

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1191

(Ano XVI)

(02/03/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QR Code do Volume 1191



**Nossa Missão:** disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

#### **Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1191 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 263 *fls.*

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**Existe a possibilidade de tipificação do crime de coação no curso do processo, durante a formalização do auto de prisão em flagrante delito (auto de apreensão em flagrante de ato infracional) em Plantão Policial?**

*Joaquim Leitão Júnior, 08.*

### ARTIGOS

**O uso do Mandado de Segurança para assegurar a tutela do contraditório e a vedação à decisão surpresa no Direito do Trabalho**

*Leonardo da Costa Carvalho, 13.*

**Acidente de Trabalho e seus reflexos na Previdência Social no Brasil**

*João Francisco da Silva e Valéria Gaurink Dias Fundão, 22.*

**Conversão de tempo especial exercido com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde em comum após a Emenda Constitucional nº 103/2019**

*Mariana Cerqueira Andrade, 48.*

**A concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente no regime da separação convencional de bens.**

*Mateus Almeida da Cunha, 66.*

**Planejamento sucessório por meio do testamento**

*Sabrina Backes, 84.*

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

*Pedro Câmara Guimarães, 102.*

**A dispensa do processo licitatório frente ao estado de calamidade causado pela covid-19 e a incidência de improbidade administrativa nas contratações**

*Edmara Azevedo Rocha Coelho, 121.*

**Da relativização da coisa julgada no atual Código de Processo Civil e sua afronta à democracia**

*Morgana Talita Tronco, 141.*

**A (in)constitucionalidade da Diferença de alíquota do ICMS - DIFAL e a atuação dos Tribunais**

*Rafael Luiz da Silva Baltazar, 163.*

**Segurado facultativo de baixa renda: percepção de renda ínfima que não deve descaracterizar a condição de segurado**

*Camilla Menezes de Santana, 184.*

**A legalidade do porte de armas em paralelo ao direito penal, possuir uma arma e poder usá-la**

*Lucas Nunes Rezende, 205.*

**Revisitando a teoria do crime. A teoria da tipicidade conglobante e sua (desnecessária) aplicação prática**

*Sídio Rosa de Mesquita Júnior, 2017.*

**Uberização e desafios do direito do trabalho brasileiro**

*Isabela Ribeiro Nascimento Pereira*

**A mídia e a violência contra as mulheres nos meios de comunicação brasileiros: aumento do feminicídio no cenário da pandemia covid-19**

*Ariel Lohana Garcia Rocha, 239.*

## EXISTE A POSSIBILIDADE DE TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO, DURANTE A FORMALIZAÇÃO DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO (AUTO DE APREENSÃO EM FLAGRANTE DE ATO INFRACIONAL) EM PLANTÃO POLICIAL?

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia em Mato Grosso desde 2012 e atualmente lotado no Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado (GAECO). Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obras jurídicas, autor de artigos jurídicos, palestrante, professor de cursos preparatórios para concursos públicos e integrante da KDJ Mentoria.<sup>1</sup>

A **coação no curso do processo** se dá quando o agente de maneira voluntária e consciente “usa de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral”, conforme previsão contida no art. 344, do Código Penal Brasileiro.

O doutrinador penalista Luiz Regis Prado (“Tratado de Direito Penal Brasileiro”, vol. IV, parte especial, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 443):

A proteção jurídico penal dispensada alcança, de modo mediato, a incolumidade física e psíquica daqueles que intervêm em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral. Com efeito, no primeiro momento, vem a ser tutelada a função jurisdicional, com a proteção da independência judicial, que radica não apenas na liberdade interna do juiz para prolatar sua decisão, mas também na liberdade processual como um todo – a fim de que ninguém se sinta coagido quando funciona ou é chamado a intervir em processo judicial ou juízo arbitral -, bem como da atividade dos órgãos judiciais, na realização dos mecanismos processuais destinados à obtenção de uma prestação jurisdicional exata e justa. No segundo momento, é forçoso reconhecer que há, ao lado da efetiva lesão dos interesses judiciais, ofensa a bens jurídicos de pessoas concretas, com a qual se pretende atingir a Administração da Justiça (PRADO, 2017, p. 443).

---

<sup>1</sup> E-mail: juniorleitoadv@hotmail.com

Numa leitura açodada, a redação do art. 344, do Código Penal Brasileiro pode passar a falsa impressão do inquérito policial e até mesmo o auto de prisão em flagrante delito não estarem abrangidos pelo tipo penal em análise.

Não é raro ocorrer atos criminosos que se cogite a possível tipia de **coação no curso do processo** em sede de plantões policiais ou no cotidiano da atividade policial. Avancemos ao tema na abordagem proposta para visualizar se realmente é possível a configuração de **coação no curso do processo** em sede de lavratura flagrante delito ou de ato infracional.

Pois, bem!

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Já o sujeito passivo primário é o Estado e secundariamente a pessoa que é alvo da coação.

O delito em estudo se dá em face da Administração da Justiça e o fato é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência, razão pela qual não se insere na estrita competência do Juizado Especial Criminal. A comentada infração mira na tutela da integridade física e psíquica da autoridade, parte ou pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo ou em juízo arbitral.

Para se configurar, o injusto penal exige o dolo específico do agente, consistente no fim de favorecer interesse próprio ou de terceiro. A título de exemplo, podemos citar o dolo específico do agente criminoso conduzido em flagrante ao Plantão Policial por um crime de furto, onde durante o a lavratura do procedimento flagrancial ele vem ameaçar de forma séria e idônea a testemunha de morte na presença de policiais ou do Delegado de Polícia, por ter dado depoimento contra si.

A conduta típica em apreço consiste em usar (utilizar-se de) violência ou grave ameaça (mal injusto, sério e verossímil), visando favorecer interesse (moral ou material) próprio ou de terceiro, contra autoridade (magistrado, membro do Ministério Público, delegado de polícia etc.), parte (por exemplo autor, réu, reclamante, reclamado, querelante, querelado, assistente de acusação) ou qualquer pessoa que funciona ou é chamada a intervir (jurado, perito, testemunha, vítima etc.) em processo judicial (de qualquer natureza: civil, trabalhista ou penal), policial (inquérito policial ou auto de prisão em flagrante delito) ou administrativo, ou em juízo arbitral.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu por típica a conduta de coação no curso do processo em sede de lavratura de prisão em flagrante delito. Vejamos:

## “EMENTA

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE PROCESSO-CRIME. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. **COAÇÃO NO CURSO DE INQUÉRITO POLICIAL. TIPICIDADE.** POSSIBILIDADE DE *EMENDATIO LIBELLI*. DESACATO. OFENSA A SERVIDORES PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES. DESNECESSIDADE DE ÂNIMO CALMO E REFLETIDO. INVIOABILIDADE DO ADVOGADO QUE NÃO SE ESTENDE A CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. PRESENÇA DE ELEMENTO PROBATÓRIO A INDICAR A MATERIALIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. SUPOSTOS VÍCIOS NA FASE POLICIAL QUE NÃO IMPLICAM NULIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO SUPOSTO PELA PARTE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA INCABÍVEL. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL. ÓBICE À DILAÇÃO PROBATÓRIA. ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. ART. 7º DA LEI N. 8.906/1994 LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA SEM FIANÇA. NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA COMPROVADA. IRREGULARIDADE QUE NÃO IMPORTA NULIDADE DA DECISÃO E O SEU DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. RECURSO DESPROVIDO. [...] **Ainda que o auto de prisão em flagrante do réu tenha sido lavrado antes daquele correspondente ao crime atribuído a seu cliente Danilo, tal circunstância não afasta a tipicidade da conduta, pois as ameaças descritas na peça acusatória teriam sido praticadas com vistas a influenciar testemunha dos fatos e, por conseguinte, alterar as conclusões do inquérito policial. 4. O inquérito policial deve ser entendido como o conjunto de diligências realizadas para o esclarecimento de crime, bem como para a colheita de elementos de informação quanto à materialidade e à autoria delitivas, a fim de possibilitar o ingresso de ação penal por seu titular. Ademais, a lavratura do auto de prisão em flagrante consiste em formalização do início do procedimento investigatório desencadeado pela custódia do agente [...]**” (STJ - RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 81.292 - DF (2017/0040198-7) RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS).



E mais:

**"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE QUE NÃO RESTOU CONFIGURADO O DELITO, POIS NÃO HAVIA, NO MOMENTO DA CONDUTA PROCEDIMENTO INSTAURADO. AMEAÇAS DIRIGIDAS À VÍTIMA E TESTEMUNHAS OCORRIDAS LOGO APÓS A PRISÃO EM FLAGRANTE E ANTES DA LAVRATURA DO AUTO. INÍCIO DA ATUAÇÃO ESTATAL COM A CUSTÓDIA DO ACUSADO. TIPICIDADE DEMONSTRADA. DIFERENÇA ENTRE ATO ADMINISTRATIVO E A SUA FORMALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Se, após efetuada a prisão em flagrante pelo crime de furto, o Paciente desferiu ameaças direcionadas às vítimas e às testemunhas com o objetivo de influenciar o resultado de eventual investigação criminal, resta caracterizado o tipo previsto no art. 344 do Código Penal. 2. A lavratura do auto de prisão em flagrante é mera formalização do ato inicial do procedimento investigatório que já ocorreu concretamente no mundo dos fatos, com a efetiva custódia do Acusado pela Autoridade Policial, em virtude do cometimento do crime de furto. [...]" (HC 152.526/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 6/12/2011, Dje 19/12/2011, grifou-se).**

Pensamos também, que a coação no curso do processo pode ocorrer em sede de Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional) ou durante o curso do Auto de Ato Infracional, em que um adolescente em conflito com a lei, incorra em conduta análoga ou similar do art. 344, do CPB.

Outro ponto a ser destacado, é que por ser crime formal, para fins de consumação do delito em apreço, segundo a jurisprudência não depende do ameaçado ceder ao ato de coação (sem dependência de alcançar ou não o fim desejado).

No que tange a discussão sobre concurso de crime, o crime de ameaça, segundo a doutrina e jurisprudência é absorvido pela coação no curso do processo, embora a depender da situação pensamos na possibilidade da ameaça incidir. Ademais, o crime de lesões corporais ou homicídio são punidos consoante previsão clara na cominação da pena ao expressar a "violência".

Discute-se também se a reiteração da coação no curso do processo com o mesmo objetivo, implicaria ou não crime único. Prevalece o entendimento de que não configura continuidade delitiva, mas apenas crime único. Temos nossa ressalva quanto a tal

entendimento, já que ignora e despreza a ocorrência de novo delito, ainda que tenha o mesmo objetivo, prestigiando a torpeza do agente criminoso e deixando impune a nova conduta perpetrada.

A tentativa é admitida no delito de coação no curso do processo.

Por fim, a ação penal no caso de crime de coação no curso do processo é pública incondicionada.

### **DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em conclusão, entendemos comungando do mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de que é possível a configuração do delito de coação no curso da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito (Auto de Apreensão em Flagrante de Ato Infracional também) ou durante o curso do inquérito policial e procedimentos similares (auto de ato infracional).

### **Referências bibliográficas:**

PRADO, Luiz Régis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. vol. IV, parte especial, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

## O USO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ASSEGURAR A TUTELA DO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA NO DIREITO DO TRABALHO

**LEONARDO DA COSTA CARVALHO:**

Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP, Especialista em Direito do Trabalho pela PUC-SP (2021), Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale (2018), graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2012) e graduado em Sistemas de Informação pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2006)<sup>2</sup>.

**Resumo:** Com a Constituição Federal (CF) de 1988, fixou-se no rol de garantias fundamentais o direito ao contraditório, tanto no judicialmente quanto administrativamente, assegurando a ampla defesa do acusado. Por sua vez, o Código de Processo Civil (CPC) passou a dispor que o juiz não pode decidir sem oportunidade de manifestação das partes. Por outro lado, vige no processo do trabalho o Princípio da Irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que cria o desafio de dar efetividade à tutela do contraditório, na hipótese de violação deste princípio, compatibilizando-o com o ordenamento jurídico laboral. Uma violação à vedação da decisão surpresa poderá inclusive violar os Princípios da Celeridade e Economia Processual. O objetivo é aprofundar a utilização do Mandado de Segurança (MS) como um meio para efetivar a garantia da tutela do contraditório. O artigo destaca a fundamentação legal para o cabimento do MS e compatibilização do CPC com o direito processual do trabalho. Ao final, é apresentada sugestão sobre a flexibilização do MS. Para o estudo, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, analisando o arcabouço jurídico do direito processual do trabalho e cível. O procedimento de pesquisa foi histórico, comparativo, funcionalista e a interpretação foi sistemático-sociológica. A pesquisa baseou-se em materiais bibliográfico-documentais.

**Palavras-chave:** Processo do Trabalho; Contraditório; Mandado de Segurança; Decisão não surpresa.

**Abstract:** With the Federal Constitution (CF) of 1988, the right to the adversary system was established in the list of fundamental guarantees, both judicially and administratively, ensuring the full defense of the accused. In turn, the Civil Procedure Code (CPC) now considers that the judge cannot decide without having been given the opportunity to

---

<sup>2</sup> E-mail: leo\_ccarvalho@hotmail.com

express the opposing party. On the other hand, the principle of non-appealability of interlocutory decisions prevails in the Labor Procedural Law, which creates the challenge of giving effectiveness to the guardianship of the adversary system, in the event of violation of this principle, making it compatible with the labor legal system. This violation of the prohibition of the surprise decision may even violate the Principles of Reasonable Duration of the Lawsuit and Economy. The objective is to deepen the use of the Writ of Mandamus (MS) as a means to guarantee the protection of the adversary. The article highlights the legal basis for the adequacy of the MS and the compatibility of the CPC with procedural labor law. At the end, the suggestion on the flexibility of the MS is presented. For the study, we used the deductive approach method, analyzing the legal framework of labor and civil procedural law. The research procedure was historical, comparative, functionalist and the interpretation was systematic-sociological. Research in bibliographic-documentary materials.

**Keywords:** Labor Procedure Law; Right do Answer; Writ of Mandamus; Non-surprise decision.

**Sumário:** Introdução; 1. Preceitos legais para a interposição do Mandado de Segurança; 2. A tutela do contraditório, vedação à decisão surpresa no Direito do Trabalho após o CPC/15; 3. O uso do Mandado de Segurança como meio assecuratório ao contraditório no Direito do Trabalho; Considerações Finais.

## Introdução

Cada vez mais o Direito Processual do Trabalho vai se aproximando do Direito Processual Comum, especialmente após a entrada em vigor do CPC/15. No presente artigo abordamos a positivação e regulamentação do Princípio do Contraditório, no âmbito da vedação a decisão surpresa e decisões interlocutórias durante instrução processual.

Como premissa da simplicidade e celeridade, o Direito Processual do Trabalho prevê o Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Todavia, as relações de trabalho vieram evoluindo nas últimas décadas e inúmeras legislações esparsas foram agregadas ao direito do trabalho.

Com efeito, as defesas processuais se tornaram muito mais complexas, oriunda da alteração da dinâmica das negociações entre as partes durante o contrato de trabalho, o que enseja uma dilação probatória robusta e, por vezes, com inúmeras decisões interlocutórias durante a fase instrutória.

Neste cenário, as partes estão sujeitas ao pronunciamento jurisdicional de possíveis decisões que deixem de observar o princípio do contrário e, mais do que isto, causem uma violação à direito líquido e certo de algum dos litigantes.

Para assegurar tais direitos, diante da inexistência de medida processual própria, convencionou-se utilizar o Mandado de Segurança como remédio processual para atender a violação de direito líquido e certo.

Todavia, por vezes, a medida não é acolhida, sob a alegação de que existe recurso próprio e a parte deverá aguardar a decisão final, para então poder suscitar a nulidade ou violação do contraditório que lhe foi operada.

Diante disso, o estudo abordará as previsões legais atualmente vigentes acerca do Mandado de Segurança e a tutela do contraditório, à luz dos Princípios da Celeridade Economia Processual, para que as partes possam maximizar a obtenção da tutela jurisdicional com a isonomia e imparcialidade necessária ao Poder Judiciário.

## **1 – Preceitos legais para a interposição do Mandado de Segurança no direito do Trabalho**

Sobre o Mandado de Segurança, preleciona Manoel Antonio Teixeira Filho[1] que se trata de uma ação constitucionalmente prevista em nosso ordenamento jurídico, da qual pode se valer qualquer pessoa física ou jurídica, para assegurar direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, praticado por autoridade pública ou de representantes ou órgãos de partidos políticos ou de dirigentes de pessoa jurídica ou de pessoa natural no exercício de atribuições atinentes do poder público.

Historicamente, o Mandado de Segurança passou a ter previsão na Constituição de 1934, sendo regulamentado pela Lei 191/1936. A Constituição de 1934, dispunha em seu artigo 113 que era assegurado para defesa de direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Dentre inúmeras alterações decorrentes das Constituições Brasileiras e alterações legislativas, atualmente, encontra-se previsto no art. 5º, inciso LXIX da CF, tendo sido inicialmente regulamentado pela Lei 12016/2009.

Quanto a sua natureza jurídica, sob o ponto de vista ontológico, temos que o Mandado de Segurança possui natureza de ação, inobstante inúmeros debates existentes no passado[2].

No tocante aos seus efeitos, o Mandado de Segurança pode ser classificado como repressivo ou preventivo. Será repressivo quando buscar corrigir alguma ilegalidade praticada e preventivo, na hipótese de se evitar a concretização de uma lesão ao direito subjetivo do impetrante.

O Mandado de Segurança possui natureza jurídica de ação e, para que seja possível a sua viabilização, se faz necessária a legitimidade para a causa e o interesse processual, não havendo mais o que se falar em possibilidade jurídica do pedido, diante da inexistência desta condição no art. 17 do CPC/15.

A legitimidade ativa para impetrar o Mandado de Segurança pode ser da pessoa física ou jurídica que tiver o seu direito líquido e certo violado, ou que se encontre na iminência de tê-lo. Por sua vez, quanto a legitimidade passiva, será daquele que responsável pela prática do ato coator. Adicionalmente, é cabível a interposição de Mandado de Segurança coletivo, como por exemplo aqueles em que o Sindicato figure como autor.

Por interesse processual, temos a manutenção da pretensão resistida pela autoridade coatora, de forma que caso no curso do processo a autoridade coatora revise sua decisão, fazendo cessar os efeitos do ato que ensejou a impetração do Mandado de Segurança, ter-se-á a extinção sem pronunciamento do mérito, por ausência de interesse processual.

No que diz respeito aos pressupostos processuais, na visão de Teixeira Filho[3], há uma divisão em pressupostos de existência do processo, envolvendo jurisdição, partes e citação e pressupostos de validade do processo, enumerados pelo Autor como a inexistência de incompetência absoluta, inexistência de inépcia da petição inicial, inexistência de preempção, inexistência de litispendência, inexistência de coisa julgada, inexistência de conexão, inexistência de capacidade da parte, inexistência de convenção de arbitragem e inexistência de causas suspensivas ou extintivas do processo. Especificamente quanto ao Mandado de Segurança, o autor assevera ainda como pressupostos, a violação de direito líquido e certo, ilegalidade ou abuso do poder e ato de autoridade pública.

Dito isto, uma vez estabelecidos os conceitos acerca do Mandado de Segurança, passa-se a abordar as questões relativas à tutela do contraditório e, por conseguinte, a sua utilização como medida para assegurar direitos líquidos e certos violados, no âmbito do Direito do Trabalho.

## **2 – A tutela do contraditório, vedação à decisão surpresa no Direito do Trabalho após o CPC/15**

A tutela do contraditório, conforme preleciona o jurista Paulo Lucon[4] está no direito de participação no processo com a utilização de todos os meios legítimos e disponíveis destinados a convencer o julgador a outorgar uma decisão favorável a quem tem direito. Luiz Guilherme Marinoni[5], para definir o contraditório, primeiramente destaca o binômio informação-reação e, segundo a sua evolução conceitual, assevera que o contraditório hoje significa conhecer e reagir, influenciando em seus rumos, deixando de ter

como destinatários apenas as partes, passando a incluir o juiz. Complementando este conceito, Arruda Alvim, citado por Claudimir Supioni[6], aponta que o direito de defesa tem a sua origem quando o Estado retirou do particular o poder de justiça pelas próprias mãos.

Sua positivação encontra guarida no artigo 5º, inciso LV, art. 7º da CF e nos artigos 9º e 10º do CPC, os quais dispõem que é vedado ao juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Em razão do artigo 8 da CLT e artigo 15 do CPC, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) publicou a Instrução Normativa 39/2016, na qual compatibiliza os dispositivos ao Direito Processual do Trabalho.

Caso tal previsão legal seja violada, com base no próprio instituto da tutela do contraditório, combinado com o artigo 794 da CLT, ensejará a nulidade do ato e apreciará quais atos subsequentes deverão ser igualmente anulados, de forma a retomar o curso natural do processo.

O professor Homero Batista Mateus da Silva[7] aponta que a compreensão do sistema de nulidades adotado pelos artigos 794 e seguintes da CLT, pressupõe entender a instrumentalidade das formas, a transcendência do ato, na qual é preciso gerar alguma mácula à parte, a iniciativa da parte para manifestar a alegação da nulidade, sob pena de aquiescência e o aproveitamento dos atos praticados, quando possíveis.

Entretanto, vige no Direito Processual do Trabalho, por meio do artigo 893, §1º da CLT, o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite[8] é previsão de que apenas será admitido recurso contra decisões terminativas ou definitivas, não sendo admitidos recursos contra decisões interlocutórias, justificando-se em razão do Princípio da razoável duração do processo. Ocorre que há situações em que a ausência de possibilidade de recursos, para observância do duplo grau de jurisdição, pode ser muito mais prejudicial à parte, tornando o Mandado de Segurança a medida aplicável para enfrentar tais situações.

Com efeito, vejamos a aplicação do Mandado de Segurança, como uma medida especial para assegurar a efetividade do contraditório e evitar um longo decurso de prazo para que as partes possam obter um provimento jurisdicional, incorrendo na inobservância do Princípio da Celeridade e Economia Processual.

### **3 – O uso do Mandado de Segurança como meio assecuratório ao contraditório no Direito do Trabalho**

Nas lições de Sérgio Pinto Martins[9], temos que o Mandado de Segurança não possui previsão expressa de aplicabilidade na Justiça do Trabalho, sendo necessárias algumas adaptações para a sua compatibilização, as quais foram sedimentadas pela própria jurisprudência formada pelo TST e Superior Tribunal Federal (STF), eis que temos apenas a previsão legal quanto a sua competência, vide artigo 678, inciso I, alínea b da CLT.

A Súmula 267 do STF dispõe que não é cabível Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. Com base neste entendimento, combinado com o Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, temos que inúmeras decisões acabam gerando um efeito inverso ao da duração razoável do processo, posto que criam nulidades que muitas vezes poderiam ser tutelas por Mandado de Segurança ou alguma previsão legal equivalente ao Agravo de Instrumento do artigo 1015 do CPC.

Entretanto, se faz necessário repensar se realmente o melhor caminho seja o de aguardar a decisão final ou flexibilizar o rol de opções compatíveis com o Mandado de Segurança, assim como foi disposto para o Agravo de instrumento, em matéria cível, no artigo 1.015 do CPC/15.

Esta flexibilização já foi verificada quando houve a concordância da interposição do Mandado de Segurança para tutela provisória concedida antes da decisão final, conforme item II da Súmula 414 do TST[10].

Diante da evolução das relações laborais, compatibilizar outras medidas processuais do CPC/15, como por exemplo o despacho saneador e a possibilidade de utilização do Agravo de Instrumento ou recurso equivalente sobre decisões interlocutórias que cause manifesto prejuízo, tornará o Direito Processual do Trabalho mais adequado à observância da tutela do contraditório e duração razoável do processo.

A título de exemplo, além da própria tutela de urgência já observada, temos questões relativas a procedimentos adotados durante o curso do processo, destacando-se a ausência de garantia ao exercício do contraditório em eventual decisão surpresa, violação à distribuição do ônus probatório, nulidades durante atos periciais, indeferimento de produção de prova, exibição ou posse de documento ou coisa, gratuidade da justiça, dentre outros.

Com a possibilidade de utilização do Mandado de Segurança para tais violações, sem que fosse necessário aguardar uma decisão terminativa, inúmeras vezes incorreríamos em uma maior celeridade processuais e, inclusive, evitar uma possível perda da prova, em razão do decurso do tempo.

Por conseguinte, torna-se imperioso repensar a adoção do Mandado de Segurança para tornar mais célere assegurar o contraditório, flexibilizando o princípio da



irrecorribilidade das decisões interlocutórias para um maior rol de hipóteses, além da já amplamente utilizada na Súmula 414, item II do TST.

### **Considerações Finais**

Como visto, temos que as relações laborais tornam-se cada vez mais complexas, o que exigem, da mesma maneira, a necessidade de ampliação do contraditório, conforme passou a constar expressamente com a promulgação do CPC/15, consolidando o Princípio do Contraditório já previsto no rol de garantias fundamentais.

Diante da inexistência de um recurso próprio contra as decisões interlocutórias no Direito Processual do Trabalho, convencionou-se a utilização do Mandado de Segurança, como remédio processual para assegurar o contraditório em tais hipóteses.

Entretanto, em razão da inexistência de previsão legal equivalente ao Agravo de Instrumento do artigo 1015 do CPC/15, combinado com o Princípio da Irrecorribilidade das decisões interlocutórias do artigo 832, §1º da CLT, se faz necessário repensar a adoção do Mandado de Segurança para expandir a sua aplicação.

Isto porque ao ter que aguardar uma decisão terminativa, para então interpor recurso cabível de discussão desta nulidade, estar-se-ia violando justamente os Princípios da Celeridade e Economia Processual.

Assim, uma eventual compatibilização do rol disposto do artigo 1015 do CPC/15, combinado com o artigo 794 da CLT e a Instrução Normativa TST 39/2016, poderá aperfeiçoar o Direito Processual do Trabalho, na garantia assecuratória da tutela do contraditório, bem como observância dos Princípios da duração razoável do processo, celeridade e economia processual.

### **Referências Bibliográficas**

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito processual do trabalho**. 4 ed. - São Paulo: LTr, 2019.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela do contraditório no novo CPC: vedação à decisão-surpresa; requisitos para extensão dos limites objetivos da coisa julgada**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Ano 10, Volume 17, Número 1. Rio de Janeiro: Período Semestral da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]** – Volume 1. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 6, 2018

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 41. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de revelia**. 2 ed. São Paulo: LTR, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada [livro eletrônico]**. 2 ed. rev. atual. e ampl. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SUPIONI JUNIOR, Claudimir. **A dispensa por justa causa e as garantias do contraditório e da ampla defesa**. São Paulo: LTr, 2014.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de segurança na justiça do trabalho – individual e coletivo – (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009)**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

NOTAS:

---

[1] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Mandado de segurança na justiça do trabalho – individual e coletivo – (Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009)**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 99

[2] Ibid, p. 102

[3] TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Op cit., p. 139

[4] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Tutela do contraditório no novo CPC: vedação à decisão-surpresa; requisitos para extensão dos limites objetivos da coisa julgada**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Ano 10, Volume 17, Número 1. Rio de Janeiro: Período Semestral da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2016

[5] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico] – Volume 1**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v. 6, 2018

[6] SUPIONI JUNIOR, Claudimir. A dispensa por justa causa e as garantias do contraditório e da ampla defesa. São Paulo: LTr, 2014, p. 16.

