhidas no acórdão, a lesão à autonomia universitária ocupou papel central entre os fundamentos constantes do voto condutor, da lavra do Relator Min. Dias Toffoli.

Ao determinar o modo e finalidades da prestação de serviço pelo escritório de prática jurídica da UERN, a lei implicou “necessariamente a criação ou, ao menos, a modificação de atribuições conferidas ao corpo administrativo que serve ao curso de Direito da Universidade”, nas palavras do Relator.

Além disso, a norma, ao prever que a prestação compulsória de assistência jurídica gratuita, nos moldes que estabelece, deveria ocorrer sob a supervisão de advogados ou professores integrantes do quadro funcional da Universidades, criava despesas para a instituição e indiretamente impactava em sua autonomia financeira.

No mesmo passo, o estágio junto ao escritório de Prática Jurídica da Universidade correspondia a requisito obrigatório para a colação de grau no curso de Direito desta instituição, de modo que a lei, ao estabelecer, indiretamente, o conteúdo do currículo do curso de Direito em questão, infringia a autonomia didático-científica da UERN.

Conforme assinalou o relator da ação de controle concentrado de constitucionalidade, Min. Dias Toffoli, a lei estadual, tal como editada, vai de encontro com a autonomia universitária em sua tríplice vertente, didático-científica, administrativa e financeira:

Por sua vez, a legislação em questão resultou de projeto de lei de iniciativa parlamentar, ao passo que, para a promoção da atividade, deve a UERN efetuar o remanejamento de professores supervisores e ceder espaços convenientes, bem como arcar com os ônus decorrentes da atividade. Sem falar que, como os atendimentos serão realizados pelos acadêmicos do Curso de Direito cursando o estágio curricular obrigatório, a Universidade, obrigatoriamente, teria que alterar as grades curriculares e horários dos estudantes para que

---

115 ADI 3.792/RN, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 22-9-2016, Plenário, DJE de 1º.8.2017.

desenvolvessem essas atividades em regime de plantão, ou seja, aos sábados, domingos e feriados.

Nisso peca o diploma legislativo em sua totalidade, porque fere a autonomia administrativa, a financeira e, até mesmo, a didático-científica da instituição, restando ausente seu assentimento para a criação/modificação do novo serviço a ser prestado.

A prestação de assistência jurídica gratuita pelas Universidades, por meio de seus Escritórios ou Núcleos de prática jurídica, não só é admissível, como desejável, sendo, inclusive, uma das formas de extensão das atividades acadêmicas pelos cursos de Direito. Contudo, tal atividade não pode ser imposta por atores externos, mas, ao revés, deve decorrer de escolha das próprias instituições universitárias, que podem o fazer diretamente ou por meio da celebração de convênio com as Defensorias Públicas, às quais incumbe, de forma precípua, a prestação de assistência jurídica gratuita aos necessitados.

## **5.2) Autonomia administrativa**

### **5.2.1) Impossibilidade de realização de exames em dias de guarda religiosa no estado do Rio grande do Sul**

No campo da autonomia administrativa, que anda em linha com a autonomia didático-científica, da qual é tributária e em relação à qual constitui meio de efetivação, são asseguradas, às Universidades, prerrogativas de autogestão e autonormação, a exemplo do estabelecimento de critérios de ingresso e transferência em seus cursos e organização do calendário de atividades acadêmicas, o que abrange forma e datas de exames.

Neste passo, é vedada ao Poder Legislativo a edição de lei obrigando as Universidades a realizarem exames de seleção, provas e trabalhos com observância dos dias de guarda religiosa dos vestibulandos ou de seus alunos regulares.

Em 16.09.2002, foi publicada lei de iniciativa da Assembleia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul com disposições neste sentido, a qual foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, entre outros fundamentos, por infringência ao princípio da autonomia universitária, insculpido, de forma central, no art. 207 da Carta Magna<sup>116</sup>.

### **5.2.2) Autonomia universitária no âmbito das Universidades privadas**

---

<sup>116</sup> ADI 2.806, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. 23.4.2003, Plenário, DJ de 27.6.2003.

A autonomia universitária, ainda que com alguns traços distintivos, aplica-se não apenas às Universidades públicas, mas também às privadas. Em relação às últimas, entre os aspectos específicos da disciplina constitucional do princípio autonômico, o art. 209 da Carta Magna dispõe que o ensino é livre à iniciativa privada, observadas, entre outras condições, “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

Foi com amparo no dispositivo supratranscrito que, em 1996, o STF julgou constitucional Portaria do então Ministro de Estado da Educação e do Desporto que, em 03.02.1994, determinara o fechamento do curso de Odontologia da Universidade Braz Cubas, de Mogi das Cruzes – SP, o qual havia sido instalado com abuso da autonomia administrativa assegura constitucionalmente às Universidades, sem a devida autorização do Poder Público<sup>117</sup>.

### **5.2.3) Transferências, entre Universidades, de aluno servidor público federal ou filho deste removido ou transferido de ofício de sua lotação no serviço público**

Uma questão que recorrentemente é levada ao Poder Judiciário diz respeito aos servidores públicos federais e seus filhos que, com fundamento na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, buscam transferência de sua matrícula entre Universidades públicas ou privadas na hipótese de terem sido removidos ou transferidos de ofício da lotação referente a seus cargos públicos, no interesse do serviço público federal.

A Lei n. 9.536/1997 regulamenta as transferências *ex officio*, previstas no art. 49, parágrafo único da Lei n. 9.394/1996 (LDB). *In litteris*.

Art. 1º da Lei n. 9.536/1997. A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta. (Vide ADIN 3324-7)

Parágrafo único. A regra do *caput* não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo

---

117 RMS 22.111, Relator Min. Sydney Sanches, j. 14.11.1996, Plenário, DJ de 13.6.1997.

efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

Ao se depararem com pedidos de transferências *ex officio*, muitas Universidades, a exemplo da USP no caso paradigma abaixo referido, resistem, alegando que tal hipótese de transferência violentaria a autonomia universitária prevista no art. 207 da Constituição Federal.

Em mais de uma oportunidade, o STF já se manifestou no sentido de que a disposição constante do art. 49, parágrafo único da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996) e disciplinada pela Lei n. 9.536/1997, decorre de norma que regulamenta o sistema geral de ensino, fundada na competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV da CF), não transgredindo a autonomia das universidades.

Por todos<sup>118</sup>, cite o Recurso Extraordinário n. 134.795-3/DF, julgado em 13.11.1992, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, de cujo voto condutor se extrai: “[...] a disciplina há de se fazer de forma abrangente e não em vista de cada uma das universidades existentes no país, como decorreria da conclusão sobre tratar-se de questão própria ao estatuto de cada qual”.

#### **5.2.4) Interpretação conforme do art. 96-A da Lei n. 8.112/1990 para excluir os Professores de Universidades Federais de seu campo de incidência**

Na mesma linha de que a autonomia administrativa das Universidades deve estar alinhada com os princípios gerais da Constituição, entre os quais aqueles que compõem o regime jurídico dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal concluiu que os requisitos estabelecidos pela Lei n. 8.112/1990 para o gozo de afastamento para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no país se aplicam aos Professores das Universidades federais<sup>119</sup>.

Em ação declaratória de inconstitucionalidade, a autora, Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições de Ensino Superior (ANDIFES), pleiteou a interpretação conforme do art. 96-A da Lei n. 8.112/1990 (dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União), para que fosse afastada sua aplicação aos Professores de Universidades Federais.

O dispositivo legal estabelece requisitos para o afastamento do serviço dos servidores públicos civis da União com o objetivo de participação em programas de pós-graduação *stricto sensu* no país. Entre estes requisitos estão: (i) a impossibilidade

---

<sup>118</sup> RE 134.795-3/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. 13.10.1992, 2ª Turma, DJ 20.11.1992.