[7] SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada [livro eletrônico]**. 2 ed. rev. atual. e ampl. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 576.

[8] LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Direito processual do trabalho. 4 ed. - São Paulo: LTr, 2019, p. 38.

[9] MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 41. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 745.

[10] Súmula nº 414 do TST - MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA

I – A tutela provisória concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. É admissível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário mediante requerimento dirigido ao tribunal, ao relator ou ao presidente ou ao vice-presidente do

tribunal recorrido, por aplicação subsidiária ao processo do trabalho do artigo 1.029, § 5º, do CPC de 2015.

II – No caso de a tutela provisória haver sido concedida ou indeferida antes da sentença, cabe mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.

III – A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão ou o indeferimento da tutela provisória.

## ACIDENTE DE TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

**JOÃO FRANCISCO DA SILVA:**

Advogado e Mestrando em Direito do Trabalho na PUCSP3.

**VALÉRIA GAURINK DIAS FUNDÃO**[1]

(coautora)

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo promover uma discussão sobre o acidente de trabalho e seus reflexos na Previdência Social no Brasil. As normas jurídicas que alicerçam a incolumidade mental e física dos empregados visam o trabalho como uma atividade segura, pois o empregador é responsável pelas medidas individuais e/ou coletivas para proteger a saúde e segurança do obreiro. O direito previdenciário é garantidor da dignidade da pessoa humana e, por sua relevância, foi elevado ao *status* de direito humano fundamental, previsto nos artigos 6º e 201 da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Previdência Social, Acidente de Trabalho, Meio Ambiente do Trabalho, Direito Fundamental.

**ABSTRACT:** This article aims to promote a discussion about the work accident and its effects on Social Security in Brazil. The legal norms that guarantee the mental and physical safety of employees aim at work as a safe activity, as the employer is responsible for individual and/or collective measures to protect the health and safety of the worker. The social security right is a guarantor of the dignity of the human person and, due to its relevance, it was elevated to the status of a fundamental human right, provided for in articles 6 and 201 of the Federal Constitution.

**Keywords:** Social Security, Work Accident, Work Environment, Fundamental Law.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. DEFINIÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO. 2. BENEFICIÁRIOS. 3. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ACIDENTE DE TRABALHO. 4. RECONHECIMENTO DO ACIDENTE DE TRABALHO. 5. ENCARGOS DO EMPREGADOR PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO. 6. PRESCRIÇÃO DOS BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS. 7 ACIDENTES DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA SEARA PREVIDENCIÁRIA. a. Benefícios previdenciários acidentários. b. Responsabilidade Acidentária. c. Consequências do infortúnio (acidente de trabalho). 8. AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA. 9. DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

3 E-mail: adv.joao@uol.com.br

## INTRODUÇÃO

Ano após ano, infelizmente, ocorrem milhares de acidentes que causam incapacidade, invalidez ou morte dos trabalhadores urbanos e rurais. A título de exemplo podemos verificar o que consta do Anuário Brasileiro de Proteção dos últimos anos[2], onde são registrados acidentes típicos de trabalho, acidentes de trajeto e doenças do trabalho. Sem sombra de dúvidas, muitos acidentes ocorreram por descumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho.

Para fins da Lei n. 8.080/1.990[3], a saúde do trabalhador é um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes da saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos. [4]

O acidente de trabalho tem fundamento na Carta Magna de 1.988 no art. 201, I, § 10 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103/2.019 e nos arts. 19 a 23 da Lei n. 8.213/1.991. Ainda nos arts. 336 a 346 do Decreto n. 3.048/99 (RPS).

As normas jurídicas que afiançam a incolumidade mental e física dos empregados visam o trabalho como uma atividade segura, pois o empregador é responsável pelas medidas individuais e/ou coletivas para proteger a saúde e segurança do obreiro.

A constituição brasileira reconhece tal proteção no local de trabalho (art. 7º, XXII e XXIII da CF/1988). E, sendo constatada negligência patronal ou até mesmo transgressão a obrigação segurança e higiene dos trabalhadores, restará configurada contravenção penal, cuja pena pode ser multa, cabendo ao Ministérios do Trabalho e da Previdência Social desempenharem a fiscalização (art. 19, §§ 1º, 2º e 4º Lei n. 8.213/1991).

A estatização do seguro de acidentes do trabalho até os dias atuais é público e prevê a cobertura nos casos de doença, invalidez e morte, sendo a responsabilidade do Estado objetiva[5]. Em 1.919 foi aprovada norma de proteção contra os acidentes de trabalho, trata-se do Decreto nº 3.724, de 15 de janeiro de 1.919.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pagava os benefícios previdenciários oriundos dos acidentes de trabalho, por outro lado as empresas saldavam a contribuição do seguro de acidente do trabalho (SAT). As seguradoras privadas, à época não tinham qualquer participação nessa proteção.

A Emenda Constitucional nº 20/1.998, alterou isso, já que o § 10, do art. 201, da CF/1.988, concedeu autorização, agora constitucional, para a cobertura do risco de

acidente do trabalho ser concretizada de forma concomitante entre o Setor público (INSS) e o setor privado.

Já a EC nº 103/2.019, que tratou da Reforma da Previdência Social, deu nova redação ao art. 201, § 10, da CF/1.988, que agora prevê que uma lei complementar de iniciativa do Poder Executivo Federal poderá disciplinar a cobertura concomitante entre o INSS e a iniciativa privada para todos os benefícios não delineados, abrangendo além dos benefícios por incapacidade de trabalho, a pensão por morte.

Agora, é possível a cobertura partilhada entre os setores público e privado de todos os benefícios não programados, inclusive os benefícios acidentários.

No âmbito do Regime Geral o tema acidente de trabalho está nos arts. 19 a 23 do Lei n. 8.213/1991. Segundo referida norma a empresa é responsável pela adoção e uso de medidas individuais e coletivas de proteção e segurança da saúde do trabalhador.<sup>[6]</sup>

Na hipótese de haver negligência e/ou infração no que pertine ao dever de segurança e higiene do trabalho poderá constituir contravenção penal, cuja pena será de multa, sob a responsabilidade do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, que deve exercer a fiscalização (art. 19, §§ 1º, 2º e 4º da Lei n. 8.213/1991).

## **1. DEFINIÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO**

Os benefícios concedidos pela Previdência Social podem ter origem em alguma enfermidade incapacitante ou podem ser benefícios acidentários, com origem em acidente de trabalho típico ou mesmo em doença equiparada a acidente de trabalho.

Constatada por perícia médica que a causa para a concessão do benefício tenha ligação com trabalho exercido pelo segurado, o benefício a ser deferido/concedido será por acidente de trabalho.

Se, por outro lado, a causa do benefício for uma doença incapacitante sem vínculo com o trabalho realizado a concessão do benefício será previdenciário e não acidentário.

Desta forma a diferença entre um benefício e outro é a causa geradora, que irá definir a sua natureza (previdenciário ou acidentário).

Em resumo o benefício previdenciário decorre necessariamente de motivos acidentários, absolutamente vinculado a atividade laboral do trabalhador segurado, em assim sendo, é obrigatório o nexo de causalidade entre a incapacidade e o trabalho.

Diz o caput do art. 18 do Lei n. 8.213/1.991:

“O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços.”

Apesar das espécies de benefícios serem os mesmos, juridicamente há outras implicações jurídicas que diferenciam os benefícios previdenciário dos benefícios acidentários.

Não podemos nos esquecer da Lei Complementar n. 150/2015 que inovou, garantindo o benefício acidentário também ao empregado doméstico. Dá mesma forma criou a contribuição SAT que deve ser recolhida pelo empregador doméstico.

As empresas, por imposição da Lei são obrigadas a prevenir que os acidentes de trabalho venham a ocorrer, sendo inclusive imperativa a criação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), em conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, e nos moldes estabelecidos pela CLT em seu art. 163.

A função da CIPA é educar e orientar a todos os empregados; exigir dos empregadores o respeito às normas de segurança e medicina do trabalho; promover campanhas educativas; apurar as causas e prevenir que os acidentes não se repitam; fiscalizar a entrega correta e gratuita dos EPIs, assim como velar para que os empregados façam uso correto do equipamento individual, a teor do que determina a CLT em seu art. 158, parágrafo único, letra “b”. [7]

Sandro Nahmias Melo afirma que os membros da CIPA possuem garantia constitucional de estabilidade (art. 10, II alínea “a” do ADCT), entretanto tais membros possuem pouco ou nenhum poder, limitam-se a opinar, apresentar sugestões e solicitações à direção do estabelecimento. E é grande o medo de represálias contra os chamados “cipeiros”, o que inibe e muito sua atuação, já que a citada garantia é provisória. [8]

Homero Batista afirma que os EPIs inserem-se no contexto das medidas de prevenção de segurança e medicina do Trabalho, já que são referidos na CLT e em tratados internacionais. [9]

Podemos extrair do art. 19 do Lei n. 8.213/1991, o conceito de acidente do trabalho:

“Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a

morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.

A lei descreve esse conceito tecnicamente. O fato pode ser decorrente do trabalho, podendo ser um acidente típico, uma doença ocupacional ou uma situação equiparada ao acidente de trabalho, assim considerada pela legislação.

Legalmente é considerado acidente de trabalho o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou do empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.[10]

Pelo conceito acima, podemos constatar os seguintes requisitos que caracterizam o acidente típico de trabalho:

- Acontecimento ocorrido durante a execução do trabalho e no desempenho do serviço da empresa, nas atividades de doméstico, campesina ou pesqueira artesanal individualmente, realizada por segurado especial;
- Decorrente de lesão corporal, funcional ou psíquica;
- Evento morte do empregado, ou ainda redução ou perda capacidade de trabalho temporária ou definitiva.

Os acidentes típicos são os que decorrem de um evento traumático, que para ser caracterizado, necessita ser demonstrado o nexo de causalidade entre o acidente e o trabalho desenvolvido pelo empregado.

A legislação pátria considera ainda como sendo acidente de trabalho, por equiparação, as doenças ocupacionais, são elas:

- enfermidades profissionais ou tecnopatias ou ergopatias (art. 20, I, do Lei n. 8.213/1991);
- enfermidades do trabalho ou mesopatias (art. 20, II, do Lei n. 8.213/1991).

O rol de enfermidades ocupacionais que consta no Anexo II do Decreto n. 3.048/99 é meramente exemplificativo, já que o § 2º, do art. 20, do Lei n. 8.213/1.991, diz que é possível incluir doenças não mencionadas em referido rol.

As enfermidades profissionais são aquelas doenças características, típicas ao exercício de algumas profissões. A ligação entre a profissão e a doença dispensam a prova do nexo de causalidade. A título de exemplo, inclusive bem clássico, pode ser citada



a **silicose** [11], que é uma doença típica de pessoas que trabalham com mineração, por respirarem a sílica, e é uma doença pulmonar causada pela inalação contínua e constante da sílica cristalina. Ao longo do tempo, a sílica se deposita nos pulmões e enrijece as estruturas ali presentes, que precisam ser flexíveis facilitando a entrada e saída de ar.

De outra banda, as enfermidades do trabalho são aquelas doenças que não são típicas a certos trabalhos, contudo são doenças que se manifestam em razão do ofício desempenhado ou da forma como o labor é exercido. Não se podendo presumir o nexo de causal, logo, é exigida comprovação de que a doença é oriunda do trabalho desenvolvido. Exemplo bem comum trata-se da perda auditiva.

A lei também de forma expressa afasta determinadas doenças deixando claro que elas não são doenças ocupacionais, segundo o art. 20, § 1º, do Lei n. 8.213/1.991, vejamos:

§1º Não são consideradas como doença do trabalho:

- a) a doença degenerativa;
- b) a inerente a grupo etário;
- c) que não produza incapacidade laborativa;
- d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

No caso das enfermidades degenerativas, onde, mediante perícia médica do INSS, se ficar comprovado que a doença apresenta nexo de causalidade com o trabalho ou com a função desempenhado pelo empregado, ela será considerada doença do trabalho. A L.E.R. (Lesão por Esforço Repetitivo) é o exemplo bem comum.

O lapso de tempo para a definição do acidente de trabalho nas enfermidades ocupacionais consta no art. 23 do Lei n. 8.213/1.991. Referida norma apresenta três hipóteses, servindo de marco do acidente de trabalho o que acontecer primeiro, vejamos:

- O dia do início da incapacidade laborativa;
- O dia da segregação compulsória;
- O dia em que for realizado o diagnóstico.

O legislador fixou que alguns acontecimentos se equiparam a acidente do trabalho. Para estes casos considerados equiparados, o exercício da atividade do

trabalhador possui causalidade indireta (concausa), competindo com outras situações alheias ao labor do empregado. Em rol meramente exemplificativo, o art. 21 da Lei n. 8.213/1.991 trata das circunstâncias em que existem concausas na geração da incapacidade.

Vale destacar que nos períodos destinados a alimentação, descanso ou para necessidades fisiológicas, estando no lugar de trabalho, o obreiro estará no exercício de labor, para fins de acidente do trabalho. Também será considerado como acidente de trabalho os fatos sofridos pelo empregado por caso fortuito ou força maior na localidade e horário de trabalho.

## **2. BENEFICIÁRIOS**

Apenas os segurados, com previsão de contribuição previdenciária adicional; seja do segurado ou da empresa para custear as prestações acidentárias, é que tem direito aos benefícios decorrentes de acidente de trabalho.

Logo, os segurados que podem ser beneficiários de acidente de trabalho são o empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, o segurado especial e seus dependentes. Evidentemente estão excluídos dessa possibilidade o contribuinte individual e o médico-residente.[12]

Em decorrência de causa acidentária são pagos pelo INSS os seguintes benefícios:

- Pensão por morte por acidente do trabalho;
- Auxílio-acidente por acidente de trabalho;
- Auxílio-doença por acidente de trabalho; e
- Aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho.

É perfeitamente admissível a reabilitação do empregado, um serviço do INSS que tem o objetivo de oferecer aos segurados parcialmente incapacitados para o trabalho, por motivo de doença ou acidente, os meios de readaptação profissional para o seu retorno ao mercado de trabalho.

Durante todo o processo de reabilitação, o benefício acidentário que antecedeu a reabilitação não pode ser cessado, o que ocorrerá ao final do processo de reabilitação, com o retorno do segurado à atividade laboral.

José Affonso Dallegrave Neto afirma que a Reabilitação Profissional é um serviço de reeducação e reabilitação profissional, visando auxiliar o segurado acidentado a ser

reinserido no mercado de trabalho, nos exatos termos preconizados pelo artigo 89 da Lei n. 8.213/91.[13]

Os demais benefícios incapacitantes são incompatíveis com a causa acidentária, sendo assim, aposentadorias programadas, salário-maternidade, salário-família e auxílio-reclusão são incompatíveis com evento acidente do trabalho, logo, não são pagos pelo INSS.

### **3. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ACIDENTE DE TRABALHO**

São cinco as principais implicações jurídicas do acidente de trabalho:

1. estabilidade provisória no emprego no mínimo de 12 meses, cujo prazo inicial é a alta médica ao fim do auxílio doença acidentário (art. 118 do Lei n. 8.213/1.991);

2. possibilidade de elevação do fator acidentário de prevenção – FAP que pode ser de até 100% da contribuição que incidirá sobre as remunerações dos segurados empregados, logo, a alíquota da contribuição previdenciária do empregador. (art. 22, II, da Lei n. 8.212/1.991 e art. 10 da Lei n. 10.666/2003);

3. competência da Justiça comum estadual nas ações entre o INSS e o segurado vítima de acidente de trabalho (art. 109, I, da CF/1988; Súmula nº 501 do Supremo Tribunal Federal - STF; Súmula nº 15 do Superior Tribunal de Justiça - STJ), nos casos de demanda envolvendo acidente de trabalho, mesmo sendo INSS uma Autarquia Federal, o que em tese deveria atrair a competência da Justiça Federal, nas causas de origem acidentário a competência é da justiça comum estadual;

4. inexistência de carência para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho (art. 26, II, do Lei n. 8.213/1991);

5. obrigatoriedade do empregador depositar o valor referente ao FGTS na conta vinculada do empregado vitimado, mesmo que ele esteja afastado do trabalho e recebendo benefício do INSS, conforme o art. 15, § 5º, da Lei n. 8.036/1990.

### **4. RECONHECIMENTO DO ACIDENTE DE TRABALHO**

Nos casos de segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, é obrigação do empregador, expedir a Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT), o que deverá ocorrer até o 1º dia útil seguinte ao do acidente, no caso de ter ocorrido a morte do empregado, o comunicado deve ser feito imediatamente para a autoridade

competente, se não for feito o comunicado o empregador fica sujeito a aplicação de multa administrativa.

A CAT necessita ser preenchida em 04 vias a saber:

- Uma para ser levada ao INSS;
- Uma para o empregador;
- Uma para o segurado vítima do acidente ou aos seus dependentes;
- Uma para ser entregue ao sindicato da categoria vinculada a empresa.

Para os casos de descumprimento ou ser expedida a CAT tardiamente, existe a possibilidade de aplicação de multa administrativa.

Havendo recusa do empregador em emitir o documento a lei (art. 22, § 2º, do Lei n. 8.213/1991) determina que outras pessoas podem de forma subsidiária emitir a CAT. São eles:

- O acidentado ou seus, dependentes;
- O sindicato da categoria;
- O médico que socorreu ou assessorou ao trabalhador vitimado;
- Qualquer autoridade pública que tenha tido conhecimento do evento acidente de trabalho.

Vale destacar que qualquer comunicação subsidiária não inibe a aplicação da multa ao empregador omissor, já que deixou de emitir o documento, logo, está caracterizada a infração, já que o comunicado de acidente do trabalho se trata de um dever do empregador.

## **5. ENCARGOS DO EMPREGADOR PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO**

Independente de dolo ou culpa do empregador pelo evento acidentário que vitimou o empregado, a responsabilidade é objetiva, e a demanda deverá ser proposta perante a Justiça do Trabalho pelo próprio empregado vitimado, ou, em caso de morte, pela viúva ou por seus dependentes.

Em sendo julgada procedente a ação trabalhista, o empregador poderá ser condenado ao pagamento de danos morais, danos materiais e ainda ser condenado ao

pagamento de pensão vitalícia pela redução da capacidade laborativa do empregado vitimado.

Suely Ester Gitelman e Murilo Caldeira Germiniani afirmam que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos seus sócios, já que a sociedade possui autonomia patrimonial, entretanto, no Brasil existe a possibilidade de relativizar a personalidade Jurídica da empresa, como consequência disto, os bens dos sócios responderão pelas obrigações da empresa, assim que efetivada a desconsideração da personalidade jurídica da companhia.[14]

Apesar de entendermos que a responsabilidade é objetiva, Maurício Godinho Delgado afirma que são necessários três requisitos essenciais para a responsabilização do empregador: o dano; o nexo de causalidade e a culpa do empregador.[15]

No que pertine ao dano material, é necessária sua demonstração, ou seja, as perdas materiais sofridas, inclusive podem ser mensurados e estimados os danos emergentes e os lucros cessantes e ainda o dano à imagem, vinculando-os as despesas já realizadas ou às futuras, decorrentes da lesão sofrida, tudo vinculado à perda patrimonial efetiva ou até mesmo estimada como consequência da redução da capacidade laborativa.

O mesmo não ocorre com o dano moral, haja vista que não se pode exigir prova de tal dano, mesmo porque ele é auto evidente, insuscetível de prova, mas por óbvio o fato causador deve estar devidamente provado. O dano moral é presumido o fato não.

Alexandre Agra Belmonte discorre que o dano moral pode se referir aos efeitos valorativos da personalidade, aos atributos físicos da personalidade, aos atributos psíquicos ou intelectuais da personalidade e aos atributos culturais de certa comunidade ou integridade cultural coletiva.[16]

No que pertine ao nexo causal deve haver evidência fática entre a conduta do empregador e o dano sofrido pelo obreiro. Vale destacar que em caso de doenças profissionais e ocupacionais é possível verificar outras causas, fora da alçada do empregador.

Mauricio Godinho Delgado chama isso de multicausalidade ou concausalidade, e afirma ainda referido autor que tais peculiaridades não eliminam a presença do nexo causal, se constatado que o próprio ambiente de tenha contribuído para o malefício, e se constatada a concausa, é fato relevante para atenuar o valor de eventual indenização.[17]

Ocorrido o acidente de trabalho, a culpa do empregador é presumida, se constatada a existência dos requisitos anteriores, ou seja, o dano e o nexo causal, eis que o

empregador tem a direção e a dinâmica do ambiente de trabalho, sendo o responsável direto pela prestação de serviço do empregado em seu estabelecimento, por óbvio, ocorrido o acidente pressupõe a culpa do patrão, vez que o obreiro estava sob suas ordens.

E finalmente é bom destacar que, se a empresa comprovar que o fato ocorreu por culpa exclusiva do trabalhador, no que se refere ao surgimento da lesão ou do acidente, sendo exclusiva do obreiro, fica afastada a responsabilidade do empregador, mas se a culpa for concorrente isso não ocorrerá, não excluirá a responsabilidade patronal, mas poderá servir como fator atenuante, observadas as circunstâncias do caso concreto, e atenuará o valor da eventual indenização a ser paga a título de reparação.

## **6. PRESCRIÇÃO DOS BENEFÍCIOS ACIDENTÁRIOS**

O art. 104, da Lei n. 8.213/1.991, determina que as ações referentes à prestação por acidente do trabalho prescrevem em cinco anos contados da seguinte data:

- Do acidente, quando dele resultar a morte ou a incapacidade temporária;
- Em que for reconhecida pela Previdência Social, a incapacidade permanente ou agravamento das sequelas do acidente.

A jurisprudência do STJ entende que, em se tratando de benefício previdenciário, ocorre a prescrição progressiva, onde apenas as parcelas vencidas antes de cinco anos anteriores à distribuição da demanda ou do pedido administrativo do requerimento do benefício protocolado junto ao INSS restarão alcançados pela prescrição. Segundo o STJ:

“Nas ações ajuizadas com o objetivo de obter benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, a prescrição incide apenas sobre as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, não ocorrendo a chamada prescrição do fundo de direito, nos termos da súmula 85/STJ”. (STJ, REsp nº 1503292/PB, publicado em 31.03.2015)

## **7. ACIDENTES DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA SEARA PREVIDENCIÁRIA**

Muito embora, no Brasil, a Segurança e Saúde no Trabalho (SST) tenha evoluído bastante nas últimas três décadas, com a existência de leis e de profissionais que asseguram a saúde e segurança dos trabalhadores, os índices de acidentes do trabalho não têm reduzido de forma satisfatória.

O marco tornou-se oficial em 1.972, depois de regulamentada a formação técnica em Segurança e Medicina do Trabalho. Em 27/7/1.972, foram publicadas as portarias de nº 3.236, que instituiu o Plano Nacional de Valorização do Trabalhador, e a de nº 3.237, que

tornou obrigatórios os serviços de medicina do trabalho e engenharia de segurança do trabalho em todas as empresas com um ou mais trabalhadores.

Vale enfatizar que as Normas Regulamentadoras, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas, e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT

O aumento dos acidentes de trabalho acontece por vários motivos, e englobam os Empregados, Empregadores e Governo Federal.

Os operários, por desconhecerem ou até mesmo por falta de consciência dos riscos ocupacionais a que ficam expostos no exercício da sua profissão. Noutra compasso, temos as empresas, que estão adormecidas, desconhecem as consequências jurídicas que devem arcar pelo simples fato de não propiciarem a seus empregados ambientes de trabalho sadios e seguros.

Vale ressaltar que as empresas estão sujeitas à fiscalização trabalhista de segurança e saúde no trabalho, conseqüentemente, além de serem notificadas, autuadas/multadas, e até terem suas atividades paralisadas, por descumprirem a legislação pertinente à segurança e saúde no trabalho, também, terão um passivo trabalhista, pois têm crescido significativamente as ações de natureza acidententárias por Danos Materiais e Morais, englobando as ações de doenças ocupacionais que são equiparadas a acidente de trabalho. E, ainda, essas empresas podem e devem ser surpreendidas com ação regressiva em seu desfavor, objetivando todo valor repassado para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em favor dos segurados acidentados ou a seus dependentes.

O Governo, através do Ministério do Trabalho e Emprego precisa elaborar estrategicamente um conjunto de medidas no intuito de reduzir os Acidentes de Trabalho no Brasil, contribuindo para a redução dos danos aos trabalhadores, às empresas e ao Orçamento da União

Vale destacar que o acidente de trabalho, além de acarretar sérias consequências no contrato de emprego, também gera consequências negativas no orçamento da Previdência Social, com os gastos em benefícios previdenciários.

#### **a). Benefícios previdenciários acidentários**

Convém ressaltar que “A ideia de previdência está intimamente ligada à noção de risco social. Tal expressão pode ser examinada a partir de duas perspectivas: uma, objetiva,

que qualifica os riscos como sociais pelo fato de atingirem qualquer indivíduo e serem inerentes à vida em sociedade; e outra, subjetiva, por compreender riscos cuja prevenção somente a coletividade é apta a proporcionar e cujos danos somente a ela incumbe reparar, posto que os indivíduos, isoladamente considerados, carecem de meios técnicos ou econômicos para lhes fazer frente.”[18]

Bem frisou o doutrinador que “com o advento da Lei 5.316/67, a proteção acidentária saiu da esfera trabalhista e adentrou à previdência social, operando-se a estatização do seguro de acidentes de trabalho, onde se mantém até hoje, na forma no artigo 201, inciso I, da CRFB, que prevê a cobertura nos casos de doença, invalidez e morte”. [19]

“O Estado assumia, então o monopólio do seguro em questão que, desde a criação fora gerido pelas empresas privadas e, mais adiante, também pelas carteiras específicas das autarquias de previdência social”. [20]

Por fim, o sistema de seguro de acidente de trabalho encontra-se regulamentado pela Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991 – Plano de Benefícios da Previdência Social,

Lembrando, que “O direito atual segue a tendência de considerar a proteção social pelo efeito danoso provocado na pessoa do segurado, sem específica atenção para a causa relacionada com o fato”. [21]

Convém relatar que “a proteção previdenciária não é plena, pois tarifada pela Lei de Benefícios. Não cobre, por exemplo, lucros cessantes e danos emergentes”. [22]

“A carga do empregador ficam as demais reparações/compensações de natureza estritamente civilista, como os gastos com tratamentos médicos, próteses, danos materiais, morais e/ ou estéticos e pela perda de uma chance”. ( MELO, 2011, p. 54)

Para a proteção previdenciária, não há necessidade de existência de dolo ou culpa do empregador, sendo devido o benefício por incapacidade inclusive nos casos de culpa da vítima. Impõe-se que haja, sim, nexos causal entre o acidente ou a doença e a lesão ou a morte.”[23]

Lembrando que o benefício previdenciário é devido até mesmo nos casos de culpa da vítima, tendo em vista que “O sistema brasileiro adota a técnica do risco-causa. O risco-causa é o conceito adotado pelo seguro social. Diferentemente do risco-previsão, do seguro tradicional, que compreende o risco como previsão de cobertura, o risco-causa é baseado na hipótese de incidência. Nele, o sinistro ocorre pela verificação e concretização do risco, que, conseqüentemente, provoca a subsunção do fato ao modelo legal”. [24]



A Lei n. 8.213/1.991, por sua vez garante aos empregados/beneficiários-segurados os seguintes benefícios: Auxílio por incapacidade temporária (auxílio doença); Aposentadoria por incapacidade permanente (aposentadoria por invalidez), pensão por morte.