<sup>119</sup> ADI 4.406, Relatora Ministra Rosa Weber, j. 18.10.2019, Plenário, DJE de 4.11.2019.



de o estudo ser compatibilizado com o exercício do cargo efetivo; (ii) tempo mínimo de exercício do cargo efetivo no respectivo órgão ou entidade de três anos para mestrado e quatro anos para doutorado; (iii) ausência de afastamento para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* ou para tratar de assuntos particulares nos dois anos anteriores à solicitação; (iv) necessidade de permanência no exercício das funções após o retorno por um período igual ao do afastamento concedido, entre outros.

De acordo com a argumentação da associação autora, a imposição de tais requisitos para a concessão do afastamento aos Professores de Universidades Federais afrontaria a autonomia universitária assegurada pela Constituição Federal, de modo que deveria ser dada interpretação conforme a Constituição à norma, no sentido de se assegurar a discricionariedade às Universidades Federais acerca da liberação dos respectivos professores para capacitação a qualquer tempo.

Concluiu, o Supremo Tribunal Federal, que a interpretação sistemática e harmônica da Constituição Federal leva à asserção de que a autonomia universitária não traz em si grau de independência suscetível de excepcionar os Professores das Universidades Federais do regime jurídico aplicável aos servidores civis da União no ponto objeto da ação abstrata.

Segundo a Relatora do acórdão, Ministra Rosa Weber:

No caso em exame, a matéria versa sobre servidores públicos federais. Houve a determinação constitucional de estabelecimento do respectivo regime jurídico pelo legislador ordinário, como reza o artigo 39 da Carta Magna: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. A limitação à autonomia é extraída do próprio texto constitucional, portanto.

Nessa linha, os professores universitários federais são abarcados pela legislação que dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis da União, a saber, a Lei 8.112/90, cujas disposições sobre a concessão de afastamento para estudo no exterior são impugnadas na presente ação direta 120.

Em juízo de ponderação, a Ministra Relatora concluiu que os requisitos previstos no art. 96-A da Lei n. 8.112/1990, são adequados, necessários e proporcionais para o atendimento da disposição constante do art. 39 da Constituição

---

120 *Idem*.

Federal quanto à instituição de regime jurídico único para os servidores públicos da União.

### **5.3) Autonomia financeira**

#### **5.3.1) Supervisão ministerial das Universidades federais quanto a aspectos de gestão administrativa e financeira pelo Ministério da Educação**

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de delinear a autonomia universitária no âmbito financeiro, afirmando que deve ser exercida com observância dos artigos 37, X e 169, § 1º, I e II da Constituição Federal, que dispõem, respectivamente, acerca da necessidade de lei específica, prévia dotação no orçamento e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias para a concessão de quaisquer vantagens a servidores públicos.

Ou seja, as Universidades têm poder de autogestão para o dispêndio dos recursos que lhe são próprios, contudo não podem deixar de observar as normas constitucionais que regem a Administração e as Finanças Públicas.

Neste diapasão, no ano de 2006, o Pretório Excelso julgou um recurso ordinário em mandado de segurança em que concluiu que a autonomia administrativa das Universidades não exclui tais instituições quer do controle interno exercido por Ministérios ou Secretarias de Estado (tutela ou supervisão ministerial), quer do controle externos a cargo dos Tribunais de Contas<sup>121</sup>.

No caso em comento, o então Ministério da Educação e do Desporto negou repasse de recursos necessários para o pagamento de reajuste salarial concedido judicialmente a professores e estendido a todos os demais servidores e aposentados da Universidade pelo Conselho Universitário e reitoria da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

De acordo com o voto condutor do acórdão, a supervisão ministerial, prevista nos artigos 19 e 25, I do Decreto-Lei n. 200/67122 não representa subordinação, mas mero controle interno de alguns dos atos praticados pelas universidades.

Somente se pode admitir o gerenciamento autônomo de recursos financeiros pelas Universidades desde que com o fim de cumprir seus objetivos constitucionais, e não como forma de privilegiar determinada categoria, ao arrepio das normas

---

<sup>121</sup> AgR em RMS 22.047, Relator Ministro Eros Grau, j. 21.2.2006, 1ª Turma, DJ de 31.3.2006.

<sup>122</sup> Art. 19: “[...] todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente”.

constitucionais e legais que organizam a Administração Pública, e.g. princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

### **5.3.2) Isenção da taxa de inscrição no vestibular da UERN prevista em lei de iniciativa da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte**

A autonomia financeira das Universidades, que deve ser garantida, na medida do possível, por reserva orçamentária própria e gerida autonomamente pelas instituições universitárias, a par de não dispensar as Universidades da observância das normas gerais de direito financeiro previstas na Constituição Federal, também as obriga às normas específicas do sistema educacional brasileiro estruturado pela Carta Magna, a exemplo do art. 205 (educação como direito de todos e dever do Estado), art. 206, IV (gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais) e art. 212 (vinculação de percentual mínimo da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino).

Seguindo esta linha argumentativa, o STF declarou constitucional lei de iniciativa da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte que concedera isenção ampla e irrestrita da taxa de inscrição no vestibular da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)<sup>123</sup>.

O Relator do acórdão, Ministro Carlos Velloso, citando farta jurisprudência da Suprema Corte no mesmo sentido, enfatizou a limitação da autonomia universitária, a qual “não quer dizer que as Universidades estão acima da lei. Essa autonomia realiza-se, justamente, com observância das leis, desde que estas, evidentemente, tenham legitimidade constitucional”.

A cobrança de taxa pela inscrição no exame vestibular não envolve, propriamente, o ensino, mas uma fase anterior, do concurso para ingresso, o que denota ausência de lesão à autonomia universitária em sua vertente didático-científica.

A argumentação constante dos votos vencedores indica, ainda, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal se sensibilizaram com o caráter social da lei estadual para reputá-la compatível com a Constituição Federal de 1988.

Todavia, ainda que a norma editada pela Assembleia Legislativa do estado do Rio Grande do Norte represente, indiretamente, meio de efetivação do direito à educação, ao impossibilitar que a UERN tenha fonte de receita legítima (taxas de

---

<sup>123</sup> ADI 2.643, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 13.8.2003, Plenário, DJ de 26.9.2003.

inscrição no exame vestibular) para fazer frente à despesa decorrente da organização e aplicação do exame, impacta diretamente na gestão de seus recursos financeiros.

Logo, defende-se que a norma interfere sim, de forma desproporcional, com a autonomia financeira da Universidade do estado do Rio Grande do Norte, intangível nesse aspecto da cobrança em si de taxa pelo exame vestibular, salvo quanto à razoabilidade dos valores e dos critérios de isenção eventualmente existentes, que devem andar em linha com os princípios constitucionais expressos e implícitos.

A concessão de isenção na taxa de inscrição nos exames vestibulares, se é desejável como possível meio de democratização do acesso, deve ser estabelecida pelas próprias Universidades, no exercício de sua autonomia, como de fato tem ocorrido com diversas instituições, as quais preveem, em seus editais de abertura dos exames vestibulares, isenção da taxa de inscrição para determinados candidatos que atendem critérios específicos, normalmente relacionados à renda e condição social.

### **5.3.3) Extensão a Professores da USP, não obstante resistência da universidade, de adicional de insalubridade previsto em leis estaduais voltadas aos servidores públicos de forma ampla**

No campo da autonomia administrativa e financeira das Universidades, parece bem consolidada, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a asserção de que as instituições universitárias públicas devem obediência às normas constitucionais atinentes à Administração, Servidores e Finanças Públicos.

Particularmente no que se refere aos servidores públicos, o Tribunal assentou, em mais de um julgado, que, às Universidades Públicas, aplicam-se as “normas sobre vencimentos dirigidas aos demais servidores do Estado, cuja iniciativa legislativa e posterior regulamentação cabem ao Chefe do Poder Executivo<sup>124</sup>”.

Assim o fez, em 2003, ao julgar Recurso Extraordinário interposto pela Universidade de São Paulo (USP), que se opunha a pagar, aos Professores do Departamento de Doenças Infecciosas e Parasitárias da Faculdade de Medicina, adicional de insalubridade previsto por lei e regulamentado por decreto estadual de forma geral, para todos os funcionários e servidores da Administração Centralizada e das Autarquias do estado de São Paulo.