Ressaltando, que salvo em relação à pensão por morte, o auxílio por incapacidade temporária e aposentadoria por incapacidade permanente são transitórios, ou seja, a qualquer momento poderá ser cessado o benefício, desde que cessada a incapacidade para o trabalho, sendo oportuno afirmar que o empregado/segurado deverá retornar ao posto do trabalho, nesse caso o contrato de trabalho deixa de ser considerado suspenso.

### **b).Responsabilidade Acidentária**

“O art. 121 da Lei n. 8.213/1.991 bem captou esse princípio, ao estabelecer: O Pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem. Observe-se que foi mencionada a responsabilidade civil genericamente, o que permite concluir que todas as espécies estão contempladas”. [25]

Vale ressaltar que “no caso da reparação civil, pode o empregado obter indenização quando a empresa, por seus prepostos, tenha incorrido em conduta dolosa ou culposa que tenha causado o infortúnio (ou quando seja o caso de responsabilização objetiva), cabendo ao empregador provar a inexistência de dolo ou culpa”. [26]

O artigo 7º, XXVIII, da CRFB estabelece, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Pela regra vigente existem três alíquotas básicas para o financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT), também conhecido por Risco Ambiental do Trabalho (RAT), que incidem sobre o total da remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, sendo elas as seguintes (Lei n. 8.212/91, art. 22, II):

- a) 1% para atividades de risco leve;
- b) 2% para atividades de risco médio;
- c) 3% para atividades de risco grave;

Lembrando que o SAT “destina-se, exclusivamente, ao financiamento dos benefícios concedidos pela Previdência Social para trabalhadores que são acometidos de

acidente de trabalho e que as alíquotas previstas na legislação (1%, 2% ou 3%) são distribuídas conforme índices médios de cada categoria econômica, conhecidos pelo Ministério da Previdência Social, mas isso não impede que determinada empresa invista na melhoria de seu ambiente e que, reduzindo a gravidade do risco, tenha também reduzida alíquota básica destinada a esse seguro. A ideia é muito mais ampla que a mera arrecadação de valores". [27]

"O Sistema de Seguridade Social se traduz na ideia de seguros privados, ou seja, a medida de contribuição ao sistema é diretamente proporcional ao acontecimento do evento danoso. Portanto, aquele contribuinte que gerar maior probabilidade de causar o risco social, dever verter contribuições mais elevadas aos cofres da Seguridade Social." [28]

Vale frisar que o INSS somente concede benefícios com código de acidente de trabalho aos segurados que possuem o pagamento da contribuição SAT em seu favor: empregado, empregado doméstico (este após a LC 150/2015), trabalhador avulso e segurado especial.

Logo, o contribuinte individual, quer autônomo, quer prestando serviços à pessoa jurídica, não terá deferido pelo INSS benefício por acidente de trabalho, e sim benefício comum, o mesmo ocorrendo com o segurado facultativo, que sequer trabalha.[29]

Assim, a Lei 8.212/91, ao instituir alíquota mensal variável sobre a folha de pagamento, entre 1% a 3%, de acordo com o grau de risco, sugere que a responsabilidade inicial, em virtudes dos danos causados por acidente do trabalho, seja do empregador.

### **c). Consequências do infortúnio (acidente de trabalho)**

O empregado e família sofrem de imediato os maiores prejuízos. O Obreiro pode ficar incapacitado de forma parcial ou total, temporária ou permanente para o trabalho.

O acidente pode ocasionar outras sequelas além das físicas, pode acarretar problemas de ordens psicológicas e morais.

E ainda, o acidente pode resultar em morte do empregado, deixando órfãos e viúvas, quando não chega a esse extremo, a família passa viver com valores inferiores ao de outrora quando o trabalhador estava em gozo de plena saúde.

Já em relação as empresas além de perderem grandes somas em espécies também pedem a credibilidade perante a sociedade.

A empresa poderá ser responsabilizada civilmente e criminalmente pelo dano causado, e, ainda, poderá sofrer uma ação regressiva na forma do artigo 120 da Lei n. 8.213/91.

Frisando que a função social da empresa consiste em um princípio importante para o devido funcionamento da ordem econômica constitucional, além de contemplar diversas esferas da sociedade, como o meio ambiente, a propriedade privada, o direito dos(as) trabalhadores(as), entre outros.

Lembrando, que o Estado e a Sociedade também acabam tendo grandes perdas com os acidentes de trabalho.

Cada acidente de trabalho ocorrido nas empresas atinge todo o sistema produtivo, afetando diretamente o Produto Interno Bruto (PIB) do país.

Os custos sociais aumentam a cada acidente de trabalho, considerando os gastos com benefícios previdenciários e ainda, gera o aumento da população inativa, empobrecimento e queda do poder aquisitivo.

## **8. AÇÃO REGRESSIVA PREVIDENCIÁRIA**

De acordo com o artigo 120, da Lei n. 8.213/91 em caso de acidente de trabalho causado por negligência do responsável pelo cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos segurados, a Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis, não se eximindo o empregador da sua responsabilidade civil pelo fato de ter a Previdência pago prestações decorrentes da incapacidade gerada pelo acidente de trabalho.

O direito de regresso, está previsto de forma expressa nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91 (dispõe sobre os planos e Benefícios da Previdência Social e outras providências), eis os dispositivos:

“Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”

Frisa o doutrinador Frederico Amado, “os acidentes de trabalho e eventos equiparados ocorridos por culpa do empregador em não seguir as normas vigentes sobre a proteção do trabalhador gerarão a responsabilidade desde em ressarcir a Previdência Social o valor que for gasto no pagamento dos benefícios acidentários, até que ocorra a sua cessação.”[30]

Como se sabe, as empresas têm a responsabilidade de cumprir com os ditames da lei em sede de prevenção de acidente de trabalho. A própria Lei n. 8.213/91 reitera a determinação.

Art. 19 .(...)

Parágrafo 1º. A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

A Constituição Federal de 1988, garante a proteção e segurança quando a acidentes de trabalho:

Art. 7º . São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XXVIII – Seguro Contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este era obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Lembrando que a cada ano, infelizmente, ocorrem milhares de acidentes que causam incapacidade, invalidez ou morte dos trabalhadores urbanos e rurais. Muitos desses acidentes estão ligados à ausência de cumprimento de legislação.

Portanto, a ação regressiva contra o empregador ou ex-empregador é ajuizada para que seja restituído os valores despendidos com o benefício previdenciário. O caráter desta é punitivo e pedagógico, visando a criar uma cultura de efetivação de proteção no ambiente laboral.

O professor Miguel frisa que “A ação regressiva tem natureza preventiva. Num primeiro momento, visa a proteção do trabalhador contra os acidentes do trabalho, com a previsão de um mecanismo capaz de forçar o cumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho, e em um segundo momento, o ressarcimento dos valores pagos a título de benefícios e serviços acidentários que oneraram os cofres públicos, nos casos em que estes eventos poderiam ter sido evitados, se as medidas preventivas e fiscalizatórias tivessem sido adotadas pelo empregador.”[31]

Convém relatar que “a ocorrência dessas ações tem sido cada vez mais frequente, e das sentenças emitidas já se podem colher elementos suficientes para o estudo do direito regressivo da Previdência contra o empregador desidioso no que diz respeito à proteção à integridade física do trabalhador”. [32]

A fim de evitar uma futura ação regressiva, o empregador deve seguir a legislação trabalhista bem como as normas regulamentadoras que se aplicam ao campo. Além, é claro, de proporcionar equipamentos de segurança individual e coletivos, bem como sua fiscalização, capacitação periódica, equipamentos de segurança individual e coletivos, aperfeiçoamento de canais de comunicação proativos estimulando o diálogo constante no ambiente de trabalho.

A Justiça Federal possui competência para julgar a ação regressiva (art. 109, I, da CF/1.988), vez que se trata de ação entre o INSS e empresa.

É de cinco anos o prazo prescricional e o seu termo inicial é a data da concessão do benefício acidentário, já que é nessa ocasião que o erário público é lesado. Esse prazo de cinco anos advém da aplicação analógica do art. 1º do Decreto nº 20.910/1.932, segundo entendimento do STJ no REsp nº 1.457.646/PR.

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SEGURADO FALECIDO EM ACIDENTE DE TRABALHO. DEMANDA RESSARCITÓRIA AJUIZADA PELO INSS CONTRA O EMPREGADOR. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 103 E 104 DA LEI Nº 8.213/91.

1. Nas demandas ajuizadas pelo INSS contra o empregador do segurado falecido em acidente laboral, visando ao ressarcimento dos danos decorrentes do pagamento da pensão por morte, o termo a quo da prescrição da pretensão é a data da concessão do referido benefício previdenciário.
2. Em razão do princípio da isonomia, é quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, o prazo prescricional da ação de regresso acidentária movida pelo INSS em face de particular.
3. A natureza ressarcitória de tal demanda afasta a aplicação do regime jurídico-legal previdenciário, não se podendo, por isso, cogitar de imprescritibilidade de seu ajuizamento em face do empregador.
4. Recurso especial a que nega provimento.

(REsp n. 1.457.646/PR, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, DJe de 20/10/2014.)

A título de exemplo bem recente de Ação regressiva, podemos citar a condenação da **Samarco Mineração S/A (Vale)** a ressarcir cerca de R\$ 11,6 milhões ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) pelo pagamento de benefícios previdenciários a familiares de **vítimas do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (MG)**.

O acidente, ocorrido em novembro de 2015, provocou a morte de 19 pessoas, em uma das maiores tragédias socioambientais do Brasil.[33]

## **9. DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

Importante frisar que da mesma forma que todo cidadão almeja um meio ambiente equilibrado, essencial a sua qualidade de vida, todo trabalhador tem direito a receber a proteção normativa a um meio ambiente de trabalho seguro e saudável.

Todos os trabalhadores sem exceção, autônomos, eventuais, informais, domésticos, dentre outros, serão protegidos pelas normas atinentes ao meio ambiente de trabalho. Referidas normas visam proteger a saúde humana, a pessoa humana, como dito acima todos sem exceção, e não necessariamente o trabalhador que possui vínculo formal de emprego.

A proteção do meio ambiente do trabalho, ao mesmo tempo em que é instrumento garantidor do exercício do trabalho em condições dignas e está vinculada diretamente à saúde do trabalhador enquanto cidadão, "não é um mero direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho", nas palavras de Sandro Nahmias Melo[34]. Sendo assim, há um caráter dúplice em sua fundamentalidade, caracterizando-se tanto como direito social quanto direito metaindividual.

O meio ambiente de trabalho integra a nossa Carta Magna enquanto direito fundamental. E como bem frisou o professor Miguel Horwat Junior o meio ambiente passa a ser uma das dimensões da dignidade da pessoa humana.

Lembrando que os riscos do empreendimento pertencem ao empregador e, se este viola o meio ambiente do trabalho e expõe a risco seu empregado, deve ser responsabilizado.

Quando ocorrem violações ao meio ambiente do trabalho, não só afetam à saúde do trabalhador, assim como também a toda a família do obreiro, e ainda, o empregador não só infringiu direitos trabalhistas, como também desrespeitou os direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, saúde e, até mesmo, vida.

O professor Miguel Horwat Junior[35], relata que:

“A dignidade da pessoa humana diz respeito às características próprias e inerente do ser humano enquanto ser racional e crítico. Assim todos os integrantes da espécie humana por serem dotados de racionalidade têm direitos humanos. Direitos humanos devem ser entendidos como os mínimos existenciais estabelecidos para uma vivência razoável sem a discriminação em função de raça, cor, local do nascimento, crença religiosa, linhas filosóficas adotadas. Como os direitos basilares para que possa ser dar a vida em sociedade. Como vivemos em um mundo desigual estes mínimos e sua forma e ou possibilidades de efetivação estão esculpido em tratados internacionais. O mais relevante e importante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948”.

No Brasil diariamente acontecem acidentes de trabalho, muitas das vezes acidentes com óbitos, quando não aqueles que incapacitam o trabalhador para o exercício de suas atividades laborais.

Ainda, temos as doenças adquiridas em função de determinada atividade exercida que acarretam muitas das vezes sequelas irreversíveis, tais doenças também são classificadas como acidente do trabalho para fins previdenciários e trabalhistas nos termos da Lei 8.213/91.

É preocupante o descaso do meio ambiente de trabalho equilibrado por algumas empresas. A Constituição é clara ao assegurar a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança visando à integridade física do trabalhador e o controle dos agentes nocivos do ambiente de trabalho.

O empregador precisa entender que a dignidade do trabalhador deve ser protegida ao máximo, portanto, o objetivo principal é a eliminação dos riscos. Sabemos que há uma preocupação dos empresários com a incidências dos encargos, caso não mantenha o meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado, porém a questão maior deve ser com a vida do trabalhador.

Contudo, caso ocorra o inevitável, a ocorrência do dano, deve o empregador ser responsabilizado a ressarcir o prejuízo de forma a reparar o trabalhador ou em caso de morte, a família, pelo mau funcionamento do meio ambiente de trabalho.

É salutar frisar que o empregador, além de arcar com os direitos trabalhistas, poderá sofrer uma condenação civil, penal e uma ação regressiva do INSS para ressarcir aos cofres públicos os valores gastos com o trabalhador que ficou incapacitado para o labor ou até mesmo em caso de falecimento do obreiro.

A responsabilidade civil do empregador por acidentes de trabalho e danos ao meio ambiente laboral encontra-se alicerçada no art. 7º XXVIII, da Constituição da República que assim dispõe: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa”.

Impõe-se, urgentemente, a proteção do meio ambiente laboral, o trabalhador não pode comprometer a sua saúde no labor, a conservação do meio ambiente laboral deve ser pauta diária dos empresários, oferecer condições mínimas de trabalho aos seus empregados, e zelar por elas, é de excepcional importância.

## **CONCLUSÃO**

A constituição Federal e as normas infra constitucionais garantem ao trabalhador um ambiente de proteção e saudável, se o empregador observar as normas de saúde e segurança do trabalho editadas pelo Ministério do Trabalho e previdência social.

Descumpridas as normas de medicina e segurança do trabalho e tendo ocorrido o acidente de trabalho, vitimando o trabalhador os danos gerados afetam a todos, ou seja, o trabalhador, a empresa a sociedade e o sistema previdenciário.

É certo que o empregado poderá ser indenizado financeiramente pela empresa, inclusive será colocado em gozo de benefício previdenciário, como forma de atenuar os efeitos do acidente, mas, isso por si só não é suficiente para reparar todo o dano causado por eventual acidente, já que o sofrimento do trabalhador se reflete em sua família e na sociedade em geral.

Dá mesma forma, o sistema previdenciário poderá também ser indenizado pelo empregador que for comprovadamente culpado e deu causa ao acidente causado.

De qualquer forma, o empregador será penalizado pelos acidentes, seja pela indenização trabalhista que irá suportar, seja pela ação regressiva a ser proposta pelo INSS visando repor os danos decorrentes do evento acidentário, seja pelo aumento das alíquotas básicas para o financiamento do Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT).

Mesmo com todo esse “prejuízo” que decorre dos acidentes de trabalho, percebe-se que os infortúnios não tem diminuído, e por via de consequência os custos sociais decorrentes dos acidentes de trabalho só aumentam, tendo como reflexo disso uma grande parte da população está ficando inativa por invalidez, parcial ou total, temporária ou permanente.



Nossa conclusão é a de que a redução dos acidentes passa diretamente pela proteção do meio ambiente de trabalho, o descaso com a medicina e segurança do trabalho acaba por elevar o risco de acidentes.

Os empregadores precisam começar a entender que o aumento na proteção do trabalhados ocasionará a redução dos riscos acidentários e por via de consequência a redução dos acidentes e a diminuição dos custos, dos encargos e das indenizações que terão de pagar no futuro.

É urgente a necessidade de investimento em segurança e medicina do trabalho, manter o meio ambiente de trabalho seguro para a geração atual e para as próximas gerações.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**ALELUIA**, Thais Mendonça. Direito do Trabalho. 4ª edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2018.

**AMADO**, Frederico. Curso de direito e processo previdenciário. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. Direito Previdenciário, JusPodivm, 9ª Edição, Salvador, 2018.

**BATISTA**, Homero, Direito do Trabalho Aplicado – Saúde do trabalho e profissões regulamentadas, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.

**BELMONTE**, Alexandre Agra, Danos Morais no Direito do Trabalho, 3ª Edição, Recife, Editora Renovar, 2007.

**BERBEL**, Diogo Lopes Vilela e **BALERA** Wagner. Direito Previdenciário Acidentário: Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022.

**BRÓLIO**, Raphael Jacob, O Meio Ambiente do Trabalho Juridicamente Sustentável, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

**CASSAR**, Vólia Bomfim. Resumo de Direito do Trabalho. 2ª Edição, Editora Impetrus, Niterói, 2012.

**CASTRO**; Lazzari. Direito Previdenciário, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021

**DALLEGRAVE NETO**, José Affonso, Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, Editora Ltr, São Paulo, 2005.

**DELGADO**, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15a ed. São Paulo/SP: Editora LTr, 2016. v. Único

**HORVATH JUNIOR**, Miguel. A ação regressiva acidentária do trabalho como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente laboral. Revista do advogado – Direito Previdenciário, São Paulo, n. 149 março de 2021.

**LEITE**, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 2020.

**MARTINS FILHO**, Ives Gandra da Silva e NAHAS, Thereza Chistina - Coordenadores, Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social – RDT, ano 48 – 223 – Maio/junho de 2022, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.

**MARTINS**, Adalberto Manual Didático de Direito do Trabalho. 2a ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2006. v. Único

**MARTINS**, Sérgio Pinto Direito do Trabalho. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. v. Único

**MELO**, Raimundo Simão de. Ações acidentárias na justiça do trabalho: teoria e prática. São Paulo: LTr, 2011.

**MELO**, Sandro Nahmias, Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental, Editora LTr, São Paulo, 2001.

**NASCIMENTO**, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. v. Único.

**NUNES**, Rizzatto. Manual da Monografia Jurídica. 14ª Edição, Editora JusPodivm, Salvador, 2021.

**OLIVEIRA**, Sebastião Geraldo de, Indenizações por Acidente do Trabalho Ou Doença Ocupacional, 9ª Edição, São Paulo, LTr, 2016.

**SANTOS**, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado; Coord. Pedro Lenza, Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 2016.

**VIANNA**, Cláudia Salles Vilela. Acidente do Trabalho: Abordagem Completa e atualizada. 2. Ed. – São Paulo: LTr, 2017

<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/rompimento-de-barragem-agu-obtem-condenacao-da-samarco-a-ressarcir-inss-por-pensoes-pagas-as-familias-das-vitimas>. Acesso em 18/07/2022.

<https://www.rededorsaoluiz.com.br/doencas/silicose>, acesso em 20/07/2022.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm#:~:text=L8080&text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=L8080&text=LEI%20N%C2%BA%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20condi%C3%A7%C3%B5es%20para,correspondentes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em 29/08/2022.

#### NOTAS:

---

[1] Mestranda em Direito pela PUCSP

[2] <https://protecao.com.br/category/anuario-de-protecao/>, acesso em 20/07/2022

[3] Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

[4] Marisa Ferreira dos santos, Direito Previdenciário Esquemático; Coord. Pedro Lenza, Saraiva, 6ª edição, 2016, São Paulo. P. 115

[5] Frederico Amado, Direito Previdenciário, JusPudivm, 9ª Edição, 2018, salvador. P. 304

[6] Frederico Amado, Direito Previdenciário, JusPudivm, 9ª Edição, 2018, salvador. P. 305

[7] Curso de Direito do Trabalho, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 2020, p. 768.

[8] Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental, Editora LTr, São Paulo, 2001. p. 100.

[9] Direito do Trabalho Aplicado – Saúde do trabalho e profissões regulamentadas, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.p. 85.

[10] Frederico Amado, Direito Previdenciário, JusPudivm, 9ª Edição, 2018, salvador. P. 305

[11] Fonte: <https://www.rededorsaoluiz.com.br/doencas/silicose>, acesso em 20/07/2022

[12] [https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/41\\_site.pdf](https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/41_site.pdf), aceso em 21/07/2022

[13] Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho, Editora Ltr, São Paulo, 2005, p. 168.

[14] Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social – RDT, ano 48 – 223 – Maio/junho de 2022, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022. p. 126/127.

- [15] Curso de Direito do Trabalho, 15ª edição, Ltr, São Paulo, 2016. P. 691.
- [16] Danos Morais no Direito do Trabalho, 3ª Edição, Recife, Editora Renovar, 2007. p. 103.
- [17] Curso de Direito do Trabalho, 15ª edição, Ltr, São Paulo, 2016. P. 693
- [18] Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, p. 41
- [19] Curso De Direito E Processo Previdenciário. Frederico Amado, 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 405
- [20] Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, p. 51
- [21] Ibidem, p. 55
- [22] Direito Previdenciário, Lazzari Castro, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 273
- [23] Ibidem, p. 274
- [24] Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, p. 57
- [25] Sebastião Geraldo de Oliveira, Indenizações por Acidente do Trabalho Ou Doença Ocupacional, 9ª Edição São Paulo, LTr, 2016, p. 125.
- [26] Direito Previdenciário, Lazzari Castro, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 274
- [27] Cláudia Salles Vilela Vianna. Acidente do Trabalho: Abordagem Completa e atualizada. 2. Ed. – São Paulo: LTr, 2017, p. 197
- [28] Direito Previdenciário Acidentário: Diogo Lopes Vilela Berbel, e Wagner Balera. Algumas definições – 1. Ed. – São Paulo: LUJUR Editora, 2022, 92
- [29] Curso De Direito E Processo Previdenciário. Frederico Amado, 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 420
- [30] Curso De Direito E Processo Previdenciário. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 422

[31] A ação regressiva acidentária do trabalho como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente laboral. Revista do advogado – Direito Previdenciário, São Paulo, n. 149, p. (30-36), março de 2021

[32] Lazzari Castro, Direito Previdenciário, 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 277

[33] Fonte: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/rompimento-de-barragem-agu-obtem-condenacao-da-samarco-a-ressarcir-inss-por-pensoes-pagas-as-familias-das-vitimas>. Acesso em 18/07/2022

[34] Meio Ambiente do Trabalho: Direito Fundamental, Editora LTr, São Paulo, 2001, p. 31

[35] A ação regressiva acidentária do trabalho como instrumento de efetivação da proteção do meio ambiente laboral. Revista do advogado – Direito Previdenciário, São Paulo, n. 149, p. (30-36), março de 2021

## **CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EXERCIDO COM EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES QUÍMICOS, FÍSICOS E BIOLÓGICOS PREJUDICIAIS À SAÚDE EM COMUM APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 103/2019**

**MARIANA CERQUEIRA ANDRADE:**

Pós-graduanda em Direito e Processo Administrativo na Universidade Federal do Tocantins. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogada4.

DAGMAR ALBERTINA GEMELLI

(orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo terá por tema de estudo a aposentadoria especial dos servidores públicos que laboraram sob condições prejudiciais à saúde e a integridade física, dando ênfase na (im)possibilidade conversão dos tempos especiais prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física em tempo comum, bem como aborda as principais alterações promovidas pela Emenda Constitucional n° 103, de 2019. Será abordado em específico, as consequências da alteração constitucional para os servidores públicos efetivos vinculados aos regimes estatutários dos diferentes entes federados após o advento da Emenda Constitucional n° 103/2019, observando-se verdadeiro retrocesso na garantido dos direitos desses servidores no que se refere à aposentadoria especial e a conversão do tempo especial em comum. Para tanto, este trabalho desenvolve uma pesquisa teórica descritiva e de metodologia dedutiva.

**Palavras-chaves:** Direito Administrativo. Direito Previdenciário. Aposentadoria especial do servidor sob condições prejudiciais à saúde e à integridade física. Emenda Constitucional n°103/2019.

**ABSTRACT:** This article will study the special retirement of public servants who worked under conditions harmful to health and physical integrity, emphasizing the conversion of special times provided into conditions harmful to health and physical integrity in common time, as well as addressing the main changes promoted by Constitutional Amendment n° 103, of 2019. The consequences of the constitutional amendment for effective public servants linked to the statutory regimes of the different federated entities after the advent of Constitutional Amendment No. 103/2019 will be specifically addressed, observing There is a real setback in the guarantee of the rights of these civil servants with regard to special

---

4 E-mail: marianacerqueira@live.com

retirement and the conversion of special time into common. Therefore, this work develops a descriptive theoretical research and deductive methodology.

**Key-words:** Administrative Law. Social Security Law. Special retirement of the server under conditions harmful to health and physical integrity .Constitutional Amendment n° 103, of 2019.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa estudar a conversão de tempo especial em comum, para o servidor que exerceu atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, no Regime Previdenciário Próprio dos Servidores Públicos do Estado do Tocantins e as mudanças após edição da Emenda Constitucional n° 103/2019.

Inicialmente, destaca-se que o Regime Previdenciário é constituído por um conjunto de regras, constitucionais e infraconstitucionais, que disciplinam os benefícios concedidos aos servidores públicos em virtude do preenchimento de requisitos predeterminados legalmente, com a finalidade de socorrer tanto o segurado como seus dependentes.

Estão abrangidos no regime previdenciário próprio dos servidores públicos apenas os servidores públicos estatutários que ocupem cargos efetivos. No Estado do Tocantins a Lei que dispõe sobre o Regime Próprio de Servidores é a Lei Estadual n° 1.614, de 04 de outubro de 2005.

Dentre os benefícios concedidos aos servidores públicos do Estado do Tocantins, destaca-se as pensões e as aposentadorias. No presente trabalho, dar-se-á enfoque a aposentadoria especial, concedida aos servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde e a (im)possibilidade de conversão do tempo laborado nestas condições em especial.

Para Carvalho Filho (2018, versão digital) a “Aposentadoria é o direito, garantido pela Constituição, ao servidor público, de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos.”

Já para Di Pietro a:

**“Aposentadoria** é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária.” (DI PIETRO, 2019, VERSÃO DIGITAL)

Entretanto, existem algumas situações que se diferenciam da regra geral, pois devido a sua natureza ou peculiaridade merecem tratamento diferenciado.

A Aposentadoria Especial, para servidores que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, inicialmente prevista pelo art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal e com a Edição da Emenda Constitucional nº 103/2019 passou a ser prevista no art. 40, § 4-C da Constituição Federal.

Para caracterizar a aposentadoria especial, o segurado deve estar exposto de forma permanente, não ocasional e nem intermitente a agentes nocivos, que, por sua vez, se dividem em físicos, químicos ou biológicos. Agentes nocivos são definidos como aqueles que podem trazer ou ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em função de natureza, concentração, intensidade e fator de exposição.

Dito isso, passa-se a definir o objeto de estudo desse trabalho: a conversão de tempo de atividade especial no âmbito do Regime Próprio dos Servidores Públicos.

A Conversão de tempo exercido em atividade especial em comum se caracteriza quando:

“(...) o trabalhador não totaliza o tempo mínimo exigido em lei para fazer jus à aposentadoria especial. Nesse caso, o tempo laborado sob condições especiais será convertido em “tempo comum”, de acordo com fatores de multiplicação estabelecidos no Decreto Federal nº 3.048/1999, o eu interessado poderá alcançar a aposentadoria comum antecipadamente. (BEDONE e FERREIRA, 2018, pág. 215)

Desse modo, observa-se que caso determinado servidor público que exerceu atividades especiais e volte a exercer atividades normais, sem sujeição a riscos à saúde e à vida, poderá ter o tempo exercido em atividade especial convertido em atividade comum.

Nesse contexto, este trabalho busca corroborar na área do direito previdenciário, debatendo a possibilidade ou não da conversão do tempo especial, exercido com risco à saúde e à vida, em tempo comum, antes e depois do advento das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

## **1. Abordagem histórica da aposentadoria especial (art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal)**

Em um panorama histórico, nota-se que a Constituição Federal, promulgada em 1988, inicialmente previu apenas a possibilidade de edição de lei complementar para estabelecer exceções à regra geral das aposentadorias em nos casos de atividades penosas.



Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, foi acrescida a previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria de servidores que estivessem em “atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, dependendo da edição de lei complementar (art. 40, § 4º, da Constituição Federal), ou seja, é uma norma de eficácia limitada.

Nesse ponto, cabe ressaltar que a competência para legislar sobre previdência social é concorrente, nos termos do artigo 24, XIII, da Constituição Federal. Sendo assim, cabe à União editar norma complementar de natureza geral. Entretanto, diante da omissão da União, os Estados, Distrito Federal e Municípios poderiam revestir-se de competência legislativa plena.

Certo que se houvesse a edição de Lei Complementar pela União eventuais leis complementares Estaduais e Municipais que fossem contrárias à norma geral seriam revogadas (art. 24, § 4º, da CF)

Diante disso, houve a edição de nova emenda constitucional, a Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005, que alterou novamente o art. 40, § 4º, da CF, acrescentando a possibilidade de adoção de critérios diferenciados nos seguintes casos para os servidores públicos: portadores de deficiência; que exerçam atividades de risco; cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física; todos os casos previam a necessidade de edição de lei complementar.

Entretanto, devido a inércia legislativa, por não haver a promulgação de lei complementar que disciplinasse a matéria do artigo 40, § 4º, foi interposto Mandado de Injunção que permitiu ao Supremo Tribunal Federal - STF editar a Súmula Vinculante nº 33, reconhecendo o direito à aposentadoria especial aos servidores públicos, por meio da aplicação analógica do artigo 57 e 58, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social.

A Referida Súmula diz respeito à aposentadoria especial de servidores públicos que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde, uma vez que a matéria já estava pacificada no Tribunal. Sendo editada nos seguintes termos:

### **“Súmula vinculante 33**

#### **Enunciado**

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata

o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”

Dentro da sua competência, a Secretaria de Políticas de Previdência Social editou a Instrução Normativa MPS/SPS nº 01, de 22 de julho de 2010, que “estabelece instruções para o reconhecimento, pelos Regimes Próprios de Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do direito à aposentadoria dos servidores públicos com requisitos e critérios diferenciados, de que trata o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, com fundamento na Súmula Vinculante nº 33.”

No Âmbito do Estado do Tocantins, o Instituto de Gestão Previdência do Estado do Tocantins - IGEPREV/TO editou a Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre os procedimentos relativos à concessão de aposentadoria dos servidores públicos, vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Tocantins, com os requisitos e critérios diferenciados de que trata o art. 40, §4º, inciso III da Constituição Federal, com fundamento na Súmula Vinculante nº 33 do Supremo Tribunal Federal.

A Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV no seu artigo 2º prevê que a aposentadoria especial será concedida:

“(...) ao servidor vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS-TO que tenha exercido atividades no serviço público, em condições especiais, que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período de vinte e cinco anos de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente.” (INSTITUTO DE GESTÃO PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO DO TOCANTINS - IGEPREV-TOCANTINS, 2017, art. 2º)

Da análise da Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV observa-se que para o reconhecimento de tempo de atividade especial pelo IGEPREV/TO, o segurado deve instruir os autos, de acordo com o art. 10 daquela IN, destacando-se os seguintes documentos: cópia do mandado de injunção, Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho, Despacho e Análise Administrativa da Atividade Especial e Análise e Decisão Técnica de Atividade Especial do Perito Médico.

## **2. Conversão de tempo comum em especial antes da Emenda Constitucional nº 103/2019**

A aposentadoria especial é concedida ao servidor, vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social, que tenha exercido, pelo período de 25 (vinte e cinco) anos, atividades

em condições especiais, no serviço público, que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, não ocasional nem intermitente.

Entretanto, nem todos os servidores logram êxito em comprovar os 25 (vinte e cinco) anos de exercício de atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física nesse sentido **questionou-se a possibilidade de conversão do tempo especial (já comprovado) em tempo comum.**

Primeiramente, cumpre destacar que não há previsão/garantia constitucional da conversão de tempo exercido em condições especiais em tempo exercido em condições normais.

Constatava-se a existência posicionamentos antagônicos, de um lado os servidores públicos que defendiam a possibilidade de conversão e, do outro lado, o Poder Público, que adotou a tese de impossibilidade de conversão do tempo comum em especial, alegando o silêncio eloquente da Constituição Federal, ou seja, a ausência de autorização constitucional seria proposital no sentido de não permitir tal conversão.

A possibilidade ou não de conversão do tempo especial em comum foi amplamente debatida nas cortes superiores. Para dirimir o conflito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmaram a tese adotada pela Fazenda Pública e estabeleceu que **não havia possibilidade de conversão de tempo de serviço prestado em atividade especial em comum**, destacando-se o RE 1014286 RG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, do Tribunal Pleno do STF, julgado em 20/04/2017; e o entendimento do STJ no EREsp 524.267/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 24/3/2014.

Nas decisões acima citadas, as Cortes superiores estabeleceram que o alcance do art. 40, § 4º, inciso III, da CRFB/88 e a Súmula vinculante nº 33, não tutela o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, não se admitindo, portanto, a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas.

No entanto, em 31 de agosto de 2020 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário interposto no RE nº 1014286, de Relatoria do Ministro Luiz Fux e Relator para Acórdão Edson Fachin, em sede de Repercussão Geral – editou o **Tema 942**, expondo o seguinte entendimento, *verbis*:

“Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC nº 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República.” (STF. Plenário. RE 1014286, Rel. Luiz Fux, Relator p/ Acórdão Edson Fachin, julgado em 31/08/2020. Repercussão Geral – Tema 942).

Diante da tese fixada no Tema 942, no julgamento do Recurso Extraordinário - RE nº 1014286, ficou estabelecido que há possibilidade de conversão de tempo especial em tempo comum seja observada pelo RGPS e pelos RPPS para o tempo cumprido até 13.11.2019.

Após a edição do Tema 942, o Superior Tribunal de Justiça alinhou seu posicionamento ao do STF e, em juízo de retratação, expondo o que segue: “*Até a edição da EC 103/2019, é admissível, aos servidores públicos, a conversão do tempo de serviço especial em comum objetivando a contagem recíproca de tempo de serviço.*” STJ. 2ª Turma. REsp 1592380-SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 08/02/2022 (Info 724).

Importante destacar que os julgados acima abrangem apenas o inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, ou seja, não é aplicável à conversão em tempo comum do tempo prestado pelo servidor na condição de pessoa com deficiência (inciso I do § 4º do art. 40 da Constituição Federal), nem de conversão de tempo exercido em atividades de risco (inciso II do § 4º do art. 40 da Constituição Federal), tampouco ao tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, na hipótese de aposentadoria de professor (§ 5º do art. 40 da Constituição Federal).

Sendo assim, veja-se como foi estabelecida a conversão do tempo especial em comum no Regime Geral de Previdência. Observa-se que, inicialmente, a Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, em sua redação originária no art. 57, § 3º, permitia a conversão tempo especial em comum e a conversão inversa (tempo comum em especial).

Entretanto, com a alteração promovida pela Lei nº 9.032/1995, passou a ser permitida apenas a conversão de tempo especial (tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física) em comum, nos termos do art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991.

Quantos aos fatores de conversão do tempo especial em comum, destaca-se o entendimento exposto na Nota Técnica SEI nº 792/2021/ME, do Ministério da Economia, aprovado pelo DESPACHO Nº 846/2021/SPREV/SEPRT-ME, de lavra do Secretário da Previdência, *in verbis*:

“Assim sendo, pode-se afirmar que as aludidas teses fixadas pelo STJ não entravam em conflito com as disposições do art. 70 do Regulamento da Previdência Social, na redação que estava em vigor antes da edição da EC nº 103, de 2019, já que a tabela com os fatores de conversão de que tratava o caput daquele artigo obedecia à proporcionalidade entre a aposentadoria voluntária comum e a especial, quanto ao requisito então em vigor referente ao tempo de contribuição, além de prescrever a aplicação de suas regras de conversão ao trabalho prestado em qualquer período.” (Ministério da Economia, Nota Técnica SEI nº 792/2021/ME, 2021)

Nesse sentido, conclui-se que na conversão de tempo laborado em condições especiais em tempo comum deverá obedecer aos fatores de multiplicação e dispostos no art. 70 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/1999).

### **3. Como distinguir qual a Lei aplicável**

Antes de abordar as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, no que se refere ao tema em comento, é importante definir qual legislação será aplicada a cada caso em análise.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1310034, em sede de recursos repetitivos, fixou o Tema 546 no seguinte sentido: “*A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço.*” (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.034 – PR, processo originário nº 2012/0035606-8, 2012).

Em seu voto o relator estabeleceu três questões a serem resolvidas: quanto ao aspecto temporal, qual a lei que estabelece a caracterização do tempo de serviço especial;

qual o critério utilizado para determinar o fator de conversão do tempo de serviço especial em comum; e o questionamento objeto do tema 546.

Quanto ao primeiro questionamento restou estabelecido que a caracterização do serviço especial e a comprovação do tempo de atividade exercido sob condições especiais será regida pela legislação vigente na ocasião da prestação do serviço.

O segundo questionamento foi respondido nos seguintes termos: “a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço” (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.310.034 – PR, processo originário nº 2012/0035606-8, 2012).

No tocante ao terceiro questionamento, objeto da controvérsia do Tema 546, legislação determina a possibilidade de conversão do tempo de serviço especial em comum e vice-versa. Sendo respondido que a legislação que incide sobre a aposentadoria especial, quando preenchidos os requisitos que determinará a possibilidade de conversão ou não e como visto acima, será a mesma lei a que definirá o fator de conversão.

#### **4. Emenda Constitucional 103/2019 e a Tese fixada pelo tema 942**

Após a Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019,), houve a alteração da redação do § 4º do art. 40. Veja-se a redação atualizada:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º.

(...)

§ 4º-C. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

Para Amado (2020), a alteração acima descrita foi considerada um retrocesso visto que a adoção de critérios diferenciados para a aposentadoria especial em questão passou a ser ato discricionário do legislador de cada ente federativo, bem como quebra a isonomia entre os servidores públicos das diferentes esferas de governo, visto que não haverá a publicação de uma lei complementar nacional que regulamentará a matéria de maneira geral.

Como visto, o art. 40, § 4º-C, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, determina que cada ente político da Federação deverá estabelecer por meio de leis complementares regras para jubilação de seus agentes estatais (segurados do RPPS) cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes.

Neste sentido, conclui-se que, em relação aos agentes vinculados aos entes federados, a União não possui mais competência legislativa para dispor sobre a aposentadoria especial desses servidores, conseqüentemente a omissão na edição de legislação sobre aposentadoria especial de servidores públicos estaduais, municipais ou distritais também não é de sua competência.

Com a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, observa-se que houve a distinção entre os servidores vinculados ao RPPS de cada ente federativo. Sendo assim, inicia-se com a análise das mudanças aplicadas aos servidores da União em relação à conversão do tempo especial em comum.

De acordo com o artigo 10, § 3º, da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, em relação aos servidores da União foi estabelecida vedação à conversão de tempo especial em tempo comum até que entre em vigor nova legislação federal que discipline sobre a matéria, nos seguintes termos:

### **Emenda Constitucional nº 103, de 2019**

Art. 10. Até que entre em vigor lei federal que discipline os benefícios do regime próprio de previdência social dos servidores da União, aplica-se o disposto neste artigo.

(...)

II - o servidor público federal cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por

categoria profissional ou ocupação, aos 60 (sessenta) anos de idade, com 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição e contribuição, 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria;

(...)

§ 3º A aposentadoria a que se refere o § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal observará adicionalmente as condições e os requisitos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, naquilo em que não conflitarem com as regras específicas aplicáveis ao regime próprio de previdência social da União, vedada a conversão de tempo especial em comum.

Destaca-se que a vedação à conversão de tempo especial em tempo comum no âmbito do RPPS da União, para o tempo cumprido após a publicação da Emenda Constitucional nº 103/2019 em 13.11.2019.

Ademais, observa-se que o artigo 10, inciso II, da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, inovou acrescentando o requisito etário para a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos federais vinculados ao RPPS.

Pois bem. Quanto aos Servidores Públicos vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, além das alterações do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, destaca-se a redação do artigo 21, § 3º da EC nº 103, de 2019, nos seguintes termos:

Art. 21 (...)

§ 3º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, na forma do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.



Inicialmente, evidencia-se que os Estados, Distrito Federal e Municípios passaram a ter competência plena para disciplinar a aposentadoria especial dos servidores vinculados ao RPPS, mesmo que até a edição de lei complementar específica, sejam aplicadas de forma subsidiária às normas do RGPS.

Apesar da vedação do direito à conversão do tempo especial em tempo comum dos servidores federais, nada impede que eventual lei complementar editada por ente federado permita que tempo exercido em atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde seja convertido em tempo comum.

No mesmo sentido, não há vedação expressa ao direito à “conversão inversa”, ou seja, conversão do tempo comum em especial, que poderá ser estabelecida em normativa local pelos entes federados.

Assim sendo, conclui-se que os servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios não possuem o direito à conversão de tempo de contribuição especial para comum ou à concessão do benefício de aposentadoria especial, nos termos do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, pois somente existirá tal direito caso o respectivo Ente Federativo edite lei complementar que o discipline a matéria.

Quanto à possibilidade de contagem recíproca do tempo de contribuição especial, salienta-se o entendimento extraído da Nota Técnica SEI nº 792/2021/SRPPS/SPREV/SEPRT/ME, de 21/01/2021, emitido pela Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS/SPREV, considerando que:

“17. A aplicação combinada do § 14 do art. 201 da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, e do art. 25 dessa mesma reforma previdenciária, também permite concluir que **é válida a conversão, no âmbito do RGPS, de tempo especial em tempo comum, cumprido até 13.11.2019, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 1991, inclusive para efeito de contagem recíproca.**

18. Apesar de o § 14 do art. 201 da Constituição prescrever uma norma proibitiva e o art. 25 da EC nº 103, de 2019, uma norma permissiva de conversão de tempo especial em tempo comum, ambas estas normas coexistem porque elas acabam estabelecendo em conjunto um marco temporal de validade para a mudança do regime jurídico na data de entrada em vigor da Reforma em 13.11.2019. Assim, a vedação de contagem de tempo de contribuição fictício, o que abrange a conversão de tempo especial em tempo

comum, para efeito de concessão de benefício previdenciário e de contagem recíproca, apenas incide em relação ao tempo especial cumprido após a entrada em vigor da Reforma. Ou seja, a norma proibitiva do § 14 do art. 201 da CF, quando combinada com o art. 25 da EC nº 103, de 2019, implica a existência de uma norma oposta, permissiva a contrário sensu, que possibilita a conversão de tempo especial em comum, inclusive para efeito de contagem recíproca, cumprido até a publicação dessa reforma.

(...)

28. Acrescente-se que as hipóteses de não aplicação da **conversão de tempo especial em tempo comum, cumprido após a EC nº 103, de 2019**, por vedação ou falta de regulamentação legal, **também constituem óbice à contagem diferenciada de tempo especial na contagem recíproca**, porquanto o regime instituidor do benefício deve estar amparado em norma própria de contagem diferenciada aplicável ao mesmo período que se pretende averbar com conversão de tempo especial em tempo comum." (grifo inserido)

Inicialmente, cumpre destacar que a contagem recíproca é a possibilidade do servidor transferir tempo de contribuição de um regime previdenciário para outro, como por exemplo: um servidor que possui tempo de trabalho no INSS pode remeter este tempo ao regime próprio do servidor público.

Deste modo, segundo entendimento da Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS/SPREV, a conversão de tempo especial em tempo comum, para fins de contagem recíproca, somente é válida somente para os tempos cumpridos até 13.11.2019 (anterior a EC nº 103/2019). Quanto aos tempos cumpridos após 13.11.2019, deve ser observada as normas vigentes no regime instituidor do benefício, sendo vedada a contagem recíproca dos tempos convertidos nos casos em que o regime instituidor o proíba.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se a princípio que a aposentadoria especial de servidores públicos que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde era estabelecida pelo art. 40, § 4º, da Constituição Federal, entretanto para que este direito fosse efetivamente utilizado pelos servidores públicos seria necessária a edição de Lei Complementar pela União. O que não ocorreu.

Desse modo, diante da inércia legislativa, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 33, que permitiu a concessão da aposentadoria especial por meio da aplicação analógica do artigo 57 e 58, da Lei nº 8.213/1991.

Além disso, observa-se que não existia norma constitucional que previa a possibilidade de conversão do tempo especial, exercido em condições especiais que prejudiquem a saúde ou à integridade física, exposto a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, em tempo comum para os servidores públicos.

Somente com a fixação do Tema 942 pelo STF, passou a ser permitida a conversão de tempo especial em comum para os servidores públicos, ficando estipulado que os tempos cumpridos até 13.11.2019 será possível a conversão.

Com a alteração constitucional promovida pela EC nº 103/2019 no art. 40, § 4º-C, houve verdadeiro retrocesso no que concerne ao direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, uma vez que foi facultado a cada ente federado legislar sobre o assunto. Impossibilitando a edição de norma geral pela União, e acarretando na perda da isonomia dos servidores vinculados aos diferentes entes.

Ademais, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, a possibilidade de conversão do tempo especial em comum foi extinta para o servidor público vinculado ao RPPS da União. Ademais, para este grupo de servidores também foi acrescentado o critério etário para a concessão da Aposentadoria Especial.

Quanto aos servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com as alterações promovidas pela EC nº 103/2019 no art. 40, §4º-C da Constituição a conversão do tempo especial em comum ficou a critério do legislador complementar de cada ente federado, que poderá prever ou não a contagem diferenciada do tempo de aposentadoria especial.

Neste sentido, entende-se que a norma constitucional que permitiu a aposentadoria especial com tempo reduzido de contribuição, foi editada para garantir isonomia ao trabalhador que laborou em parte ou na integralidade de sua vida contributiva sob condições de exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, atuando como forma de compensação e equilíbrio aos riscos que o servidor foi exposto.

A impossibilidade de conversão do tempo especial em comum, como já dito, representa enorme retrocesso nos direitos dos servidores públicos que laboraram parte da sua vida sob condições especiais.

A Conversão do tempo especial em comum trata-se, tão somente, de uma compensação da relação de trabalho, pois o servidor foi submetido a condições especiais de trabalho danosas à saúde e à segurança. Pois a norma constitucional que permite a aposentadoria especial nestes casos visa a proteção e a valorização social do trabalho e de redução do tempo de labor desses servidores reduzindo os riscos inerentes ao trabalho.

Com a impossibilidade de conversão, os trabalhadores que não completarem o tempo para se aposentar pela regra especial têm o tempo exercido em condições especiais computado como tempo comum, o que representa uma redução nos direitos sociais desses trabalhadores.

Nesse mesmo sentido, considera-se retrocesso o impedimento da contagem recíproca do tempo de contribuição sob o argumento de se tratar de tempo ficto.

Dito isso, observa-se que, ao longo dos anos, com as diversas edições de Emendas Constitucionais os direitos dos servidores públicos dos diversos entes federados vêm sendo gradualmente reduzidos, em que pese a edição de normas de transição, os novos servidores têm direitos consideravelmente tolhidos comparado aos direitos daqueles que os precederam, ou seja, antes das emendas à Constituição.

Destarte, revela-se a importância de se normatizar o tema de maneira uniforme para os servidores públicos de todos os entes federados, para que seja assegurado o Princípio da Isonomia – previsto na Constituição Federal.

## **REFERÊNCIAS**

AMADO, Frederico. Reforma da previdência comentada. 3. ed. Salvador: Editora: JusPodivm, 2020. E-book.

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. Direito previdenciário público: regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Estado de São Paulo. 1. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. 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: 23 jun. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. 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: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS/SPREV. Nota Técnica SEI nº 792/2021/ME, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/legislacao-dos-rpps/notas/nt-792\\_6178-conversao-de-tempo-especial.pdf](https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/legislacao-dos-rpps/notas/nt-792_6178-conversao-de-tempo-especial.pdf). Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. Secretária de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Orientação Normativa nº 16, de 23 de dezembro de 2013. Disponível em: [https://www.tst.jus.br/documents/10157/9612858/MPOG\\_ORIENTA%C3%87%C3%83O+NORMATIVA+N%C2%BA%205,%20DE+22\\_7\\_2014,%20DOU+I+DE+23\\_7\\_2014](https://www.tst.jus.br/documents/10157/9612858/MPOG_ORIENTA%C3%87%C3%83O+NORMATIVA+N%C2%BA%205,%20DE+22_7_2014,%20DOU+I+DE+23_7_2014). Acesso em: 24 jun. 2022.

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: Presidência da República, [1991]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF- RE 1014286/SP, Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/04/2017, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 18-05-2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201014286%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201014286%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF- RE 1014286/SP, Tema 942. Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 31/08/2020, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 24.09.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491887&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 33. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>. Acesso em: 23. jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ (S1 - Primeira Seção). Recurso Especial - REsp 1310034/ PR - 2012/0035606-8. Tema Repetitivo 546. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Brasília, 24/10/2012. DJe 19/12/2012. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201200356068&dt\\_publicacao=19/12/2012](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200356068&dt_publicacao=19/12/2012). Acesso em: 24 jun. 2022.

CARVALHO Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Até a edição da EC 103/2019, é admissível, aos servidores públicos, a conversão do tempo de serviço especial em comum objetivando a contagem recíproca de tempo de serviço. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/05e2a0647e260c355dd2b2175edb45b8>>. Acesso em: 23/06/2022.

CUNHA, Leiliane. As (IN) constitucionalidades das regras para concessão da aposentadoria especial trazidas pela EC 103/2019. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 50–70, 2021. Disponível em: <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/143>. Acesso em: 9 maio. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Direito administrativo. 32<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

LAZZARI, João Batista; BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno. (2021). Reforma da previdência (EC nº 103/2019): inconstitucionalidade da vedação à conversão do tempo de atividade especial em comum. JURIS - Revista Da Faculdade De Direito, 30(2). Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/12231>. Acesso em: 9 maio. 2022.

MARTINEZ, Luciano. Reforma da previdência: Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. E-book.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. E-book.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2020. E-book.

PEREIRA, Thiago Alencar Alves. Noções de regime próprio de previdência social: uma análise das teses jurídicas na evolução constitucional. 1. ed. Curitiba: Appris, 2021.

PIMENTEL, Marcela Paranhos. Aposentadoria especial do servidor público sob condições prejudiciais à saúde e à integridade física e as dificuldades da administração pública estadual do Rio de Janeiro. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, [S. l.], v. 4, n. 1, 2021. DOI: 10.46818/pge.v4.162. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/162>. Acesso em: 9 maio. 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado. Coleção esquematizado®. Coordenador: Pedro Lenza. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2020. E-book.

TOCANTINS. Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Lei nº 1.614, de 4 de outubro de 2005. Publicado no Diário Oficial nº 2.019, de 06 de outubro de 2005. Disponível em: <https://central3.to.gov.br/arquivo/379235/>. Acesso em: 9 jun. 2022.

TOCANTINS. Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins - IGEPREV-Tocantins. Instrução Normativa nº 01/2017/IGEPREV, de 26 de junho de 2017. Diário Oficial do Estado nº 4.897, 27.06.2017 (fls. 79/86). Disponível em: <https://central.to.gov.br/download/33968>. Acesso em: 9 jun. 2022.

## A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

**MATEUS ALMEIDA DA CUNHA:**  
Graduando em Direito pela Faculdade metropolitana de Manaus - MANAUS (FAMETRO)<sup>5</sup>.

ANTÔNIO DE LUCENA BITTENCOURT NETO  
(orientador)

**Resumo:** Em 1988, a Constituição Federal permitiu com que houvesse outras configurações de casamento, ampliando a proteção para outras demais formas como discriminado dentro do art. 226, § 3º. No entanto, a maior problemática voltada para os regimes está na concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, dentro de um regime que foi pactuado entre os cônjuges de separação convencional de bens. O presente trabalho tem como principal objetivo analisar como ocorre a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes no regime de separação convencional de bens tendo em vista que o dispositivo legal que trata da matéria estabeleceu uma comunhão forçada com os herdeiros após a morte. Justifica-se esta pesquisa como relevante para toda a comunidade acadêmica e para a sociedade por ser uma temática atual e que leva a conhecimento de todos as particularidades que precisam ser respeitadas. Trata-se, portanto, de uma contradição ao pacto antenupcial, ora pois se o cônjuge em vida usufruiu do princípio da liberdade, onde escolheu em concordância com o outro cônjuge o regime de separação convencional de bens, pode-se indagar por que *post mortem* o cônjuge sobrevivente concorreria aos bens do *de cuius*.

**Palavras-Chave:** Herança. Concorrência. Jurisprudência.

**Abstract:** Before the 1988 Federal Constitution, the patriarchal model of family constitution existed, which in turn deprived of jurisdictional protection the other species of family entities and the children who were not conceived within the structure of marriage. On the other hand, the 1916 Civil Code discriminated against the family as something established only by marriage. This established that marriages were only between men and women, with a community property system, making distinctions between its members and bringing qualifications considered discriminatory to people who had unions without marriage and the children of this union. In this same period, marriage in Brazil was considered so rigid that those who married remained legally bound for the rest of their lives. The stable union brought a path towards equal rights between spouses and partners. However, with the Civil

---

<sup>5</sup> E-mail: ch\_mateus.19@hotmail.com



Code of 2002, more precisely in art. 1790, the succession of the companion of stable union did not have the same treatment as a surviving spouse, who in turn began to be inserted into the list of necessary heirs, as discriminates in art. 1845 of the Civil Code of 2002, having a greater share in the inheritance than the companion of stable union. What can be understood is that it came to be placed the companion in a degree of inferiority compared to the spouse, resulting in an unconstitutionality, hurting to death the 1988 Federal Constitution, which states that all are equal. the general objective of the work, that is, to analyze the problem raised, has the academic purpose to highlight the constitutional and social importance of the issue. This is a bibliographical research carried out in books, articles and legal journals on the subject.

**Keywords:** Inheritance. Competition. Jurisprudence.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Cônjuge supérstite em concorrência *mortis causa*; 2.2 Do regime de separação convencional de bens; 2.3 Direito à herança e a sucessão; 2.3.1 Princípio da vedação ao retrocesso e *post mortem*; 2.4 Análise das controvérsias na jurisprudência; 3 Considerações finais; 4 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente, conseqüentemente, consiste na análise do dispositivo legal que trata da matéria, qual seja o inciso primeiro do art. 1.829 do Código Civil de 2002. O citado artigo, no entanto, possui péssima redação, fazendo surgir vários debates doutrinários e divergências jurisprudenciais acerca da melhor interpretação a ser aplicada ao dispositivo. Assim, é possível demonstrar a tendência, não só brasileira, mas mundial de proteção ao cônjuge. No Brasil, o cônjuge possuía um quase inexistente direito sucessório, na época das Ordenações Filipinas, figurando na quarta classe da ordem sucessória, após os colaterais até o 10º grau, e, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a figurar nas duas primeiras classes, em concorrência com os descendentes e ascendentes, sucessivamente, e na terceira classe, isoladamente. Isso mostra que a comunhão de vida entre os cônjuges foi privilegiada, dando-lhes direito à herança e/ou meação de modo que não fiquem desamparados economicamente. Esse é o verdadeiro espírito da lei.