---

124 RE 331.285, Relator Min. Ilmar Galvão, j. 25.3.2003, 1ª Turma, DJ de 2.5.2003.

A Universidade paulista argumentava que a imposição do pagamento do adicional por lei aplicável a todo o serviço público violava a autonomia administrativa e financeira assegurada pelo art. 207 da Constituição Federal.

Ao refutar as teses arguidas pela USP, a Corte concluiu que estes entes da Administração Indireta não estão livres de observar regras gerais, estabelecidas por leis e aplicáveis a todo o funcionalismo público.

#### **5.4) Autonomia didático-científica**

Por fim, em julgado que diz respeito mais diretamente a princípios constitucionais atinentes à liberdade de expressão e manifestação, o STF reputou nulas decisões da justiça eleitoral, assim como vedou a interpretação dos artigos 24 e 37 da Lei n. 9.504/1997 que proibam aulas e reuniões de natureza política e manifestações com esta natureza em ambiente físico ou virtual das Universidades.

Tal julgamento se deu no contexto das eleições gerais de 2018, quando, às vésperas do segundo turno: (i) juízes eleitorais passaram a determinar a suspensão de atividades e a apreensão de materiais no interior de Universidades públicas e privadas em razão de expressarem apreço ou despreço por valores relacionados com uma ou outra candidatura e (ii) policiais sem mandado judicial procediam com as práticas mencionadas no item anterior, de suspensão de atividades e apreensão de materiais.

Para além de se fundamentar na autonomia universitária, em sua vertente finalística, didático-científica, este aresto, em que os pedidos formulados pela Procuradoria Geral da República foram acolhidos por unanimidade, teve a virtude de expressar que a autonomia didático-científica das Universidades tem por pressuposto os direitos e liberdades individuais e coletivos, mais precisamente aqueles da liberdade de expressão, manifestação e reunião (art. 5º, IV, IX e XVI).

Ou seja, os direitos e deveres individuais e coletivos, se, por um lado, limitam o exercício da autonomia universitária, evitando abusos no exercício desta prerrogativa, por outro lado, amoldam-na, dão-lhe corpo e substância, expressando seu conteúdo concreto, ao vedar práticas que, atentando contra as garantias inseridas no Título II da Constituição Federal (Dos direitos e garantias fundamentais), indiretamente violentam a autonomia universitária.

Ademais, princípios específicos do sistema de ensino, como a liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento e o pluralismo de ideias também dão concreção ao princípio da autonomia universitária. Nos termos do voto lapidar da Relatora, Ministra Cármen Lúcia: "A única força legitimada a invadir uma universidade

é a das ideias livres e plurais. Qualquer outra que ali ingresse sem causa jurídica válida é tirana. E tirania é o exato contrário de democracia<sup>125</sup>”.

Como se vê, esse julgado reforça a ideia expressa por Anna Cândida da Cunha Ferraz, entre tantos outros estudiosos do tema, no sentido de que, tratando-se, o princípio constitucional da autonomia universitária de conceito jurídico indeterminado, seu conteúdo, extensão e alcance devem ser extraídos a partir de uma leitura ampla da Constituição, partindo de seus princípios mais gerais, como são aqueles atinentes aos direitos e garantias fundamentais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nos termos da exposição feita ao longo deste trabalho, o juízo acerca do relevante valor social das atividades acadêmicas contribuiu para o desenvolvimento do princípio da autonomia universitária, enquanto meio para o desenvolvimento livre das atividades de produção e difusão do conhecimento.

Conceito histórico e, portanto, mutável, a autonomia universitária foi ganhando corpo no ordenamento jurídico ao longo da República, passando de acanhadas previsões legais que, vez ou outra, retrocediam por normas subsequentes, para a constitucionalização do tema, centralizado, mas não esgotado, no art. 207 da Constituição Federal de 1988.