Dessa maneira, antes da Constituição Federal de 1988, existia esse modelo patriarcal de constituição familiar, que por sua vez privava da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não foram concebidos dentro da estrutura do casamento. Por outro lado, o Código Civil 1916, discriminava a família como algo instituído unicamente pelo casamento. Estabeleceu-se com isso que os matrimônios fossem realizados somente entre homens e mulheres, como regime de comunhão universal de bens, fazendo por sua vez distinções entre seus membros e trazia qualificações

consideradas discriminatórias às pessoas que possuíam uniões sem casamento e aos filhos dessa união. Nesse mesmo período, o casamento no Brasil foi considerado algo tão rígido que quem casava, permanecia com vínculo jurídico pelo resto de sua vida.

No entanto com a aprovação da Lei do Divórcio no ano de 1977, ocorreu a possibilidade de pessoas se separarem e obterem um novo casamento, mas somente mais uma vez. De acordo com Digas (2018, p. 51):

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A instituição do divórcio (EC 9/77 e L 6.515/77 acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Assim, com a Constituição Federal de 1988, passou-se a existir um tratamento isonômico entre homens e mulheres, passando-se a proteger de forma igualitária todos os outros membros. A CF/1988 tornou o conceito de família mais expansivo, tornando-se menos restrito como nos formatos anteriores, passando a tutelar e proteger os demais componentes da família e as outras configurações, entre elas a união estável entre o homem e a mulher, bem como a família considerada monoparental (VENOSA, 2017, p.32).

Assim, no ano de 1988, a Constituição Federal trouxe um leque de mais configurações de família pois também permitiu com que houvesse outras configurações de casamento, ampliando a proteção para outras demais formas como discriminado dentro do art. 226, § 3º, que discrimina que "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 1988).

Desta feita, com o reconhecimento da união estável como uma entidade familiar passou-se a regulamentar os direitos dos conviventes. Com base nisso, foram criadas as Leis 8.971 de 29 de dezembro de 1994, que por sua vez passou a regular o direito dos companheiros para que pudessem ter alimentos e obter sucessões, e a Lei 9.278 de 10 de maio de 1996, que regulamentou, por sua vez, o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, sendo que, por último teve a incorporação deste artigo para dentro do Código Civil de 2002. Com base nisso, em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em um processo de julgamento das Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade (ADPF 132 e ADI 4277), ampliou o que era considerado como união estável para estendê-lo para outros tipos de uniões, como por pessoas do mesmo sexo (LISBOA; MONLEVADE, 2018, p.14).

Com base na forma como a Constituição Federal de 1988 foi evoluindo referente ao conceito de família, pode-se verificar que a família legítima como a única configuração

familiar foi superada e passou-se a expandir a proteção para outras modalidades de família, protegidas pela Constituição Federal de 1988, dentro dos art. 226 (DIAS, 2011).

Como objetivos específicos, busca-se levantar um debate no que tange ao regime de separação convencional de bens para explicar sobre como ocorre esse tipo de regime; aclarar a importância de respeitar a intenção e como pode ser considerado como quebra do princípio da dignidade Humana o desrespeito ao pacto antenupcial. Demonstrar a importância salutar de garantir na prática a inviolabilidade dos direitos fundamentais.

No entanto, a maior problemática voltada para os regimes está na concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, dentro de um regime que foi pactuado entre os cônjuges de separação convencional de bens. Trata-se, portanto, de uma contradição ao pacto antenupcial, ora pois se o cônjuge em vida usufruiu do princípio da liberdade, onde escolheu em concordância com o outro cônjuge o regime de separação convencional de bens, pode-se indagar por que post mortem o cônjuge sobrevivente concorreria aos bens do *de cuius*.

Assim, o presente trabalho tem como principal objetivo analisar como ocorre a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes no regime de separação convencional de bens tendo em vista que o dispositivo legal que trata da matéria estabeleceu uma comunhão forçada com os herdeiros após a morte. Importante ressaltar que a melhor interpretação da lei é a resultante do que melhor representa do ordenamento jurídico como um todo.

Desse modo, foi feito uma análise do dispositivo legal, dos princípios e institutos aplicáveis ao caso, na busca pela solução do problema, tendo em vista a péssima redação da norma que gerou e vem gerando divergências discrepantes nos debates doutrinários e jurisprudenciais.

## **2 CÔNJUGE SUPÉRSTITE EM CONCORRÊNCIA *MORTIS CAUSA***

De acordo com Cimbali, D'Aguano e Carlos Maximiliano (2015, p. 122), as bases voltas para o direito das sucessões estão alicerçada na continuidade da vida humana no decorrer das gerações. Entretanto, outros doutrinadores alegam que o direito hereditário está relacionado com o direito de propriedade, que esta não pode se extinguir com a morte do seu titular sendo que possui caráter perpétuo. Com isso, essa perpetuidade relacionada com o direito de propriedade seria de fato voltada para a transmissão do deste patrimônio para o herdeiro.

De acordo com Debussi (2013, p.11), ressalta-se que:

[...] a despeito das tantas tentativas de se justificar a sucessão de bens *post mortem*, o que se percebe é que, hodiernamente, com a evolução da sociedade, sobretudo no âmbito das famílias, vêm sendo admitidas como fundamentos precípuos do direito sucessório a proteção e a união familiar, de modo que o acervo patrimonial é deferido, nos ordenamentos civis atuais, aos parentes mais próximos e ao cônjuge do *de cuius*, em razão da afeição, real ou presumida, existente entre eles.

De acordo com a leitura acima, pode-se compreender que existe a regra geral de que o cônjuge herda e concorre com os descendentes dependendo do regime de bens adotados. Contudo, vale ressaltar de que existem três exceções a serem consideradas, podendo-se citar a hipótese de casamento entre o cônjuge e o falecido, tendo o regime de comunhão universal; hipótese do casamento entre o cônjuge e o falecido, mas sob regime de bens a separação obrigatória; e por último, hipótese do casamento entre o cônjuge e o falecido tendo o regime bens a comunhão parcial e o autor da herança não ter bens particulares para serem deixados (TARTUCE, 2014, p. 193).

Assim, o inciso I do art. 1.829 do Código Civil de 2002 traz consigo uma grande confusão ao fazer menção as exceções da regra geral e nada mencionar o regime de separação convencional de bens, tendo inclusive outras discussões que giram em torno da jurisprudência, no qual o legislador ao aprovar esse artigo obteve a infelicidade causar, pela análise do artigo, grave dano à vontade do falecido e adstringir o direito conferido aos seus sucessores. Assim, o Código Civil de 2002, em matéria de direito hereditário do cônjuge, é uma tragédia jurídica, um desprestígio e um despreparo dos legisladores e do meio jurídico devido às impropriedades textuais que influenciam nas perplexidades interpretativas. Sugere-se que seja reescrito e que se apague o que foi feito como uma mancha na cultura jurídica nacional. E acrescenta que a lei seja aplicada da forma mais socialmente aceitável, mas que injustiças e inseguranças sociais são inevitáveis (VENOSA, 2010, p. 111).

Por fim, é possível perceber que toda celeuma causada por esse artigo diz respeito ao fato de relacionar a concorrência sucessória com o regime de bens, exceto a questão envolvendo um suposto direito de crescer que o cônjuge teria no caso de não haver descendentes, seja por morte, renúncia ou exclusão dos convocados. Esse entendimento é exposto por Eduardo de Oliveira Leite, o qual afirma: "Ressalte-se, entretanto, que, se o cônjuge concorrer com descendentes e estes não puderem ou não quiserem aceitar, o cônjuge sobrevivente recebe, por crescer, a totalidade"(LEITE, 2015, p. 33).

No entanto, tal entendimento não prevalece na doutrina porque o cônjuge só está arrolado na primeira e na segunda classe para que haja a concorrência com os descendentes ou ascendentes, nessas classes ele não herda sozinho. Essa posição é

corroborada pelo art. 1.836 do CC/02, caput, o qual prescreve que “na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”, ou seja, na falta de descendentes não herdará o cônjuge sozinho, o que ocorrerá é o chamamento da próxima classe à sucessão.

## **2.2 DO REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**

No que consta no art. 1687 do referido Código Civil, “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. Por esta visão, entende-se que o regime de separação convencional de bens advém de um pacto realizado antenupcial (BRASIL, CC, 2020).

Dessa maneira, cada um dos cônjuges pode manter os seus bens que trouxeram para o casamento, com a separação patrimonial desses bens com relação ao casamento. Com essa feita, quando ocorre a dissolução do casamento, cada um dos cônjuges permanece com seus patrimônios que tinham adquirido antes de formalizarem sua união (PEREIRA, 2018, p.228).

Como discrimina Farias (2015, p.331):

A separação convencional de bens é o regime de bens que promove uma absoluta diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou gratuito. Outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro. Enfim, nos matrimônios celebrados pela separação convencional, cada cônjuge mantém um patrimônio particular, inexistindo qualquer ponto de interseção de bens.

Destarte, corrobora Gonçalves (2020, p.662) que para que possa de fato surtir efeito na separação de bens e que esta possa ser pura e absoluta, se torna importante estabelecer esse pacto antenupcial. Em outros casos, os nubentes podem optar pela separação limitada, que envolve a separação somente dos bens presentes e com a comunicação dos futuros, bem como os frutos e o rendimento do que foi gerado durante a união. Desta feita, o regime de separação convencional de bens é algo que ocorre de comum acordo e por vontade de ambas as partes, visto que não permite flexibilização, não podendo, no entanto, cogitar o direito de meação.

Pode-se assim afirmar que o regime de separação convencional de bens é a manifestação da vontade de ambos os cônjuges. Essa liberdade de expressar seus desejos no pacto antenupcial que traz a autonomia da vontade privada, sendo então com isso um acordo *inter partes*. Pode-se reiterar que a autonomia da vontade é um princípio de extrema importância, como afirma o doutrinador Stolze (2019, p. 226):

Trata-se de um dos mais importantes princípios do tradicional Direito Civil, também respaldado na contemporaneidade, e que fundamenta a celebração de negócios jurídicos, valendo destacar que a manifestação da vontade é justamente um dos seus elementos existenciais

Com base nisso, quando aos nubentes há o direito de escolher qual o regime de bens que podem obter, o legislador concede para ambas as partes toda a autonomia para que possam proferir suas respectivas vontades, visto que esse regime é submetido à escolha do casal para seus bens. Por vista disso, em vida concretizarão um regime conforme a sua vontade, devendo ser respeitada essa escolha.

### **2.3 DIREITO À HERANÇA E A SUCESSÃO**

O artigo 5º, da constituição federal de 1988 erige à categoria de direito fundamental o direito à herança, esse direito é consequência direta do direito de propriedade que tem como objetivo assegurar uma vida digna, livre e igualitária. A tutela da constituição federal de 1988 à herança, assegura que os bens deixados pelo de cujus sejam transmitidos aos seus herdeiros. Assim, torna-se cristalino que o patrimônio do falecido é projetado nos herdeiros tendo em vista o caráter perpétuo da propriedade. Essa perpetuidade é possível em razão da sucessão que transmite aos herdeiros a titularidade do patrimônio.

Pode-se compreender que a morte extingue o direito natural do indivíduo, visto que os direitos e as obrigações também deixam de existir no momento imediato após o falecimento, por isso que existe a transcendência jurídica, mesmo que essas relações possam não ter sido transmitidas. Assim, o direito das sucessões compreende o que é chamado de transmissão mortis causa, que trazem os bens do falecido(a) para os seus herdeiros (MADALENO, 2020, p.21).

Para fins de direito, compreende-se como morte quando termina a existência do indivíduo, que pode ser de forma natural ou ainda presumida, como traz à baila o art. 6º do Código Civil. Para aquela, compreende o falecimento que acontece a partir de causas relacionadas à complicação de saúde, quando ocorre uma paralisação das atividades vitais relacionadas com o cérebro, devendo ser atestada no momento exato pelo médico. Esta por outro lado, acontece dentro dos casos que estão descritos no art. 7º do Código Civil. Como prova de que houve o falecimento, utiliza-se a inscrição que consta no registro

público que declara o óbito, como nos casos de morte natural, dentro dos termos que cita o art. 9º, I, Código Civil, ou ainda a ausência ou morte presumida declarada por sentença, como prega o inciso IV (HIRONAKA, 2017, p.2).

Dentro desse cenário, pode-se afirmar que existem duas modalidades de sucessão, sendo elas a denominada legítima e a testamentária. A legítima é justamente quando a vontade do autor da herança é presumida através da lei, que por sua vez discrimina a ordem da vocação hereditária, trazendo a vontade do autor. Por outro lado, a testamentária é estabelecida por meio de um testamento, respeitando todos os parâmetros estabelecidos por lei (TARTUCE, 2019, p. 31-32).

Dentro da modalidade de sucessão legítima, mais precisamente conforme os teores do art. 1829 do Código Civil, a lei discrimina a ordem de vocação hereditária para em casos de ausência de testamento, possa ser presumida a vontade do autor da herança. Essa prática de escassez testamentária faz parte da cultura brasileira, como ressalta Gonçalves (2017, p.37-38):

A sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil. A escassez de testamentos entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestato*, chamado a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cuius* elencaria-se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento. Pode-se-ia dizer, como o fez, antes, na França, o insuperável PLANIOL, que a regulamentação brasileira a respeito da sucessão *ab intestato* opera assim como se fosse um “testamento tácito” ou um “testamento presumido”, dispondo exatamente como o faria o *de cuius*, caso houvesse testado.

Assim, como discrimina o art. 1.788 do Código Civil, quando um indivíduo falece, seus bens se transformam em herança e serão transmitidos para os seus herdeiros legítimos. Dentro dessa vertente, Diniz (2012. P. 30) traz à baila que o direito brasileiro admite que bens que estão no testamento e os que não estão compreendidos nele podem passar por sucessão, como discrimina dentro do Código Civil, art. 1.788, 2ª parte.

### **2.3.1 Princípio da vedação ao retrocesso e *post mortem***

Segundo o princípio constitucional da vedação ao retrocesso, após ter-se implementado um direito fundamental não se pode praticar um ato que torne vulnerável o referido direito que esteja passível de fruição. Edson Ricardo Saleme ao mencionar Canotilho tratando do tema das funções dos direitos fundamentais, leciona: “Aqui se impõe

um *non-facere* por parte do estado, a partir do delineamento da esfera de direitos individuais traçado pelas normas constitucionais [...].

Canotilho refere-se a uma dupla dimensão, no primeiro plano jurídico objetivo, impor-se regras de competência negativa para os poderes estatais, vedando ingerências nefastas; no plano jurídico subjetivo a possibilidade de emitir normas em prol do exercício dos direitos fundamentais e exigir omissões dos órgãos públicos a fim de evitar transgressões.”

Discrimina-se o que traz à baila o art. 1.829, inciso I, Código Civil, que respalda que a sucessão em caráter legítimo acontece da seguinte maneira:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (BRASIL, 2012).

De acordo com o que cristalina a lei, pode-se observar que a concorrência sucessória que acontece quando o cônjuge vem a óbito acontece de acordo com o regime de bens pactuado. No entanto, ocorre um desrespeito ao pacto antenupcial e direito à herança já alcançado pelos descendentes quando um dos cônjuges falece e o cônjuge sobrevivente atua dentro da concorrência sucessória junto aos descendentes referente aos bens do autor. Visto que, o acordo antenupcial e seus efeitos, a priori, é constitucional e tem todo respeito ao princípio da dignidade humana, principalmente quando houve consideração pela vontade de ambos os cônjuges ao exercício da autonomia sobre a escolha do regime de separação de bens. Entende-se que uma violação ao pacto antenupcial indica ferir de morte o interesse, inclusive, do cônjuge falecido.

Dentro dessa visão Barbosa (2017, p.40), ressalta que se houver uma consequência diferenciada do que foi anteriormente pactuado, fere-se à liberdade de escolha. Desta feita, fere de morte o princípio da liberdade, da autonomia, dignidade humana e vedação ao retrocesso. Com isso, discrimina a doutrinadora que “não há dignidade se a pessoa não tem a liberdade de organizar seu projeto de vida privada, patrimonial e familiar”.

No *post mortem*, com a abertura da sucessão, dependendo do regime acordado anterior, o cônjuge supérstite passa a entrar em concorrência perante ao patrimônio, acontecendo com isso uma incomunicabilidade patrimonial. Com base nisso, a concorrência do cônjuge sobrevivente junto aos descendentes dentro do regime separação convencional de bens traz uma certa insatisfação ao mundo jurídico, visto que,



representa uma quebra de princípios e age em contradição à vontade das partes, que ao optarem por separação convencional de bens, outrora se manifestaram como contra a comunicabilidade de seus bens.

Em vista disso Gagliano (2019, p.239) discrimina que:

A vontade de legislador do Código Civil de 2002 de proteger o direito sucessório extrapolou o limite da necessidade da intervenção estatal na regulação de direitos privados. Na prática, o Estado, ao obrigar que o cônjuge seja herdeiro, afronta o que foi estipulado pelos nubentes quando da escolha do regime de bens do casamento e fere o princípio da autonomia da vontade.

Por isso, que essa contradição causa uma certa estranheza, principalmente por conceder aos cônjuges a liberdade de escolher o regime de bens para posteriormente ignorar o acordo antenupcial, retirando a eficácia prática do respectivo regime, principalmente em casos de falecimento (FARIAS, 2016, p.307)

## **2.4 ANÁLISE DAS CONTROVÉRSIAS NA JURISPRUDÊNCIA**

O entendimento atual acerca da separação de bens é aquele que não considera a separação convencional como exceção à regra da concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do autor da herança tendo em vista que não foi abarcada no rol de exceções à concorrência sucessória disposta no art. 1.829, I do CC/02 e atende à literalidade contida no artigo supramencionado.

Em 2010, o STJ tentou contornar o absurdo da concorrência sucessória do cônjuge supérstite que fora casado sob o regime de separação convencional de bens, sob o argumento de que a separação obrigatória é gênero e separação convencional é espécie e por isso a mesma ressalva do art. 1.829, I do cc recairá em face daqueles que optaram pelo regime convencional de bens:

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os

demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei no 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

**- O regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação bens, à sua observância.**

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime

de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de igualdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- Princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade. Recurso especial provido. Pedido cautelar incidental julgado prejudicado. (REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010).

Nesse julgado, provido por unanimidade, consagrou-se vencedora a tese da relatora, Ministra Nancy Andrichi. Na ocasião, concluiu-se que o regime da separação obrigatória de bens é gênero que congrega duas espécies, quais sejam a separação legal e a separação convencional. A primeira é imposta por lei e a segunda decorre da vontade das partes, mas ambas, uma vez estipuladas como o regime a ser seguido obriga os cônjuges à sua observância. Dessa maneira, no regime da separação de bens não há direito à meação nem à herança, porque o regime de bens estipulado obriga as partes na vida e na morte. Sendo, assim, nos dois casos de separação de bens, o cônjuge não herda.

*Data máxima vênia*, ainda que o entendimento acima exposto seja bem intencionado, com objetivo de sanar a incoerência legislativa, não se pode confundir o regime convencional de bens como sendo espécie do regime de separação obrigatória, pelo simples fato de a separação convencional de bens "obrigar" os cônjuges após sua adoção, pois isso seria subverter a lógica do sistema jurídico. O regime de separação convencional de bens guarda íntima conexão com o princípio da autonomia privada e tem natureza negocial, o regime de separação obrigatória decorre de mandamento legal nas hipóteses do art. 1641 do cc. A força obrigatória deste decorre diretamente da lei. A força obrigatória daquele do negócio contratual firmado pelas partes denominado de *pacta sunt servanda*, o qual a lei atribui força obrigatória, sendo esta força, pedra angular da segurança jurídica do negócio firmado. Confundir ambos institutos seria rotular recipientes com conteúdos distintos.

Ainda que não concordemos com o argumento supramencionado o julgado supra teve uma bela intenção de resguardar a segurança jurídica.

O STJ, entretanto, aparentemente, tem trilhado caminho em sentido diverso no sentido de consolidar a literalidade do dispositivo legal:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. PRECEDENTES.

**1. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, sendo apenas afastada a concorrência quanto ao regime de separação legal de bens previsto no art. 1.641, do Código Civil.**

2. Precedente específico da Segunda Seção do STJ acerca da questão (REsp 1.382.170/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, j. 22/04/2015, DJe 26/05/2015).

3. O superveniente falecimento do cônjuge supérstite, no curso do inventário, não altera os seus direitos sucessórios, que têm por fato gerador o falecimento anterior do seu cônjuge, autor da herança, de modo que desde a abertura da sucessão a herança lhe foi transmitida ("droit de saisine") em concorrência com os descendentes do "de cujus", a teor dos artigos 1.845 e 1.821, I, do Código Civil.

5. Em razão da neutralidade da sucessão legítima, conforme estatuído pelo legislador, a condição patrimonial confortável da viúva em vida e, agora, da sua sucessora, não enseja a adoção de solução diversa daquela alcançada pelos inúmeros acórdãos desta Corte acerca do concurso entre os herdeiros necessários.

6. Necessidade deste STJ primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, a teor do art. 926, do CPC/2015, restando inafastável o óbice do enunciado da Súmula n.º 83/STJ. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1830753/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 06/12/2019).

No julgado supra a terceira turma do STJ firmou entendimento no sentido de que o cônjuge é herdeiro necessário, podendo, assim, haver concorrência. *Data máxima vênia*, é inegável que o cônjuge com a entrada em vigor do novo código civil em 2002 passou a ter maior amparo do ordenamento jurídico podendo, assim, concorrer com os demais sucessores conforme a ordem de vocação hereditária. Entretanto, o posicionamento exposto acima não é o mais adequado à luz do ordenamento jurídico:

- O regime de separação convencional de bens em campo totalmente oposto ao regime da comunhão universal de bens, por meio da expressa manifestação de vontade das partes no pacto antenupcial, garante uma inequívoca independência patrimonial de modo que aos cônjuges é resguardado a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, anterior ou posterior ao matrimônio, podendo, assim livremente alienar ou gravar de ônus real. Art 1687 do cc 2002.

- Entendimento considerando que nessa hipótese o cônjuge supérstite é herdeiro necessário e por isso poderá concorrer, suscitará uma clara antinomia entre os art. 1687 e 1846 do cc /02, posto que no regime de separação convencional de bens o cônjuge pode dispor de seu patrimônio livremente e , caso seja considerado herdeiro necessário há preservação da parte considerada indisponível, não permitindo, assim a livre alienação oriunda do regime que fora pactuado entre as partes, o que provocará a morte do regime de separação convencional de bens.

- No caso em questão há uma clara atenuação do art. 1845/ 02 do cc pelo próprio ordenamento jurídico ao permitir que as partes adotem o regime convencional de bens e assim, alienar ou gravar de ônus real livremente o arranjo patrimonial, amparando ainda a exclusividade e administração do patrimônio pessoal anterior ou posterior ao matrimônio , afastando do caso a aplicação do art. 1846/ 02 do cc que impede a alienação livre e impõe que seja preservado metade dos bens da herança pertencentes aos herdeiros necessários, e o art. 1845 do cc/ 02.

- Entendimento em sentido contrário seria estimular a insegurança jurídica, uma vez que a lei empresta ao negócio jurídico força obrigatória com objetivo de ser a pedra angular do negócio, ou seja, aquilo que passa segurança jurídica às partes. Sem o reconhecimento da obrigatoriedade dos contratos, a palavra dos homens careceria de força jurídica, em prejuízo à segurança das relações negociais.

- Se os contraentes do matrimônio optaram por um completa separação patrimonial durante toda vida e não requereram alteração do regime pactuado em vida, não pode o interprete e nem o legislador assim fazê-lo sob pena de violação ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso que rege os direitos fundamentais e consequentemente o direito à herança, já

conquistados pelos descendentes e ascendentes e passíveis de fruição, ocasionando em grave ofensa ao referido princípio que impede que norma superveniente atinja negativamente direito social já conquistado, posto que uma norma infraconstitucional posterior adstringe o direito conferido aos sucessores, admitindo uma “comunhão patrimonial atípica post mortem” em franco desrespeito ao direito à herança e a autonomia privada das partes.

- A sucessão traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida, devendo, assim, ser respeitado o regime de bens adotado pelas partes. Inadmitindo a alteração do regime de bens na ausência de uma das partes, levando ainda em consideração a boa-fé objetiva como exigência de honestidade na conduta das partes. Assim, o *cônjuge* supérstite não pode esquivar-se do regime pactuado com o *de cuius*, posto que pactuou livremente com a parte o regime de bens.

- O regime da separação convencional de bens deve ter os mesmos efeitos na sucessão *post mortem* que o regime da separação obrigatória, ainda que não esteja expresso no rol das exceções do art. 1829,I do cc/02, tendo em vista a incompatibilidade de concorrência e meação do regime pactuado entre as partes, assim como ocorre no regime da separação obrigatória, não podendo o art.1829,I do cc/02 ser considerado taxativo e sim analisado conforme o regime de bens adotado, bem como o direito à herança e o princípio da dignidade da pessoa humana.

-O regime de separação convencional de bens adotado pelas partes obriga à sua observância em qualquer caso, oriundo do ato de liberalidade permitido pelo próprio ordenamento jurídico, não havendo, assim, direito à meação e concorrência ao cônjuge supérstite.

Diante de todo o exposto supra, deve prevalecer o entendimento que conjuga e torna complementares o instituto em análise e os citados dispositivos à luz de todo o ordenamento jurídico, velando pela segurança jurídica das relações negociais, bem como ao princípio da boa fé, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso e o direito fundamental à herança conferida aos sucessores.

### **3 CONCLUSÃO**

A posição do cônjuge supérstite no direito brasileiro melhorou muito com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. O cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário, o que lhe garante a proteção da legítima, ou seja, cinquenta por cento do patrimônio deve ser garantido para a sucessão dos herdeiros necessários e garante também que não seja retirado da sucessão, salvo nas hipóteses de indignidade e deserdação. Além disso, no código civil de 1916, o cônjuge figurava na terceira classe da ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Já no código civil em vigor, o cônjuge faz parte da primeira classe, concorrendo com os descendentes; da segunda classe, concorrendo com os ascendentes e da terceira classe, de maneira isolada.

Dessa maneira, é possível notar o quanto a situação do cônjuge melhorou com a mudança do instituto legal. A proteção do cônjuge supérstite é uma tendência mundial. O direito brasileiro é, inclusive, mais avançado que o direito de muitos países em termos de direito sucessório do cônjuge, para o qual se busca o amparo econômico tendo em vista sua função central no instituto familiar. No entanto, a norma que propõe a ordem sucessória no direito brasileiro, qual seja o art. 1.829, I do CC/02 possui uma péssima redação, fazendo surgir diversas interpretações. É fato inegável que se buscou a proteção do cônjuge ao colocá-lo nas duas primeiras classes em concorrência com os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Porém, a norma em questão não tem a melhor técnica legislativa.