Princípio constitucional, a autonomia universitária corresponde a norma autoaplicável e de eficácia plena, cuja extensão e sentido devem ser extraídos a partir de uma leitura sistêmica da Constituição, que, por vezes, em face de colisão de normas, não pode prescindir de métodos hermenêuticos mais avançados, pautados nos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática ou harmonização.

Não obstante garantida, às universidades, ampla liberdade de ação, a autonomia não é sinônimo de independência ou soberania, atributos da atuação do Estado no âmbito internacional, mas não das instituições universitárias, conforme jurisprudência consolidada do STF. Assim, princípios constitucionais gerais e específicos devem ser lidos conjuntamente com o art. 207 para a obtenção do alcance e sentido da autonomia universitária.

Se é certo que o Estado teve e tem papel central para garantir o princípio da autonomia universitária, também se apresenta como a maior ameaça à liberdade de

---

<sup>125</sup> ADPF 548-MC-REF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 31.10.2018, Plenário, Informativo 922.

ação das Universidades, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não nega.

As investidas de Governadores de estados e de Presidentes da República contra as escolhas das comunidades acadêmicas para a função de Reitor(a), com a indicação de segundos e terceiros colocados das listas tríplex eleitas *interna corporis*, são apenas a face mais evidente de uma relação conturbada, que, por certo, vai demandar constante vigilância e fiscalização por parte das instituições do Estado e da sociedade civil organizada.

Outro caminho de enfraquecimento da autonomia universitária se verifica no subfinanciamento e na inexistência de fontes minimamente estáveis de receita, como se verifica com as universidades federais.

Neste passo, ainda que imperfeito, o modelo das universidades estaduais paulistas se apresenta como um farol em relação ao que a previsão de uma fonte de receita legalmente fixada e em valores suficientes a viabilizarem o ensino, a pesquisa e a extensão universitárias de qualidade pode promover em termos de resultados concretos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO. Disponível em: <<https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-8-capitulo-3-secao-1-artigo-207>>. Acesso em: 19.10.2020.

AGÊNCIA ESTADO. **Serra escolhe 2º da lista tríplex para reitor da USP.** Estadão, 13.11.2009. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,serra-escolhe-2-da-lista-triplice-para-reitor-da-usp,465898>>. Acesso em 12.11.2020.

AGOPYAN, Vahan; TONETO JR., Rudinei. O desequilíbrio financeiro da Universidade de São Paulo: origens e medidas de ajuste. Dossiê Universidade em Movimento. Revista USP. São Paulo, n. 105, p. 19-32, abr./jun. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i105p19-32>. Acesso em: 08.11.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20.10.2020.

BRASIL. Constituição do Estado de São Paulo. Diário Oficial - Executivo - Suplemento, 06.10.1989, p.1. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao-0-05.10.1989.html>> Acesso em: 21.11.2020.

BRASIL. Decreto n. 8.659, de 05 de abril de 1911. Approva a lei Organica do Ensino Superior e do Fundamental da Republica. Diário Oficial da União, Seção 1, 06.04.1911. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8659-5-abril-1911-517247-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 23.10.2020.

BRASIL. Decreto n. 11.530, de 18 de março de 1915. Reorganiza o ensino secundário e o superior da Republica. Diário Oficial da União, Seção 1, 19.03.1915. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11530-18-marco-1915-522019-republicacao-97760-pe.html>> Acesso em 23.10.2020.

BRASIL. Decreto n. 200, de 27 de março de 1967. Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes, para a reforma administrativa, e dá outras providências. D.O. de 27.03.1967 (SUPLEMENTO). Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEL&numero=200&ano=1967&ato=087ATRq50MZRVTFce>. Acesso em: 15.11.2020.