O art. 1.829, I do CC/02 peca por ser casuístico demais, tentando abarcar todas as hipóteses de sucessão envolvendo os regimes de bens que podem ser escolhidos no casamento. O grande problema é que esse casuismo todo não conseguiu abarcar todas as situações fáticas existentes, o que gerou grandes debates doutrinários e divergências jurisprudenciais, principalmente no tocante da contradição no que diz respeito o cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes, mesmo sendo regime de separação convencional de bens.

Infelizmente, o STJ, órgão responsável constitucionalmente pela uniformização da jurisprudência, contribuiu para o aumento da insegurança jurídica tendo em vista que por anos proferiu decisões totalmente divergentes a respeito da matéria e tem trilhado o entendimento que fere de morte o regime convencional de bens ao esmagar o pacto firmado pelas partes, em grave ofensa ao direito à herança, ao princípio da vedação ao retrocesso, dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva na conduta face as relações negociais.

#### 4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. 8ªed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 6. p.190.



BARBOSA, N.R. **Direito sucessório do cônjuge supérstite**. 2017. Disponível em:<[http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.6B92230D & lang=pt-br&site=eds-live](http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.6B92230D&lang=pt-br&site=eds-live)> Acesso em 10 mai 2022.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 198.

FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. **Coleção de curso de Direito Civil**. Sucessões. V. 7, 2. Ed. Salvador, Bahia: Juspodivm, 2016.

GAGLIANO, P.S. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, V. **A evolução histórica do cônjuge e do companheiro na sucessão e a possibilidade de concorrência entre eles**. 2018. Disponível em:<<https://valeriajpg.jusbrasil.com.br/artigos/533846547/a-evolucao-historica-do-conjuge-e-do-companheiro-na-sucessao-e-a-possibilidade-de-concorrencia-entre-eles>>. Acesso em 02 mai 2022.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 15ª Edição São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. In: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 201.

LÔBO, P. **Direito Civil – Volume 5: Famílias**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MUSTAFÁ, L. R. **A concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite e os descententes**. 2016. Disponível em:<[https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14734/1/2016\\_LeticiaRodriguesMustafa\\_tcc.pdf](https://bdm.unb.br/bitstream/10483/14734/1/2016_LeticiaRodriguesMustafa_tcc.pdf)>. Acesso em 28 abr 2022.

PEREIRA, C.M.S. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STJ. Superior Tribunal de Justiça - RECURSO ESPECIAL: REsp 1830753 RJ 2016/0157252-0. Disponível em:<[jusbrasil.com.br](http://jusbrasil.com.br)>. Acesso em 20 abr 2022.

## PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO POR MEIO DO TESTAMENTO

**SABRINA BACKES:** Mestranda em direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Titular do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas de Ribeirão dos Índios/SP. 6

**RESUMO:** O presente trabalho aborda o testamento como meio de planejamento sucessório. Foram tecidas breves considerações acerca do direito sucessório, bem como da sucessão testamentária. Após, foi feita a análise sobre o testamento e o planejamento sucessório, concluindo-se pela sua importância para satisfazer a vontade do autor da herança, bem como forma de proteção ao patrimônio e segurança aos herdeiros.

**Palavras-chave:** Direito Sucessório. Testamento. Planejamento Sucessório.

**ABSTRACT:** The present work approaches the testament institute as a valuable way on succession planning. Brief considerations were made about succession law, as well as testamentary succession. Afterwards, an analysis was made about the testament and succession planning, leading to the conclusion of its importance on the real will of the inheritance's author, as well as a security way on behalf of the heirs.

**Keywords:** Inheritance law. Succession law. Will. Testament. Succession planning.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direito Sucessório. 2.1. Conceito de Direito das Sucessões 3. Sucessão Testamentária. 3.1. Testamento. 3.2. Características do Testamento 3.3. Testamento Público. 4. Planejamento Sucessório. 4.1. Proteção da Legítima. 4.2. Disposições Testamentárias. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o testamento como forma de planejamento sucessório. Será feita uma breve análise acerca do direito das sucessões, bem como sobre a sucessão testamentária e as formas de testamento. O planejamento sucessório ainda é pouco difundido no Brasil, especialmente, o testamento, porém esse é um dos meios mais eficazes de se garantir segurança para os herdeiros após a morte do autor da herança. O testamento, além de permitir que o testador disponha cláusulas com conteúdo patrimonial, permite que o mesmo possa dispor sobre temas de conteúdo extrapatrimonial, como, por exemplo, o reconhecimento de um filho. A fim de se difundir a importância do planejamento sucessório foi realizado o presente estudo.

---

6 E-mail: [sabrinabackesadv@gmail.com](mailto:sabrinabackesadv@gmail.com)

## 2. DIREITO SUCESSÓRIO

Antes de se adentrar no estudo do instituto do Testamento, será feita uma breve análise acerca do direito sucessório, por meio de uma abordagem de suas principais características e requisitos.

### 2.1. CONCEITO DE DIREITO DAS SUCESSÕES

O direito à sucessão hereditária é reconhecido pela Constituição Federal de 1988, a qual elencou-lhe dentro do rol das garantias fundamentais, por meio do inciso XXX, do art.5º[1].

Na esfera infraconstitucional, o Direito das Sucessões está previsto no Livro V, da Parte Especial do Código Civil (arts.1784 a 2020), bem como no Código de Processo Civil, o qual dita as regras referentes aos inventários e partilhas, estabelecendo os ritos a serem adotados em sede judicial (arts.610 a 673, CPC). Cumpre mencionar, ainda, a Lei 11.441 de 2011, a qual já está inserida no CPC e que inovou ao prever a possibilidade do inventário e partilha de forma extrajudicial, diretamente no Tabelionato de Notas.

Sucessão, em sentido amplo, pode ser compreendida como a transmissão, inter vivos ou causa mortis, de bens ou direitos. Nessa acepção, enquadram-se quaisquer negócios que tenham o condão de transmitir direitos, tais como a compra e venda, a doação, etc (Pinto Ferreira ; Limongi França, 1977, p. 222).

O autor português Inocêncio Galvão Telles, refere que a palavra sucessão significa suceder e pode ser dar por ato inter vivos, quando ocorrer entre pessoas a título singular, sendo regulamentada pelo direito das obrigações ou pelo direito empresarial, bem como a sucessão pode ser dar por causa mortis, advindo da transmissão dos bens e direitos da pessoa falecida ao seu herdeiro, sendo regulamentada pelo direito das sucessões. Esse último tipo de sucessão que será objeto do presente estudo. Seguem as palavras do referido autor português:

A sucessão no sentido amplo em que estamos a usar a palavra, tanto pode dar-se em vida como por morte. É uma distinção capital a que na nomenclatura latina corresponde, os termos inter vivos e sucessão ou transmissão mortis causa. Ainda hoje frequentemente se empregam estas mesmas fórmulas. Também se usa a primeira em sua versão portuguesa literal - entre vivos, outro tanto não acontecendo com a segunda: pois não é costume falar de transmissão <por causa da morte>. Aliás o critério que nesta formulação lingüística inspira os dois termos não é o mesmo: num alude-se a pessoa, ambas vivas, no outro a um facto, a morte. Evidentemente, qualificar a transmissão num

caso como entre vivos não quer dizer que no outro ela se dê entre mortos (TELLES, 1991, p. 29).

Flávio Tartuce, em sua obra sobre Direito das Sucessões, define Direito das Sucessões:

“o Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. Serve como inspiração, para este autor, a concepção legal que está no art. 2.024.º do Código Civil português, segundo o qual “Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam” (Tartuce, 2017, p. 16).

Nessa senda, pode-se inferir que o Direito das Sucessões é o direito que regulamentará a destinação do patrimônio da pessoa após a sua morte, tendo sua previsão assentada numa parte especial e autônoma do Direito Privado.

### Espécies de sucessão

Nosso ordenamento jurídico prevê a sucessão legítima, a qual está regulamentada pelos artigos 1.829 até 1.856, do Código Civil, bem como a sucessão testamentária, disciplinada entre os artigos 1.857 e 1.990, do Código Civil, as quais podem ser assim definidas:

A sucessão legítima, regulada em especial nos arts. 1.829 a 1.856 do Código Civil, é aquela derivada exclusivamente da lei, independentemente da vontade direta do de cujus. Contrapõe-se, assim, à sucessão testamentária, na medida que esta depende da vontade privada, ou seja, de um ato de disposição de última vontade. A sucessão legítima pode ser vislumbrada, de certa forma, como uma presunção da vontade do de cujus, partindo do pressuposto de que este escolheria, como beneficiários de seu patrimônio, as pessoas com quem guardava vínculos afetivos - e tais vínculos se exteriorizam sobretudo nas relações familiares (tanto de parentesco quanto de conjugalidade). Nesse viés, tanto a sucessão legítima quanto a testamentária decorrem, de certa forma, da vontade do de cujus: presumida na primeira; direta na segunda. Cumpre ainda ressaltar, no que toca à dicotomia entre sucessão legítima e testamentária, que a

despeito da distinção basear-se no fundamento de cada uma (a legítima funda-se na lei, enquanto a testamentária na vontade do de cujus), ambas decorrem, em última instância da lei. Afinal, só há sucessão testamentária na medida em que o regramento permite que o testamento adentre o universo jurídico e produza os efeitos que lhe são próprios. (Kümpel, 2017, p. 702)

Cumprido ressaltar que a sucessão legítima e a sucessão testamentária podem coexistir, não sendo imposta, portanto, a exclusividade de uma ou de outra, conforme se depreende da leitura do caput do dispositivo em comento. Assim, um mesmo herdeiro poderá ser beneficiado por dois títulos: legítima e testamentária (Farias et al., 2017, p. 1663).

Feitos esses breves apontamentos acerca do Direito Sucessório, passa-se à análise específica da sucessão testamentária, a qual é o objeto do presente estudo.

### **3. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA**

A sucessão testamentária está regradada entre os artigos 1.857 e 1.990, do Código Civil:

Art. 1.857, CC. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento. § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

A vontade do testador é efetivada por meio do testamento válido. Como ato de última vontade, o autor da herança poderá dispor em testamento a destinação de seus próprios bens, porém essa liberdade de testar, conferida pelo ordenamento jurídico, não é irrestrita, ficando condicionada a não alcançar a parte legítima da sucessão.

Esta liberdade, contudo, não é absoluta. De fato, a lei circunscreve um espaço delimitado para o exercício da liberdade testamentária: a parte disponível da herança, que equivale, se houver herdeiros necessários, à metade do patrimônio do de cujus. A outra metade, por sua vez, integra a "legítima", cujos fins são impostos pela lei, independentemente, em princípio, da vontade direta do de cujus. (Kümpel, 2017, p. 764).

#### **3.1. TESTAMENTO**

O Código Civil de 1916 trazia o conceito de testamento em seu artigo 1.1626: "Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com as lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte." O atual Código Civil mudou a redação do dispositivo legal que conceitua testamento. Previu o conceito no artigo 1.857[2], do atual diploma legal, trazendo uma redação mais genérica e observando o princípio da liberdade testamentária. Vitor Frederico Kümpel elogia a modificação do conceito de testamento, trazida com a nova legislação

A nova redação, muito embora não tenha se desincumbido da tarefa de fornecer um conceito preciso de testamento, é tecnicamente mais correta que a anterior, já que reconhecida a possibilidade de um testamento composto apenas por disposições não patrimoniais (como um reconhecimento de filho, por exemplo), não se poderia afirmar que o testamento é, por conceito, um ato de disposição patrimonial. A nova redação, assim, esquivava-se do problema: afirma que a disposição pode ser feita por testamento, sem dizer que o testamento é um ato de disposição. (Kümpel, 2017, p. 770/771).

Para Pontes de Miranda o testamento pode ser conceituado da seguinte maneira:

"testamento (diz-se) é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Porque 'vontade de um morto cria', e não 'vontade de um vivo, para depois da morte'? Quando o testador quis, vivia. Os efeitos, sim, por serem dependentes da morte, somente começam a partir dali. Tanto é certo que se trata de querer de vivo, que direitos há (excepcionalíssimos, é certo), que podem partir do ato testamentário e serem realizados desde esse momento. Digamos, pois, que o testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos". (FRANCISCO CAVALCANTI, 1972, p. 59)

Destarte, pode-se afirmar que o testamento exprime uma disposição de última vontade, por meio de um negócio jurídico unilateral, podendo conter disposições de caráter patrimonial, nem como extrapatrimonial, criando, transmitindo ou extinguindo direitos após a morte do testador.

### **3.2 CARACTERÍSTICAS DO TESTAMENTO**

O testamento é um negócio jurídico unilateral que possui as seguintes características: é personalíssimo, unilateral, revogável, solene e gratuito. Passa-se a tecer breves considerações sobre cada uma das características.

Flávio Tartuce bem discorre sobre a natureza jurídica do testamento:

“Para começar, constata-se que o testamento é um negócio jurídico por excelência. Como negócio jurídico entenda-se a manifestação de vontade, com conteúdo lícito, que visa a regulamentar o interesse do envolvido, com uma finalidade específica. Ao lado do contrato, reafirme-se que o instituto ora em estudo representa importante forma de manifestação da liberdade individual, da autonomia privada. Entretanto, a grande diferença entre as categorias expostas está na natureza jurídica e na produção de efeitos, uma vez que o contrato é um negócio jurídico inter vivos e o testamento, um negócio jurídico mortis causa. Trata-se o último de um negócio jurídico especial ou sui generis, pois tem características próprias, não encontráveis em qualquer outro ato ou negócio. Em apertada síntese, pode-se dizer que o testamento é um negócio jurídico único, especialíssimo, diferenciado pela vontade manifestada e por seu conteúdo. O testamento constitui um negócio jurídico unilateral, pois tem aperfeiçoamento com uma única manifestação de vontade. Dessa forma, basta a vontade do declarante – do testador – para que produza efeitos jurídicos. A aceitação ou renúncia dos bens deixados, manifestada pelo beneficiário do testamento, é irrelevante juridicamente para a essência do ato.” (Tartuce, 2017, p. 215/216).

O caráter personalíssimo do testamento é encontrado no artigo 1.863, do Código Civil: " Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.". Da análise do referido dispositivo legal, depreende-se que o testador não pode se fazer representar por mandatário, devendo o testamento contemplar apenas a vontade de um pessoa, sendo vedado o testamento mancomunado, ou seja aquele que prevê a vontade de duas ou mais pessoas. Nesse sentido,

O caráter personalíssimo, portanto, obsta a participação de qualquer outro agente na feitura do testamento, , a qualquer título que seja. Essas vedações têm o fito de impedir quaisquer interferências externas que deturpem ou maculem a materialização da vontade do testador, que deve ser inequívoca. Note-se, porém, que eventual participação indireta no ato não ofende sua natureza personalíssima. O próprio testamento público, como se verá, é escriturado por tabelião de notas, e nas outras modalidades nada impede a escrituração da cédula a rogo, nem eventuais conselhos e opiniões de terceiros visando auxiliar o testador a instrumentalizar sua vontade. (Kümpel, 2017, p. 772).

O testamento possui como característica, também, a unilateralidade, já que é construído por meio da única e exclusiva vontade do testador, não dependendo da convergência de outras vontades, sendo assim, unilateral e não receptício. Somente após a morte é que os sucessores poderão aceitar ou renunciar a herança, porém isso não influencia na existência, validade e eficácia do testamento.

A característica da revogabilidade do testamento vem expressada pelo art. 1.969, do Código Civil: "Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito."

O artigo 1.970<sup>[3]</sup>, do Código Civil, permite que a revogação do testamento possa ser total ou parcial.

No que tange a possibilidade de revogação do testamento, é imperioso ressaltar que, por força do artigo 1.610<sup>[4]</sup>, do Código Civil, disposições testamentárias que contenham reconhecimento de filhos são irrevogáveis, persistindo, inclusive, nos casos que o testamento é anulado.

Cristiano Chaves afirma que a revogação também deve revestir-se da solenidade, característica inerente ao testamento:

"Todavia, a revogação de um testamento, assim como a sua confecção, é um ato solene, exigindo forma específica. É o que nos revela o dispositivo em tela. Um testamento só pode ser validamente revogado por outro testamento, ainda que este advenha tão somente com o escopo de revogar o testamento anterior e não mais dispor acerca dos bens do seu autor, passando a sua sucessão a ser regulada pelas regras da sucessão legítima. Ademais, insta pontuar que o tipo de testamento revogador não precisa ser exatamente o mesmo do testamento revogado. Exemplifica-se, um testamento particular poderá ser revogado por um testamento cerrado ou público. Entretanto, sinaliza-se que esta regra possui uma exceção. Tem-se por revogado o testamento cerrado se for aberto ou dilacerado espontaneamente pelo testador, ou ainda por terceiro que tenha o seu consentimento." (Farias et al., 2017, p. 1710).

Outra característica fundamental do testamento é a solenidade. O testamento é um ato solene, já que para sua existência e regularidade devem ser observados diversos requisitos obrigatórios previstos por lei.



Por fim, diz-se que o testamento é gratuito, já que não comporta qualquer contraprestação do testador. A característica gratuidade não significa dizer que eventuais direitos transmitidos não possam conter encargos. Flávio Tartuce corrobora esse pensamento:

O testamento é negócio jurídico gratuito ou benévolo, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, não há o sacrifício bilateral que identifica os negócios jurídicos onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento. Sendo negócio jurídico benévolo, aplica-se o art. 114[5] doCC/2002, com a notória interpretação restritiva. Portanto, a contrario sensu, o testamento não comporta interpretação extensiva. (Tartuce, 2017, p. 216).

#### Capacidade para testar

O artigo 1.860, do Código Civil preleciona quem são as pessoas capazes para testar: " Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos."

Interpretando-se o dispositivo supra mencionado, pode-se concluir que não poderão testar os absoluta e relativamente incapazes, excetuando-se o menor púbere , ou seja, aqueles que possuem idade entre 16 e 18 anos, por permissão expressa do parágrafo único, do artigo, CC. Cristiano Chaves faz a seguinte observação quanto ao menor púbere testador:

"Visto isso, destaque-se que testar é ato personalíssimo, por esta razão, os menores púberes, autorizados à prática do ato pelo parágrafo único do artigo em tela, o farão sozinhos, não sendo assistidos por seus representantes, considerando que esta é a sua manifestação de última vontade, e como tal não deverá sofrer qualquer interferência de terceiros." (Farias et al., 2017, p. 1666).

Questão nebulosa ainda é a possibilidade de testar das pessoas abarcadas pelo Estatuto da deficiência, doutrina e jurisprudência ainda não chegaram em um consenso. Pertinente mencionar o raciocínio de Flávio Tartuce quanto a essa questão:

"Em suma, pela proposição deve ser reconhecida a incapacidade testamentária ativa daqueles que estão expressos no art. 3.º [6]da codificação material, atualmente apenas os menores de 16 anos; além das pessoas que não apresentaram um discernimento específico para a manifestação de última vontade. Ora, essa última solução está

plenamente de acordo com o espírito do Estatuto com Pessoa com Deficiência. Assim, quanto aos maiores, a regra é a capacidade testamentária, o que inclui as pessoas com deficiência. Eventualmente, caso essas pessoas sejam tidas como relativamente incapazes, pois faltam-lhes condições para exprimir vontade específica no ato de última vontade, o negócio testamentário deve ser considerado anulável, pela conjugação do novo art. 4.º[7], III, com os arts. 171[8], I, e 1.860[9] da codificação material. Mesmo com a redação atual do último preceito, esse parece ser o melhor caminho a ser percorrido, como opinião doutrinária a ser aplicada pela jurisprudência a partir de agora. De qualquer maneira, ressalte-se que o tema é novo e ainda merece ser debatido mais profundamente pela doutrina nacional. Tanto isso é verdade que, na VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2015, não foi aprovado um enunciado sequer tratando do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A propósito do tema, há um projeto de lei em curso no Senado Federal que pretende corrigir alguns problemas técnicos do EPD, em especial frente ao Novo CPC. Trata-se do PL 757/2015, que conta com parecer e apoio parcial deste autor. "(Tartuce, 2017, p. 218).

Importante frisar que, por disposição expressa do artigo Art. 1.861[10], do Código Civil, a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, tampouco a capacidade posterior do testador incapaz valida o testamento confeccionado anteriormente à capacidade.

### **3.1.2. TESTAMENTO PÚBLICO**

Embora seja sabido que existem inúmeras formas de testamento, o presente artigo somente analisará de forma mais profunda o testamento público.

O testamento público está previsto entre os artigos 1.864 a 1.867, do Código Civil[11]. É o testamento confeccionado por Tabelião de Notas, no exercício de sua função notarial. É a forma mais segura de se testar, já que ficará guardado nos registros públicos, é dotado de publicidade e a sua lavratura realizado por oficial público garante sua conservação, autenticidade e faz prova plena de seu conteúdo.

Quanto a mencionada publicidade do testamento público, é importante saliente que se refere ao acesso amplo e irrestrito ao público em geral, conforme leciona Vitor Frederico Kümpel:

"Como dito, a publicidade do testamento público decorre do fato de ser lavrado pelo tabelião de notas, que empresta sua fé-

pública aos atos por ele efetuados, no exercício de sua função pública. Por testamento público, portanto, deve-se entender o testamento submetido ao crivo do tabelião, que confere caráter oficial à sua autoria material, e faz presumir sua autenticidade. E bom notar, no entanto, que a publicidade decorrente da fé-pública tabelio não implica, necessariamente, o acesso ao público geral e irrestrito ao teor do testamento confeccionado pelo tabelião. A contrário senso, o caráter público do testamento, imbricado na exigência de lavratura pelo tabelião, não é necessariamente incompatível com o sigilo.” (Kümpel, 2017, p. 783).

Durante as últimas décadas, ganhou força a corrente que defende que o acesso ao testamento, enquanto vivo o testador, deve ser feito de forma irrestrita. As normas de serviço extrajudiciais do Estado de São Paulo<sup>[12]</sup>, adotam o sigilo do testamento como regra, podendo ser emitida certidão, enquanto vivo o testador, somente a requerimento desse ou seu procurador com poderes pessoas, ou por determinação judicial.

Prevê o artigo 1.864, CC que o testamento deve ser escrito pelo Tabelião de notas ou por seu substituto legal, podendo-se valer de minutas e apontamentos. Após a lavratura do instrumento, o testamento deve ser lido em voz alta pelo Tabelião para o testador e duas testemunhas. O Código ainda permite que seja lido em voz alta pelo testador, caso seja da sua vontade. Por fim, ele deve ser assinado pelo testador, pelas duas testemunhas e pelo Tabelião. Faz-se necessário, também, que o testador rubrique todas as páginas do testamento.

Quanto à leitura do testamento, Vitor Frederico Kümpel faz considerações acerca do testador surdo e do testador cego, lembrando, que este último somente pode testar na forma pública:

“A etapa de leitura do testamento assume peculiaridades próprias no caso do testador surdo e do testador cego. O indivíduo inteiramente surdo, conforme o artigo 1.866 do Código Civil, deverá ler, ele próprio, o testamento, ou designar quem o leia em seu lugar, caso não saiba ler. Tem-se, portanto, que no caso do sujeito surdo e analfabeto, excepciona-se a regra do artigo. 1.864, que, como visto, determina a leitura ou pelo tabelião ou pelo próprio testador. No caso do indivíduo cego, em face da impossibilidade de o próprio testador ler seu testamento, a lei impõe, como medida de cautela, que sejam

feitas duas leituras sucessivas: a primeira, pelo tabelião; e a segunda, por uma das testemunhas, a ser designada pelo testador. "(Kümpel, 2017, p. 796).

O inciso II, do artigo 1.801<sup>[13]</sup>, CC proíbe que herdeiros e legatários possam figurar como testemunhas do testamento, a fim de evitar interferências externas na vontade do testador. Caso ocorra, o testamento será nulo. Flávio Tartuce traz um rol daqueles que não poderão servir de testemunhas no testamento:

Feitas essas considerações, tratando da prova dos atos e negócios jurídicos, não se podem esquecer as vedações constantes do art. 228 do Código Civil de 2002, no sentido de que não podem ser admitidas como testemunhas determinadas pessoas, o que tem aplicação direta para o testamento. Vejamos as hipóteses do diploma, que também foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: Os menores de dezesseis anos (menores impúberes), sendo certo que não há proibição para os menores púberes, com idade entre dezesseis e dezoito anos. E não poderia ser diferente, eis que tais menores podem praticar o ato testamentário (art. 1.860, parágrafo único, do CC/2002). O inciso II do art. 228 do CC expressava que aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil. Tratava-se da mesma hipótese de incapacidade absoluta para os atos e negócios em geral, prevista originalmente no art. 3.º, inciso II, do CC/2002. Todavia, esse artigo foi expressamente revogado pelo art. 123, II, da Lei 13.146/2015. Além disso, foi incluído um § 2.º no art. 228 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, prevendo que "a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva". O inciso III do comando em estudo elencava os cegos e os surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependesse dos sentidos que lhes faltavam. Esse dispositivo também foi revogado pelo art. 123, III, do citado Estatuto da Pessoa com Deficiência, aplicando-se a premissa da inclusão das pessoas com deficiência. O interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes. A ilustrar a subsunção deste e de inciso sucessivo, vejamos outro trecho de julgamento já trazido à colação, no sentido de que, "in casu, houve violação dos referidos dispositivos legais, na medida em que o testamento público teve como testemunhas um amigo íntimo e a nora da única beneficiária da disposição de última vontade. O acórdão recorrido, com base no exame dos elementos fático-probatórios dos autos, consignou a ausência do pleno discernimento do testador para a prática do ato, bem como reconheceu a interferência da beneficiária na celebração do testamento e o reflexo de sua vontade na do testador, de modo que é inviável, em sede de recurso especial, a revisão de tais questões, haja vista o óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior" (STJ, REsp 1.155.641/GO, 4.ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13.12.2011, DJe 28.09.2012). Os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade. De acordo com a proteção constitucional da união estável, constante do art. 226, § 3.º, da

CF/1988, forçoso entender que o mesmo impedimento existe para as relações decorrentes da união estável, conforme vem há tempos entendendo a jurisprudência (STJ, REsp 81.551/TO, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.09.1997). Como reforço, vale lembrar que, em matéria de prova processual, o Novo CPC equiparou o companheiro ao cônjuge para todos os fins, o que conduz ao caminho sem volta de incluir o companheiro no dispositivo em estudo. (Tartuce, 2017, p. 226/227).

Para finalizar, importante mencionar que, ao contrário do testamento particular, o testamento público somente poderá ser redigido em idioma nacional, por força do art. 215, §3º[14], do CC, o qual prevê que todas as escrituras públicas devem ser lavradas em idioma nacional.

#### **4. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO**

O planejamento sucessório é um instrumento preventivo, para evitar conflitos sobre a herança, no qual o autor da herança dispõe de seu patrimônio, conforme sua vontade. O planejamento sucessório visa trazer segurança para os herdeiros, por meio de um conjunto de decisões que se tomam para futura distribuição da herança.

Daniele Teixeira traz o conceito de planejamento sucessório:

“o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte.” (TEIXEIRA, 2018, p. 35).