BRASIL. Decreto estadual de SP n. 29.598, de 2 de fevereiro de 1989. Dispõe sobre providências visando a autonomia universitária. Diário Oficial – Executivo, 03.02.1989, p. 1. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=35148>>. Acesso em: 08.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134.795-3/DF, 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207792>>. Acesso em: 19.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 22.111, 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115729>>. Acesso em: 26.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.643/RN, 2003. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=ADI&processo=2643&origem=IT&cod\\_classe=504](http://www.stf.jus.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=ADI&processo=2643&origem=IT&cod_classe=504)>. Acesso em: 02.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 331.285/SP, 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260912>>. Acesso em: 06.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.806/RS, 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266928>>. Acesso em: 21.10.2020.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR em RMS 22.047, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=24933>>. Acesso em: 23.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag em RE n. 561.398, 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599632>>. Acesso em: 06.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.792/RN, 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259125>>. Acesso em: 19.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 548-MC-REF, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606689&ext=.pdf>>. Acesso em: 06.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.406, 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751285580>>. Acesso em: 21.10.2020.

BRUNNER, Jose Joaquín; URIBE, Daniel. **Mercados Universitarios: El Nuevo Escenario de la Educación Superior**. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.usbbog.edu.co:8080/Biblioteca/BDigital/44129.pdf>>. Acesso em: 12.11.2020.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A desoficialização do ensino no Brasil: a reforma Rivadavia. *Educação Social*, Campinas, V. 30, n. 108, p. 726. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/es/v30n108/a0530108>>. Acesso em: 14.11.2020.

ÉLIDA, Oliveira. **Corte de quase R\$ 1 bi para universidades federais é mantido mesmo com alteração no orçamento do MEC para 2021, dizem reitores**. G1, 10.09.2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/09/10/corte-de-quase-r-1-bi-para-universidades-federais-e-mantido-mesmo-com-alteracao-no-orcamento-do-mec-para-2021-dizem-reitores.ghtml>>. Acesso em 15.11.2020.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A autonomia universitária da Constituição de 05.10.1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1999. V. 215, p. 117-142. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47311>>. Acesso em: 02.11.2020.

GOMES, A.M.; MORAES, K.N. de. Educação superior no Brasil contemporâneo: transição para um sistema de massa. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 33, n. 118, p. 171-190, mar. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302012000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08.11.2020. p.16.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Autonomia universitária e a criação de cursos na área da saúde. **Revista Forense**. vol. 329.

LUQUE, Carlos Antônio. Alguns desafios para o financiamento das universidades públicas estaduais do Estado de São Paulo. **Dossiê Universidade em Movimento. Revista USP**. São Paulo, n. 105, p. 9-18, abr./jun. 2015. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i105p9-18>. Acesso em: 08.11.2020.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29074-29092-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14.11.2020.

NUNES, Édson de Oliveira. **Educação Superior no Brasil: estudos, debates, controvérsias**. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

NUNES, Maria Thetis. **Ensino secundário e sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: ISEB, 1962.

PITOMBO, João Pedro. **Estados perdem R\$ 16 bilhões em arrecadação no 1º semestre**. Folha de São Paulo, 10.08.2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/estados-perdem-r-16-bilhoes-em-arrecadacao-no-1o-semester.shtml>> Acesso em: 21.11.2020.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Trinta anos de autonomia universitária: resultados diversos, efeitos contraditórios. **Educação Social**, Campinas, V. 39, n. 145, p. 947.

RIVAS, Lucas. **Bolsonaro escolhe 3º da lista tríplice como reitor da UFRGS**. UOL (conteúdo Estadão), 17.09.2020. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2020/09/17/bolsonaro-escolhe-3-de-lista-triplice-como-reitor-da-ufrgs.htm>>. Acesso em 12.11.2020.

SALOMÃO, Mateus. **Bolsonaro nomeia o 2º colocado da lista tríplice para reitor da UFPI**. Correio Braziliense, 19.11.2020. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/ensino-superior/2020/11/4890043-bolsonaro-nomeia-o-2-colocado-da-lista-triplice-para-reitor-da-ufpi.html>>. Acesso em: 25.11.2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 356.

SILVA, Geraldo Bastos. **A educação secundária: perspectiva e teoria**. Rio de Janeiro: Nacional, 1969.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora RT, 1968.

SINOPSE ESTATÍSTICA DA EDUCAÇÃO SUPERIOR 2019. Brasília: Inep, 2020. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 08.11.2020.