O planejamento sucessório pode ser realizado por meio diversos instrumentos e negócios jurídicos, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka elenca diversos exemplos:

“Alguns dos instrumentos de planejamento sucessório merecem ser destacados, muitos deles retirados dos trabalhos citados, a saber: a) escolha por um ou outro regime de bens no casamento ou na união estável, até além do rol previsto no Código Civil (regime atípico misto) e com previsões específicas; b) constituição de sociedades, caso das holdings familiares, para administração e até partilha de bens no futuro; c) formação de negócios jurídicos especiais, como acontece no trust; d) realização de atos de disposição em vida, como doações – com ou reserva de usufruto –, e post mortem, caso de testamentos, inclusive com as cláusulas restritivas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade; e) efetivação de partilhas em vida e de cessões de quotas hereditárias após o falecimento;

f) celebrações prévias de contratos onerosos, como de compra e venda e cessão de quotas, dentro das possibilidades jurídicas do sistema; g) eventual inclusão de negócios jurídicos processuais nos instrumentos de muitos desses mecanismos; h) pacto parassocial, como se dá em acordos antecipados de acionistas ou sócios; e i) contratação de previdências privadas abertas, seguros de vida e fundos de investimento.” (HIRONAKA; TARTUCE, 2018, p. 88/89).

Como o intuito do presente trabalho é o estudo do planejamento sucessório por meio do testamento, passe-se a tecer algumas considerações acerca dessa forma de planejamento sucessório.

#### **4.1 PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA**

Conforme preceitua o artigo 1.84631, do Código Civil, deve ser preservada metade do patrimônio do autor da herança para os herdeiros necessários; essa parte é denominada de legítima. Dessa forma, o planejamento sucessório somente poderá recair sobre metade dos bens, não podendo o testamento avançar sobre a parte não permitida, restando ineficaz quanto às disposições que ultrapassem a legítima.

A proteção da legítima acaba por diminuir a liberalidade que o autor da herança possui para distribuir seu patrimônio por meio do planejamento sucessório, como bem observa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

“De todo modo, apesar dessa nossa proposta – de lege ferenda –, a verdade é que a tutela da legítima, hoje em cinquenta por cento do patrimônio do de cujus, representa entrave para a efetivação plena do planejamento sucessório. Eventualmente, caso seja celebrada uma doação, ainda em vida, pelo autor da herança, e que ultrapasse o patrimônio reservado aos herdeiros necessários, há de ser reconhecida a sua nulidade parcial, naquilo que exceda a citada proteção, nos termos do art. 549 do Código Civil em vigor, segundo o qual “nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. Se tal transbordamento patrimonial se der por testamento, tem-

se a ineficácia parcial da disposição, com a redução da disposição testamentária, nos moldes do art. 1.967 da própria codificação. Como se pode perceber, as soluções dadas pelo sistema jurídico são distintas: a doação que excede a proteção

da legítima é inválida no excesso; o testamento, meramente ineficaz.? (HIRONAKA; TARTUCE, 2018, p. 93-94).

## 4.2 DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

O testamento pode ser considerado um dos meios mais eficazes de planejamentos sucessórios, pois, além de permitir que o autor da herança disponha sobre cláusulas com conteúdo patrimonial, permite que sejam feitas disposições sobre conteúdos extrapatrimoniais, como, por exemplo, o reconhecimento de um filho. Nesse sentido, CC, Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Por fim, o testamento também é um importante e tradicional mecanismo de planejamento sucessório. Talvez seja um dos mais eficientes, por fugir do entrave da segunda regra de ouro, constante do art. 426 do Código Civil. Além da possibilidade de ter um conteúdo patrimonial, o Código Civil em vigor é expresso ao prever as disposições testamentárias de caráter não patrimonial (art. 1.857, §2o). A título de exemplo das últimas, é possível reconhecer um filho por ato de última vontade, constituir uma fundação com o nome do falecido, nomear administradores e atualizadores de obras ou criações intelectuais, determinar o destino de material genético ou de embriões, fazer recomendações de caráter ético e comportamental aos filhos e netos, tratar do uso de conteúdo digital post mortem, entre

outras previsões com grandes repercussões práticas na contemporaneidade. (HIRONAKA; TARTUCE, 2018, p. 103).

A mesma autora, ainda, tece considerações sobre o que deveria ser modificado para que o planejamento sucessório tenha mais adeptos no Brasil:

“Como palavras finais sobre o tema, como conclusão definitiva para este artigo, pensamos que é necessário alterar a legislação brasileira, mitigando-se a regra relativa às vedações dos pactos sucessórios prevista na codificação privada no seu art. 426. Esse é o melhor caminho para que o planejamento sucessório seja concretizado na realidade jurídica brasileira, prestigiando-se a autonomia privada e a possibilidade de as famílias buscarem as melhores estratégias para a divisão futura de seus bens. Outro aspecto que merece ser revisto é a proteção da legítima, reduzindo-a a patamar inferior, como desenvolvemos oportunamente.”(HIRONAKA; TARTUCE, 2018, p. 109).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o testamento é instrumento ainda pouco utilizado. Acredita-se, inclusive, que o indivíduo teria um certo receio de fazê-lo, pois não gosta de falar sobre sua morte, sendo um assunto que todos preferem evitar.

Porém, a morte é inevitável e possuir um planejamento sucessório evitará diversos transtornos para os herdeiros num momento tão difícil como é o da perda de um ente querido.

O planejamento sucessório pode, inclusive, evitar que se perca um patrimônio inteiro, que muitas vezes foi construído por diversas gerações, já que é um meio de evitar os conflitos e brigas judiciais intermináveis acerca do destino da herança.

Destarte, o testamento deve ser cada vez mais divulgado em nossa sociedade, para que se consiga evitar diversos conflitos que ocorrem após a abertura da sucessão, os quais, muitas vezes, acabam causando a perda de todo o patrimônio familiar. A fim de se evitar que isso ocorra, devem ser utilizados todos métodos de planejamento sucessório que tragam segurança para os herdeiros após a morte do autor da herança.

## 6. REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 29 Jun. 2020.

BRASIL. Código Civil. Diário Oficial da União. 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: 19 Jun. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29 Jun. 2020.

BRASIL. Enunciado CJF n. 267. Diário Oficial da União. Disponível em:  
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>. Acesso em: 21 Jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 590. Corte ou Tribunal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3556>. Acesso em: 18 Jun. 2020.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de . Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



DINIZ, Maria Helena. Curso de direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 27. ed. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2013.

FARIAS , Cristiano Chaves de et al. Código Civil para Concursos. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1.760 p.

GILISSEN, John. Histórica ao Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: CONCEITO, MECANISMOS E LIMITAÇÕES. Revista Brasileira de Direito Civil , | Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, set. 2018.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Tratado Notarial e Registral. 1. ed. São Paulo: YK Editora, v. III, 2017.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NELSON, Nery Junior. Instituições de Direito Civil: Parte Geral do Código e Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, James Eduardo. Código Civil anotado e interpretado: doutrina e jurisprudência. 2010. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINTO FERREIRA , Luiz; LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). Sucessão Universal: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, v. t. LVI, 1972.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2017.

TEIXEIRA, Daniele . Noções prévias do direito das sucessões: sociedades, funcionalização e planejamento sucessório: Arquitetura do Planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Sucessões: Noções Fundamentais. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991.

VELOSO, Zeno. Testamentos. 2. ed. Belém: Cejup, 1993.

---

CF/1988, Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXX - é garantido o direito de herança.

CC, Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Art. 1.970. A revogação do testamento pode ser total ou parcial.Parágrafo único. Se parcial, ou se o testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)IV - os pródigos.Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

CC, Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.

CC, Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público: I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos; II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma. Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias. Art. 1.866. O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas. Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

Item 153, NSCGSP 153. As certidões de escrituras públicas de testamento, enquanto não comprovado o falecimento do testador, serão expedidas apenas a seu pedido ou de seu representante legal, ou mediante ordem judicial.

CC, Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: II - as testemunhas do testamento;

CC, Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. § 3º A escritura será redigida na língua nacional.

## DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS CONCEBIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM

**PEDRO CÂMARA GUIMARÃES:**  
Graduando em Direito pela  
Faculdade Serra do Carmo<sup>7</sup>.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS<sup>[1]</sup>

(orientador)

**RESUMO:** Os filhos concebidos por inseminação *post mortem* são aqueles em que um cônjuge decide usar o material genético do outro, que se encontrava armazenado em uma clínica especializada, após a morte dele. O objetivo principal deste trabalho é discutir os direitos sucessórios desses filhos tidos dessa maneira, uma vez que se presume que nesses casos já tenha existido a abertura da sucessão do de cujus e, por vezes, até a sua finalização. As técnicas de reprodução assistida podem e devem ser utilizadas pelos casais que não conseguem alcançar o sonho de ter um filho a partir dos métodos naturais. O ordenamento jurídico brasileiro permite, inclusive, que essa reprodução assistida seja na forma de inseminação artificial homóloga *post mortem*, embora existam algumas lacunas sobre o tema. Atualmente existem alguns projetos de leis que buscam tratar sobre esse assunto. Foi possível chegar a conclusão de que a inseminação artificial *post mortem* não pode ser considerada um tabu, muito menos uma prática odiosa. Trata-se de um meio de garantir a consecução do planejamento familiar do casal que sofreu uma perda repentina. Por fim, entende-se que é possível que todos os direitos sucessórios do filho havido dessa maneira sejam resguardados. Foi utilizado nesta pesquisa o método dialético, se baseando em discussões e argumentações de especialistas acerca do tema, além de pesquisas bibliográficas e documentais.

**Palavras-chave:** Direitos Sucessórios; Inseminação Artificial; Planejamento Familiar.

### INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que o conceito de família e sua própria constituição no meio social passam cotidianamente por diversas modificações, principalmente nas últimas décadas, com o advento da tecnologia e com a mudança de foco, no aspecto legislativo, do patrimonial ao existencial, no que tange aos critérios de leis e as Constituições Federais ao redor do mundo.

O presente artigo vem propor uma análise aprofundada, no que tange as possibilidades sucessórias, quanto ao vínculo na esfera cível no que tange à reprodução

<sup>7</sup> E-mail: camarapedro633@gmail.com

humana *post mortem*. Mais especificamente, aos critérios necessários para comprovar a filiação na sucessão hereditária.

Há a necessidade, obviamente, de se aprofundar quantos aos pontos específicos do direito de sucessão, vez que o tema de pesquisa implica, principalmente, na questão do direito de herança.

Referente à metodologia utilizada na presente pesquisa optou-se pelo método dialético, se baseando em discussões e argumentações de especialistas acerca do tema, além de pesquisas bibliográficas e documentais, por meio de artigos científicos e outros materiais já publicados sobre o assunto, com foco principalmente, nas matérias disponíveis do STJ sobre o tema herança na reprodução assistida *post mortem*, ou seja, atingirá tanto o campo de uma pesquisa bibliográfica como uma pesquisa no âmbito exploratório.

E por fim, pesquisar e investigar quanto à comprovação de filiação por intermédio da inseminação artificial após a morte do cônjuge, como será relatado posteriormente, pois é graças às mudanças ocorridas no contexto familiar, e por consequência na sociedade que proporcionou o surgimento da pesquisa do referido artigo.

Tal como aconteceu com as pesquisas com células-tronco, a tecnologia de reprodução humana artificial levantou uma série de questões que devem ser consideradas, das quais estão principalmente ligadas no âmbito da lei. Essas questões não precisam apenas ser discutidas e amplamente divulgadas para tirá-las da zona de isolamento onde residem atualmente.

A infertilidade já não é um obstáculo intransponível para o nascimento de uma criança, várias técnicas de inseminação artificial estão cada vez mais comuns e estão disponíveis para mulheres e casais que desejam ter filhos. O planejamento familiar e a decisão de inseminação artificial, no caso da reprodução natural não ser possível, é apenas para os diretamente envolvidos. Nas palavras da jornalista italiana Oriana Fallac (1975, tradução livre), a maternidade é "não uma profissão; nem mesmo um dever: é apenas um direito entre muitos outros".

Todavia, as divergências iniciam quando a Medicina evolui a ponto de uma criança poder nascer mesmo após a morte do pai.

Na atualidade, os debates sobre o direito de continuar herdando uma criança nascida por meio de inseminação artificial *post mortem* homóloga têm causado polêmica em sistemas judiciais no Brasil e no mundo. Apesar de que assunto não seja pacífico na doutrina brasileira e cada caso é analisado separadamente, o número de crianças nascidas

com técnicas de inseminação artificial cresce a todo momento no mundo, e os casos em que ocorre também após a morte são graças ao desenvolvimento da medicina. Por intermédio disso, a primeira decisão sobre o assunto foi tomada no Brasil em 2008 na forma de tutela liminar, e desde então o assunto não foi compreendido de forma uniforme no judiciário.

No primeiro capítulo iremos tratar das variações da reprodução assistida, no que tange a utilização da inseminação artificial *post mortem*. Já no segundo capítulo, irá ser debatido os direitos sucessórios, quanto ao ser que venha a nascer do procedimento de inseminação artificial, após a morte do cônjuge falecido, e por fim, os andamentos quanto ao posicionamento dos tribunais superiores referente a matéria que está em pauta no presente artigo científico.

## **1. A FILIAÇÃO NO QUE SE REFERE À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

O Código Civil Brasileiro de 1916 estabelecia a relação familiar em duas esferas, quais sejam legítima e ilegítima. A primeira contemplava as relações que se formavam segundo as normas legais, ou seja, sob a égide do casamento e, assim, eram resguardadas juridicamente. A segunda se referia às relações não provenientes do casamento e, portanto, marginalizadas na concepção dos direitos das partes envolvidas.

A forma como as relações se formavam era determinante sobre os direitos sobre paternidade que as resguardariam. Os filhos concebidos fora da constância do casamento, por serem considerados como ilegítimos encontravam-se em posição de desigualdade e desamparo legal em relação aos considerados legítimos, não havendo qualquer garantia de direitos.

Em contrapartida, o Código Civil de 2002 apresentou uma nova concepção de família e, conseqüentemente, de paternidade, na qual houve a equiparação de direito entre os filhos. Abandonando, portanto, os conceitos de legitimidade e ilegitimidade.

Embora o Código Civil reconheça e garanta a presunção de paternidade, o ordenamento jurídico é omissivo quanto aos direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial após a morte. Na ausência de previsão legal, para os filhos nascidos após a morte do pai, a regra geral deve ser aplicada, pois somente estão compreendidos na presunção de paternidade aqueles já gerados no momento da sucessão, ou seja, do falecimento do genitor. Diante disso, coloca-se a questão de saber se os filhos gerados após a morte têm direito à herança (FREITAS, 2022).

Por não terem sido concebidos durante o casamento, os filhos nascidos após a morte de um dos cônjuges mudaram o foco da discussão de questões de relacionamento entre pais e filhos para se concentrar no debate de consentimento e decisões de direito

de primogenitura. Pode haver divergências sobre paternidade e direitos na avaliação da ordem sucessória, uma vez que a viúva dá à luz ao filho do falecido, e os direitos entram em vigor imediatamente se ela obtiver o consentimento informado (SARDINHA, 2017).

Portanto, torna-se necessário debatermos acerca das questões de presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida *post mortem*, para isso, é essencial que se entenda como esse tipo de reprodução surgiu e se desenvolveu ao longo da história, o que pode ser visto a seguir.

### 1.1 ORIGEM E CONCEITO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

É de conhecimento geral, que a reprodução humana sempre foi um assunto que gera e continua a gerar muita divergência de ideologias e curiosidade, principalmente ao longo dos anos, com o advento da tecnologia e as inovações na medicina de forma geral. Ou em nosso cotidiano, pois tal assunto não aguça somente a curiosidade, mas influencia diretamente no contexto social e cultural da sociedade, vez que a cada lapso temporal surge uma novidade a respeito disso, seja para se ter uma qualidade de vida melhor e mais segura, no que tange a questão de gerar um filho, como o surgimento de novos contextos na Lei e na ciência para a realização, muitas vezes de um sonho. Pode-se dizer assim, a respeito daqueles que apresentam alguma deficiência ou impossibilidade de gerar um filho nos aspectos naturais.

Na Grécia e em Roma Antiga, um dos principais objetivos da fertilidade era a procriação. As mulheres inférteis podiam ser rejeitadas por seus maridos, pois a infertilidade era motivo de degradação familiar podendo, inclusive, invalidar um casamento por ser considerada como um defeito inaceitável. As mulheres inférteis eram consideradas amaldiçoadas e deveriam ser banidas da vida social. A fertilidade, por outro lado, está associada aos conceitos de alegria, abundância e dons divinos (ALBUQUERQUE, 2008).

De acordo com Amaral (2018), o primeiro marco da reprodução assistida no Brasil foi o nascimento de Anna Paula Caldeira em 1984. Ela foi a primeira criança na América Latina a ser produzida por fertilização *in vitro* (FIV) e nasceu 6 anos após o nascimento da primeira paciente do mundo, Louise Brown, no Reino Unido. Mas tudo começou em meados da década de 1890. Walter Heape, também da Universidade de Cambridge, Reino Unido, relata a primeira transferência de embriões (TE) entre espécies de coelhos, resultando em descendentes saudáveis.

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas utilizadas pela medicina especializada para ajudar pacientes a terem filhos. Por este método, a manipulação de

pelo menos uma enzima gameta do aparelho de fertilização proporciona condições ideais para que o processo decorra conforme planejado (BARREIRAS, 1997).

Existem dois tipos de reprodução humana assistida, a inseminação artificial, que envolve o procedimento no próprio corpo da mulher, e a fertilização *in vitro*, uma técnica laboratorial que ocorre fora do corpo da mulher. A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida na qual o sêmen é passado diretamente para a cavidade uterina da mulher durante seus anos reprodutivos, aumentando assim as chances de gravidez, principalmente em casos de infertilidade (FREITAS, 2022).

Dessa forma, a reprodução humana assistida é o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução de problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada. (FRANÇA, 2001)

A seguir, iremos discorrer acerca dos tipos de inseminações artificiais disponíveis, bem como dos efeitos jurídicos no que se refere aos direitos sucessórios no ordenamento jurídico.

## 1.2 TIPOS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

As técnicas de reprodução assistida podem ser divididas entre duas categorias, a homóloga, quando é utilizado o semêem do próprio companheiro ou então utilizar-se da reprodução heteróloga, quando é utilizado o material genético para tratar-se de um terceiro doador.

A inseminação artificial envolve a introdução de espermatozoides no útero sem relação sexual com a ajuda de métodos mecânicos e recursos médicos. A inseminação artificial pode ser dividida em homóloga e heteróloga. A inseminação homóloga é a inseminação com o esperma do marido ou parceiro. Quando o material genético do marido ou parceiro não é usado para inseminação artificial, é chamada de inseminação heteróloga (BARREIROS, 1997).

A inseminação homóloga é um tipo de fertilização que utiliza os gametas masculino e feminino de um casal que se interessa por esse processo de fecundação, sejam eles casados ou vivam em união estável (FREITAS, 2022).

A referida inseminação artificial, apresenta-se nesse contexto de forma mais branda com relação a inseminação heteróloga, uma vez que envolve somente o material genético do casal, ou seja, não há um envolvimento de terceiros nessa relação. Partindo na ideia da presunção de paternidade, nos moldes do artigo 1597 do Código Civil, contudo, tem-se a necessidade de autorização expressa do de cujus, à luz da Resolução CFM, artigo 1, inciso IV.



Quando elaborado os referidos dispositivos, em especial no tocante às técnicas de reprodução, o legislador, como ora já mencionado, optou por não adentrar e aprofundar melhor as técnicas, criando um impasse ainda maior, sobre a forma que ocorreria a tutela e resguardaria o interesse *post mortem*. Diante disso, cria-se o imbróglio, pois o legislador não fez qualquer menção de necessidade de prévia autorização do marido, para que a esposa possa utilizar o seu sêmem, bem como não houve indicação se a mulher necessitaria manter o estado de viuvez para o seu uso (FREITAS, 2022).

A utilização do material genético do marido somente é permitida diante da sua expressão de vontade e enquanto estiver vivo, pois a titularidade de partes destacadas de seu corpo apenas lhe incumbe. (MADALENO, 2013).

É imprescindível o consentimento livre e esclarecido das partes, com s finalidade de proteger a dignidade dos seres humanos envolvidos, inclusive da prole a nascer. (BERALDO, 2012).

Observa-se que, mesmo com a omissão legislador no que tange a autorização do de cujus para dar andamento nos procedimentos da reprodução assistida, principalmente a homóloga, tem-se posicionamento a respeito do respectivo assunto a exigência de uma autorização expressa do de cujus para que ocorra a procriação, não apenas por uma questão de proteção de direitos, mas também para se ter um respaldo jurídico mais efetivo.

A inseminação artificial heteróloga, uma das tecnologias de reprodução assistida, tem sido criticada pelo uso de material genético de terceiros, causando disputas judiciais, insegurança jurídica para marido e mulher e até mesmo batalhas morais até certo ponto, porque um terceiro está envolvido na relação conjugal do casal (FREITAS, 2022).

É notório que o assunto em questão traz uma grande insegurança jurídica por ser de certa forma uma novidade no contexto social e legal, pois a sociedade é dinâmica e o Direito e as leis têm a difícil tarefa de acompanhar as diversas mudanças que se ocorre no cotidiano e ao longo dos anos. Referente à inseminação artificial heteróloga, esta é, um instrumento novo que surgiu tanto no cenário social como jurídico, mas sua aplicação, principalmente na esfera jurídica, é complexa, em razão do envolvimento de terceiros em uma relação jurídica e social com pouco respaldo legal.

Essa metodologia sofre bastante crítica, em razão de diversos desdobramentos, tanto de ordem jurídica, quanto de ordem moral, em razão da intervenção de um terceiro na relação conjugal, não tendo sido abordada de forma aprofundada pela legislação sobre a temática. Um dos imbróglis pode ser exemplificado nos casos em

que o filho proveniente da inseminação tenha o interesse em conhecer o doador do material, o que pode é definido como “o pai biológico”. A situação acima exemplificada esbarra num impasse, visto que aquele que doa o material genético à inseminação é resguardado pelo sigilo (FREITAS, 2022).

É do saber de todos que a situação apresentada no posicionamento de Freitas não está distante da realidade cotidiana de todos, pois muito embora se tenha a questão do sigilo assegurada pela lei, e, além disso, a lei assegura todas as prerrogativas em favor de quem é dado como pai, no que tange ao filho concebido por inseminação artificial. Trata-se, contudo, de relações sociais permeadas por seres humanos nutridos por sentimento, que muitas vezes dificulta a aplicabilidade de uma legislação eficaz para ambas as partes envolvidas nesse contexto.

A inseminação *post mortem* é uma técnica que consiste na inseminação da mulher com sêmen de marido já falecido. Por não ser considerada homóloga nem heteróloga, pode ser chamada, também, de intermediária e, é uma técnica de criopreservação do material genético de um marido ou parceiro, usando o sêmen do parceiro para permitir que a esposa produza um filho a partir do material criopreservado, mesmo após a morte. Essa operação era improvável ou mesmo impossível décadas atrás, mas com os avanços da biotecnologia, é possível que os casais tenham filhos mesmo após a morte do marido (FREITAS, 2022)

Muitos países regulamentam e legalizam o processo de doação de órgãos e tecidos para pacientes com morte encefálica, incluindo o Brasil, por meio da Lei 9.434/97 e a Resolução 1.480/97. Nesse processo, além das dificuldades trazidas pelo tema, os médicos também enfrentaram a solicitação de suas esposas ou familiares para a coleta do material genético para serem utilizados na concepção, ou seja, o sêmen. Essa situação incomum aumenta o risco de conflito moral significativo entre profissionais médicos, esposas/requerentes e famílias, produz direitos da criança e questiona a coleta e uso de materiais póstumos (SARDINHA, 2017).

Nesse diapasão, é imprescindível ressaltar que, no ordenamento jurídico atual, três principais critérios são determinantes para a presunção de paternidade, quais sejam, o critério jurídico/legal, que tem como fundamento a presunção de paternidade relativa, fixada pelo legislador em dispositivo legal; no que se refere ao critério biológico, esse está intrinsicamente ligado ao vínculo genético e, por fim, o critério baseado nos laços de afeto formado pela convivência entre as pessoas envolvidas, ou seja, socioafetivo (FARIAS, 2017).

O ordenamento jurídico brasileiro carece de dispositivos legais que determinam os efeitos sucessórios para os filhos concebidos por meio da reprodução assistida *post mortem*, isso gera instabilidade e vários conflitos, que serão abordados a seguir.

## **2. DA FILIAÇÃO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA "POST MORTEM" E OS EFEITOS SUCESSÓRIOS**

Apesar do tema de pesquisa ter bastante respaldo no Código Civil de 2002, principalmente pelo direito de sucessões, que, como relatado anteriormente faz grande interferência, pois com o advento do novo Código Civil de 2002 e da Constituição Federal Brasileira de 1988, mais especificamente com a habilitação do art. 227, § 6º, o direito de sucessão teve um novo direcionamento, no que tange a filiação. Esse posicionamento foi ainda mais fortalecido pelas previsões estabelecidas pela Lei de Introdução ao Estudo do Direito, mais especificamente em seu artigo 4º, quando se utiliza a analogia com os artigos 1.799, I e 1.800, § 4º do Código Civil de 2002, nos casos que se tem uma lacuna a respeito da sucessão testamentária.

Cumprido ressaltar que o Direito de Sucessão é o ramo responsável pelas normas jurídicas de regulamentação e fiscalização das relações referentes ao patrimônio de uma pessoa falecida, ou seja, determina a destinação à terceiros dos bens deixados após a morte de seu titular.

No ordenamento jurídico do Brasil nota-se uma escassez de normas específicas para garantir os direitos das crianças decorrentes da fecundação *post mortem*. Nosso ordenamento jurídico não é suficientemente normativo e nem mesmo a própria sociedade está se posicionando sobre essa questão.

Por isso o presente tema de pesquisa é relevante, pois está cada vez mais frequente a ocorrência desta situação, e isso torna cada vez mais difícil aos operadores do Direito no que tange a aplicabilidade na sucessão aos filhos concebidos após a morte do genitor, sujeitos de direitos e deveres.

### **2.1 DOS DIREITOS INERENTES À FILIAÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não apenas prevê a igualdade de homens e mulheres perante a lei, sem distinção de qualquer espécie, mas também estipula que todos os filhos devem ser tratados de forma igualitária, independentemente de sua forma de filiação. Ademais, o próprio Código Civil de 2002 reconhece em seu artigo 1.597, inciso III, a filiação oriunda da concepção por inseminação artificial homóloga póstuma.

Não obstante, quando vista na condição de filho, reconhecido como tal pela sociedade e pela família em que vive, ou seja, nas relações sociais, as necessidades da

criança tais como alimentação, moradia e educação são atendidas. Formar uma criança como um ser humano talvez seja uma das mais valiosas tarefas e traz-lhe o maior benefício, mas nem a lei nem o sangue podem garantir isso. Talvez a verdadeira ligação, segundo o artigo 227 da Constituição Federal, esteja na dedicação e acuidade, e não na fonte do sêmen (SARDINHA, 2017).

Assim, é natural pensar que os devidos direitos devem ser conferidos às pessoas concebidas após a morte, tanto no âmbito familiar quanto no direito sucessório. Ele não é nem mais nem menos do que os demais filhos, e sua dignidade e direitos devem ser reservados desde o momento de sua concepção (FABRE, 2014).

Em contrapartida, a norma civilista estabelece em seu art. 1.798 que é legítima "a pessoa nascida ou concebida no início da sucessão", donde decorre que, por força de diploma estatutário, não terá direito a ser legal após a morte de seus pais herdar. Em outras palavras, o doutrinador concebeu a possibilidade de a mãe e os profissionais que executam a técnica serem responsabilizados civilmente por danos materiais ao filho por não receberem a herança do pai, pois seriam responsáveis por sua concepção (REZZIERI, 2015).

Segundo essa corrente, tanto a maternidade e quanto a paternidade só pode ser concebida com a anuência de ambos os envolvidos, nesta senda, a reprodução assistida *post mortem*, é manifestação unilateral da vontade, sendo suprimida a vontade expressa da outra parte, no caso, o falecido.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários princípios surgiram para nortear o direito. Dentre eles, destacam-se o princípio da igualdade dos filhos contido no art. 227, Capítulo 6 da CF.

Este princípio reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana que é o princípio fundamental da Constituição acima mencionada, ou seja, sustenta todos os outros princípios, portanto toda discriminação expressamente prevista no Código Civil de 1916 é descontextualizada e deve ser removida. e lutar de acordo com os princípios acima.

Portanto, uma vez que o filho tem um pai, ele deve ser tratado como qualquer outro filho do mesmo genitor, incluindo não apenas, mas principalmente, a herança legal, que é consequência direta e obrigatória da sucessão e não há espaço para interpretação. (FABRE, 2014)

No entanto, se um embrião for implantado, os direitos dos pais têm precedência sobre os direitos reprodutivos, e a criança deve ser reconhecida mesmo contra a vontade do pai. A estrutura da relação entre pais e filhos dada pela Constituição impede qualquer forma de tratamento diferenciado dos filhos com base na origem, não existindo quaisquer

barreiras quanto à determinação da relação pais-filhos e proibindo a fixação de restrições em relação aos direitos de filiação, seja ela qual for.

## 2.2 DIREITO DE SUCESSÃO INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Cumpra nos esclarecer que sucessão não se trata de sinônimo de herança, uma vez que o ato de suceder ocorre, tanto por ato entre vivos, quanto em função da morte de um titular de bens e direitos. Já herdar, remete-se à transmissão de direitos e obrigações de um falecido à terceiros.

Ao preceituar o Art. 1.798 do Código Civil de 2002, o legislador não se atentou ao avanço na reprodução humana assistida, tendo em vista que menciona que terá garantias de direitos sucessórios os que, direitos que estavam previstos no início da herança, pois as disposições atenuam sido concebidos na data da abertura da sucessão. Tal menção é causa de conflito entre direito de família e herança direito em diferentes áreas da relação jurisprudencial (FREITAS, 2022).

Ao conceder à mulher o direito de inseminar artificialmente o sêmen do marido falecido, deve-se conceder à criança todos os direitos inerentes como se tivesse nascido por reprodução natural. Portanto, parece inconcebível que, uma vez que a criança nasceu, tenha havido qualquer discussão sobre suas origens. Assim, é inadmissível que, uma vez reconhecida sua paternidade, ela perca seus direitos naturais de herança para quaisquer outros filhos dos mesmos pais. (FABRE, 2014)

Considerando que os embriões são seres concebidos, a doutrina diverge quanto ao tema de análise, ou seja, o direito de sucessão dos filhos nascidos de embriões implantados no útero após o momento da morte do progenitor. Neste caso, distinguem-se duas hipóteses. Se o embrião criopreservado já existe no momento da morte do autor do espólio, mesmo que demore muito tempo, esse embrião é implantado no útero da mãe, e seu nascimento vivo lhe confere a capacidade de herdar. (SOUSA, 2014)

Essa intenção seria uma expressão implícita de vontade, extraída das ações dos mortos, que passaram por todos os procedimentos necessários e exaustivos para preservar seu material biológico. Caso não quisesse que o autor utilizasse seu sêmen, poderia manifestar sua vontade ao assinar o contrato com a clínica de reprodução assistida. Presume-se que, não é uma atitude comum um homem armazenar seu material genético à toa em um banco de sêmen. Se ele o mantém, ele tem uma intenção, que só pode ser presumida como a intenção de reprodução.

No entanto, se ainda não houver embriões no início da herança, mas apenas gametas criopreservados do falecido, uma vez que esse material genético tenha sido usado para a concepção, a pessoa não terá nenhum direito de herança relacionado ao espólio do provedor de sêmen congelado, isto porque o filho ainda não havia sido concebido no momento de sua morte. (SOUSA, 2014)

Importante destacar que há uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de se reconhecer a capacidade sucessória em si dos filhos havidos na forma de reprodução assistida *post mortem*.

Há uma parte da doutrina que entende não ser possível a concessão da capacidade sucessória a esses filhos. Defendem que para que possam possuir o direito de herdar, devem já estar concebidas no momento do óbito de seus genitores. Entendem, ainda, que a possibilidade de se atribuir capacidade sucessória a esses filhos configuraria uma insegurança jurídica, uma vez que teria de haver reabertura do inventário (PINTO, 2008).

No entanto, outra corrente doutrinária defende ser possível a concessão de capacidade sucessória aos filhos havidos após a morte do *de cuius* através de inseminação artificial homóloga *post mortem*, desde que tenha autorização expressa dele para tanto (PINTO, 2008).

Essa parcela da doutrina entende que os direitos sucessórios decorrem unicamente da filiação, pouco importando qual tenha sido o momento da concepção. Fato é que tanto aqueles que são favoráveis quanto os que são contrários defendem que a reprodução assistida *post mortem* deve ser evitada, pois pode gerar muitos problemas psicológicos para essa criança que virá ao mundo (PINTO, 2008).

Insta consignar que a lei é omissa quanto a este fato, isto é, não há previsão legislativa sobre a possibilidade – ou mesmo a impossibilidade – de reconhecimento de capacidade sucessória ao filho oriundo de uma reprodução assistida *post mortem*.

Entre os princípios constitucionais que podem ser mencionados frente à concessão dos direitos de suceder da criança fruto de inseminação *post mortem*, estão os princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade, igualdade dos filhos, melhor interesse da criança e livre planejamento familiar. (REZZIERI, 2015)

Vale mencionar que é justamente o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, que permite o reconhecimento dos direitos sucessórios dos filhos havidos na forma de reprodução assistida *post mortem*.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já entendeu pela concessão de capacidade sucessória a um filho havido da referida forma, pois a Carta Magna prevê o princípio da igualdade entre os filhos (BRASIL, 2014).

Entendeu o aludido Tribunal que ainda que o Código Civil não preveja essa forma de capacidade sucessória, o fato de a Constituição Federal dispor sobre esse princípio autoriza a concessão de direitos sucessórios a esses filhos (BRASIL, 2014).

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e do livre planejamento familiar protegem os direitos dos cônjuges sobreviventes de dar continuidade ao planejamento e proteção do material biológico que começou com a vida de duas pessoas: ter um filho.

Na ausência de legislação aplicável, o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas Jurídicas, análogo aos artigos 1.799-I e 1.800-4 do Código Civil, podem ser tomados como ponto de partida, uma vez que regulamenta a sucessão testamentária e dispõe sobre a finalidade de preservar o direito de herança das crianças não concebida, por um período de até dois anos. Tal prazo parece razoável, pois não importa qual seja o direito de herança, ele não pode ser preservado parcialmente para a eternidade. Desta forma, a viúva tem tempo suficiente para decidir conceber após a morte e começar a tentar conceber sem prejudicar os outros herdeiros. Se a criança não estiver concebida no final deste período, os demais herdeiros terão direito a uma parte reservada. (FABRE, 2014)

A verdade é que não importa quantos casos sejam resolvidos por analogia ou qualquer outra forma de preenchimento de lacunas, sempre faltam leis que regulem melhor a matéria. Idealmente, a ordem existente seria discutida e analisada para criar normas que trouxessem respostas a essas questões para abordar todas as questões sociais e acadêmicas no campo dos métodos de reprodução assistida.

O Superior Tribunal de Justiça entende pela possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*, desde que o cônjuge falecido tenha deixado uma autorização para tanto, através de um testamento ou de um documento análogo. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO,

DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DDE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOSO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

[...]

5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017 prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.

6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresse consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

[...] (BRASIL, 2021).

Nesta oportunidade, reconheceu o referido Tribunal Superior que o filho havido através de reprodução assistida *post mortem* teria todos os seus direitos sucessórios garantidos.

Além disso, não há necessidade de falar de egoísmo sobre uma criança nascida sem pai, porque mesmo que o pai esteja vivo no momento da concepção, não há garantia de que a criança estará viva nove meses depois de nascido. Mesmo vivo, não há garantia de que será um pai amoroso, muito menos presente, uma ausência que o equipara à condição de pai falecido.

Como o artigo 1.597, III, do Código Civil brasileiro reconhece a relação pais-filhos dos filhos nascidos por inseminação artificial homóloga, este método de reprodução é presumido mesmo que o marido esteja morto. Apesar das divergências na doutrina e na jurisprudência quanto aos direitos das viúvas ao material genético do



falecido, é geralmente aceito que há presunção de paternidade quando a criança engravida (FABRE, 2014).

Negar os devidos direitos sucessórios das crianças concebidas por inseminação artificial homóloga póstuma equivale a regredir ao ordenamento jurídico anterior, onde ainda prevalecia a discriminação entre as crianças.

No entanto, considerando a concepção por inseminação artificial homóloga póstuma, a questão desloca-se para o domínio do direito sucessório. O princípio constitucional da igualdade, que se estende ao direito de família, pois o princípio da igualdade de tratamento dos filhos, juntamente com o princípio do melhor interesse da criança, constitui a base para a proteção dos incapazes, que será sempre mais forte do que a divisão herdar.

### **3. DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS**

Muito embora o tema de pesquisa tenha respaldo em sua maioria pelo entendimento dos tribunais, algumas turmas recursais demonstram por meio de julgados que o referido caso ainda não está pacificado, pois há uma discrepância entre as decisões no que tange a autorização do material genético do de cujus para o procedimento de inseminação artificial, como bem demonstra os julgados abaixo.

Em uma decisão de primeiro grau, proferida pela 7ª Vara de Família de Brasília foi autorizado o procedimento para realização do ato de procriação póstuma assistida dessa decisão houve recurso. Ao apreciar o recurso do hospital que preservou o sêmen criopreservado, a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do distrito Federal e territórios, por maioria de votos, reverteram a decisão e negaram o direito pleiteado pela viúva, entendendo que não havia provas suficientes nos autos para demonstrar a intenção do falecido (*de cujus*) de liberar o uso de seu material genético caso viesse a falecer.

O contexto fático dessa decisão relata que no ano de 2007, a recorrida por ter mantido união estável por 14 anos com o companheiro, falecido de câncer, alegou que o casal havia tentado engravidar durante a união a mulher (não identificada, por sigilo judicial) razão pela qual recorreu à Justiça para obter autorização para liberação de material genético do *de cujus* criopreservado para realização do ato de procriação póstuma assistida. (FABRE.2014)

Uma outra decisão, proferida em maio de 2010, pela 13ª Vara Cível de Curitiba, autorizou a professora Katia Lenerneier, de 38 anos, temporariamente (liminarmente) a tentar engravidar com o esperma congelado do marido falecido em fevereiro do mesmo ano, vítima de câncer de pele.

O caso em questão narra que o casal estava casados há cinco anos e tentavam engravidar há três anos quando Roberto Jefferson Niels ficou surpreendido com a descoberta do melanoma. Devido ao risco de infertilidade, este decidiu seguir o conselho do seu médico em congelar seu espermatozoides antes de iniciar o tratamento de câncer. Como nem o laboratório nem o Conselho Regional de Medicina desejavam autorizar o procedimento pois não havia consentimento expresso de Roberto para usar o sêmen após sua morte, Kátia acionou a justiça. Ela recebeu permissão e oito meses após a morte do marido ficou grávida de uma garotinha. Luiza Roberta nasceu em junho de 2011 com peso de 3 kg. Foi à primeira concepção conhecida no Brasil por inseminação artificial *post mortem* homóloga, e a criança tinha direito à descendência. (BRASIL. 2010)..

O clímax do referido assunto está ligado diretamente à autorização expressa do de cujus para a utilização do seu material genético, após a sua morte. Essa questão já foi mencionada anteriormente sobre o polo do posicionamento doutrinário, que em sua maioria entende ser necessário uma autorização expressa de vontade do de cujus para o procedimento.

No entanto, a inseminação artificial *post mortem* sobre o foco social, é uma novidade, assim como, um assunto de foro íntimo, principalmente entre os cônjuges, que na prática dificulta provar, principalmente a vontade do de cujus, em relação à vontade do cônjuge sobrevivente em constituir família, já que assuntos dessa natureza não se tem o costume social de deixar expresso o animus de constituir família.

Outra situação que apresenta essa lacuna legislativa, no que tange a viabilidade da inseminação artificial *post mortem*, é uma apelação cível (47.2020.8.26.0510), interposta por Debora Baboni Dominiquini, em 09 de fevereiro de 2021 ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com o objetivo de conseguir a autorização judicial para utilização do material genético de seu marido (de cujus) para a inseminação artificial. (FABRE.2014)

Uma vez que, este era policial, foi baleado em frente a residência que morava, vindo a óbito em razão disso. Como os cônjuges não tinham filhos, a referida viúva veio em prol da autorização da inseminação artificial. Mas o tribunal negou provimento sob o argumento de que o material genético não foi fornecido pelo de cujus, mas sim recolhido após o óbito, ou seja, não se teve demonstrado a prévia autorização expressa por escrito do de cujus.

No recurso de Apelação Cível (nº 0100722-92.2008.8.07.0001), a 3ª Turma Cível do Tribunal do Distrito Federal e Territórios decidiram por maioria em setembro de 2021 contra a utilização do material genético pela viúva. No entanto, alguns fundamentos das decisões dos desembargadores podem ser extraídos para contribuir para o debate em relação ao tema de pesquisa. Pois o desembargador Getúlio Moraes Oliveira explicou que,

em sua opinião, o direito à herança do nascituro é óbvio, mesmo que a lista seja encerrada na concepção. Para ele, "desde 1912, antes do antigo Código Civil, o Supremo Tribunal Federal estabelecia a noção de que os filhos têm parte na herança, ainda que contingente". (TJDF – 3ª Turma – APC 2008 01 1 149300-2 0100722-92.2008.807.0001– Relatora: Nídia Corrêa Lima– Publicação: 23/09/2014).

Ainda haveria espaço para os herdeiros chegarem a um acordo sobre o conceito de herança e a consequente divisão. A juíza Nídia Corrêa Lima foi além, declarando que o sonho daquela viúva de ter um filho com o companheiro com quem viveu tantos anos e fez tantos planos, não pode ser frustrado. Para ele, o fato de a falecida ficar com o material genético seria uma prova da intenção de constituir família com o companheiro. A relatora também entendeu que a questão da herança não poderia impedir o nascimento desta criança, pois teria um propósito claro e o direito de conceber a criança.

Essa intenção seria uma declaração tácita de vontade decorrente do comportamento do falecido quando ele passa por todas as medidas necessárias e exaustivas para preservar seu material biológico. Se ele não quisesse que o seu material genético fosse usado pelo cônjuge sobrevivente, este poderia manifestar sua vontade para a clínica de inseminação artificial. No entanto, isso não aconteceu, e embora estivesse em tratamento de uma doença grave, ciente do risco de morte, deixou o material genético em um banco de sêmen. Segundo a relatora, não seria uma atitude geral de um homem deixar sem rumo seu material genético em um banco de esperma. Se ele o mantivesse, serviria a um propósito que só pode ser considerado a procriação.

Apesar de no presente trabalho frisar-se intensamente sobre a autorização expressa do de cujus para a utilização de seu material genético após a sua morte, que em sua maioria é pleiteada pelo cônjuge sobrevivente. Teve-se a ocorrência de um caso no qual o cônjuge sobrevivente conseguiu por meio de liminar a retirada do sêmen do de cujus após a morte, ou seja, não se teve a realização de uma autorização prévia. Porém houve uma excepcionalidade no caso em questão, em razão, do de cujus ter falecido em razão de um aneurisma cerebral, e este não teve o tempo cabível para deixar sua vontade intitulada de forma expressa.

Ressalte-se que a decisão foi aplicada apenas para a retirada do material genético, que pelo aspecto jurídico é uma evolução considerável, e a real necessidade da respectiva liminar foi atendida, porque o sêmen não resistiria muito tempo no corpo do de cujus, com isso, sendo necessário realoca-los para um banco de criopreservação.

É sabido que a matéria não envolve somente um assunto que é novidade no meio social e jurídico, mas também uma questão emocional entre os envolvidos que o Direito ainda não consegue atender de forma ampla e eficaz, ou seja, é um assunto que

tem muitas lacunas no aspecto legislativo, e isso tem que ser resolvido, como também se exige tanto do legislador como do julgador uma visão e conseqüentemente uma sensibilidade mais voltada para a questão existencial em suas decisões.

Pois esses casos de inseminação requeridos na ala judicial, de forma geral são aqueles, em que um casal ao longo de sua união estável ou conjugal não concebeu herdeiros, e infelizmente por uma fatalidade ou doença grave um dos conjugues ou companheiro venha a falecer e o sobrevivente tem o desejo de deixar o que representa ou representou a respectiva união que foi desfeita, por um evento natural (a morte) de forma consolidada no meio social, e a forma mais sólida ao qual uma união pode ser celebrada é por meio do fruto, ou seja, um filho.

## **CONCLUSÃO**

Embora tenhamos previsão sobre a possibilidade de inseminação artificial póstuma, o ordenamento jurídico é omissivo sobre como tal procedimento deve ser realizado, após a morte do de cujus o que levantou dúvidas sobre a necessidade de o doador (o de cujus) expressar especificamente a autorização para o uso do seu material genético. Isso o que causou uma enorme discordância doutrinária sobre a necessidade ou dispensa da autorização prévia.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e do livre planejamento familiar protegem o direito do cônjuge sobrevivente de continuar com os projetos que iniciou quando o falecido ainda estava vivo, e isso inclui obviamente a preservação do material biológico do falecido, casos estes tinham vontade de ter um filho. Além disso, não há necessidade de falar em egoísmo em relação a uma criança nascida sem pai, porque mesmo que o pai esteja vivo no momento da concepção, não há garantia de que ele estará vivo nove meses depois quando a criança nasce. Mesmo vivo, não há garantia de que seja um pai amoroso, muito menos presente, cuja ausência o equipara à condição de pai morto.

Enfim, deve-se lembrar que, apesar do silêncio da lei, projetos de lei estão na fase de elaboração e casos específicos são compreendidos não só no Brasil, mas em todo o mundo, e que a utilização do direito comparado é sempre uma alternativa enriquecedora para esses casos, quando se tem a falta de legislação nacional. Já é muito oportuno promover discussões sobre temas que possuem escassa bibliografia e jurisprudência, ainda mais quando esses temas na prática só aumenta no contexto social, conforme a medicina e a tecnologia avançam. A complexidade da sociedade nunca deve impedir o desenvolvimento do conhecimento, porque a prosperidade da ciência depende da complexidade da vida.

## **REFERÊNCIAS**

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos; FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. A reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2008. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3830>. Acesso em: 10/09/2022.

AMARAL, Adelino. 2017 marcou a história da reprodução assistida no Brasil. Publicado em 05/02/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/artigos/2017-marcou-a-historia-da-reproducao-assistida-no-brasil/>. Acesso em: 10/09/2022.

BARREIROS, Wilza Carla Folchini. **Procriação artificial post mortem: aspectos jurídicos e doutrinários**. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis/SC, 1997-07. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/236906>. Acesso em: 11/09/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1918421**. Quarta Turma. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1270115923/inteiro-teor-1270115925>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **APC 20080111493002**. 3ª Turma Cível. 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/141069792/inteiro-teor-141069826>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APC 20208260510**. Setima Câmara de Direito Privado. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1166993827/inteiro-teor-1166993843>. Acesso em: 19 nov.2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Direito Família. Notícia. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2206913/mulher-pode-ter-filho-de-marido-morto>. Acesso em 19 nov.2022.

FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga post mortem**. TCC (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis/SC, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/127075>. Acesso em: 05/11/2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: família**. 9ª. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

FREITAS, Adilson Ferreira. **Direitos sucessórios decorrentes de inseminação artificial post mortem**. Universidade Federal de Santa Catarina Centro de Ciências Jurídicas Departamento de Direito. Florianópolis/SC, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/233063>. Acesso em: 08/09/2022.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REZZIERI, Lorrana. Direitos hereditários do concebido "post mortem" no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise crítica a partir do sopesamento entre princípios sucessórios e constitucionais - TCC(graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis/SC, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/133838>. Acesso em: 05/11/2022.

SARDINHA, L. A. da C., *Et.Al.* (2017). **A coleta de sêmen post mortem para reprodução humana assistida e os direitos da criança**. Brazilian Journal of Transplantation, 20(3), 14–19. Disponível em: <https://bjt.emnuvens.com.br/revista/article/view/87/414>. Acesso em: 07/09/2022.

SOUSA, Priscila Meireles de. O filho havido por fertilização in vitro homóloga e implantado post mortem como sujeito de direitos sucessório e de filiação - TCC(graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis/SC, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/122334>. Acesso em: 05/11/2022.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões. 2012.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. Reprodução Assistida: Indeminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. **Recanto das Letras**, 31 mar. 2008. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>. Acesso em: 17 nov. 2022.

NOTA:

[1] Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado.

## **A DISPENSA DO PROCESSO LICITATÓRIO FRENTE AO ESTADO DE CALAMIDADE CAUSADO PELA COVID-19 E A INCIDÊNCIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES**

**EDMARA AZEVEDO ROCHA COELHO:**

Graduada em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão - UNISULMA8.

FRANCINE ADILIA RODANTE FERRARRI NABHAN

(orientadora)

**RESUMO:** Observa-se que o Brasil encara, há tempos, as terríveis consequências da corrupção sistematizada e instalada na administração pública em âmbito municipal, estadual e federal. Em virtude disso, o constituinte indicou a necessidade de processo licitatório para a contratação na administração pública nos termos da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993. Ocorre que, a nova Lei de Licitações publicada em 2021, a qual já se encontra em vigência, admite dispensa de licitação em casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência para a contratação conforme se evidenciou na pandemia do COVID-19, surgindo a seguinte problemática: em atenção aos casos de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos, existe alguma relação entre a dispensa de licitação para a contratação diante da decretação de estado de emergência ou de calamidade pública? O presente artigo científico, possui, portanto, o objetivo de analisar se houve ou não, casos de improbidade administrativa dos agentes públicos diante dessa flexibilização, durante a pandemia. A metodologia utilizada para tanto, trata-se do método qualitativo, exploratório e bibliográfico, visto que o trabalho se fundamentou na legislação vigente, na doutrina jurídica e em artigos científicos, encontrados em bases de dados como o Google Acadêmico e Capes. Assim, ao longo da pesquisa foi possível concluir que, embora a nova legislação tenha trazido benefícios para a sociedade e principalmente aos envolvidos no processo licitatório, a contratação direta corroborou com o aumento de casos de corrupção durante a pandemia em virtude da conduta improba dos agentes públicos.

**Palavras-chaves:** Processo licitatório. Lei de licitações. Improbidade administrativa.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA APLICABILIDADE. 3 ASPECTOS GERAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO. 4 A DISPENSA DA LICITAÇÃO EM RAZÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA. 5 O

---

8 E-mail: ed\_edmara@hotmail.com

CRESCIMENTO DOS CASOS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DIANTE DO PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente o mundo passa por uma severa crise sanitária em virtude da pandemia do COVID-19, causada pelo Sars-CoV-2. Diante das grandes dificuldades enfrentadas, seja no campo sanitário, econômico, social e político, no Brasil, ainda encarasse as terríveis consequências da corrupção sistematizada e instalada na administração pública, seja em âmbito municipal, estadual ou federal.

A tempos o Brasil passa por uma crise moral, sobretudo, no campo político, transcendendo a atualidade e caracterizando-se um problema corriqueiro impregnado na cultura política brasileira, o famoso “jeitinho brasileiro”. Diante disso, o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura que a administração pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios será pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Nessa seara, o constituinte indicou a necessidade de processo licitatório para a contratação na administração pública nos termos da lei, conforme o art. 37, XXI da CRFB/1988. A referida regulamentação foi feita por meio da Lei nº 8.666/1993 e, recentemente, mais precisamente no dia 1º de abril de 2021, fora publicada a nova Lei de Licitações, a Lei nº 14.133/2021 a qual já está em vigência.

Ocorre que em casos excepcionais, conforme se extrai de Brasil (2021), a lei admite dispensa de licitação, sobretudo, nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência para a contratação. Dessa maneira, a administração pública pode contratar diretamente sem a necessidade de licitar, o que pode corroborar com o aumento nos casos de corrupção em virtude da conduta impropria dos agentes públicos. Assim, surge a seguinte problemática: em atenção aos casos de improbidade administrativa por parte dos agentes públicos, existe alguma relação entre a dispensa de licitação para a contratação diante da decretação de estado de emergência ou de calamidade pública?

A presente pesquisa demonstra-se fundamental diante dos efeitos causados pela pandemia de COVID-19, a qual gerou, no Brasil, a decretação de estado de emergência ou de calamidade pública, por parte dos entes federados em quase toda sua totalidade. Com isso, o presente estudo relacionará o crescimento, ou não, nos casos de improbidade administrativa dos agentes públicos diante da flexibilização, leia-se dispensa de licitação, para as contratações. Desse modo, espera-se, com a pretensa pesquisa a agregação de



conhecimento à comunidade jurídica, bem como trazer conscientização social acerca das mazelas causadas pela má administração pública em sentido amplo.

Ademais, a escolha do tema se deu diante da situação pandêmica em que se encontra o mundo, refletindo efeitos no Brasil, bem como, por motivação pessoal, dada o contato diário com a administração pública e a forma como ela influencia no dia-a-dia do administrado. Em relação a metodologia empregada pra realizar o trabalho, destaca-se a abordagem qualitativa, a qual descreve uma relação entre o objetivo e os resultados que não podem ser interpretadas por meio de números (FERNANDES, 2018), posto que a análise sobre a flexibilização do processo licitatório frente ao estado de calamidade causado pela COVID-19 e a incidência de improbidade administrativa nas contratações realizadas durante esse período será feita por meio de uma interpretação subjetiva.

Quanto aos objetivos, a pesquisa possui cunho exploratório, uma vez que se fez imprescindível conhecer os aspectos gerais da nova legislação de licitações (14.133/2021), bem como, sua natureza, a forma como se constitui, as características e processos que dela fazem parte (LAKATOS; MARCONI, 2010). No que se refere ao procedimento técnico utilizado, a revisão literária do estudo denomina-se bibliográfica, por se basear no entendimento da legislação vigente, na doutrina jurídica e em artigos científicos, livros e periódicos encontrados em bases de dados como o Google Acadêmico e Capes.

Assim, ao longo do trabalho, será abordado, primeiramente, acerca dos princípios da administração pública arrolados na Constituição Federal de 1988, trazendo os seus conceitos e especificidades. Posteriormente, analisar-se-á as nuances da licitação e os casos de sua dispensa em razão de estado de emergência e de calamidade pública.

Em seguida, será abordado sobre as espécies de atos de improbidade administrativa e as especificidades de cada um desses atos, ao fim indicando o enquadramento diante das irregularidades cometidas ante a dispensa de licitação. E por fim, não menos importante, será relacionado o crescimento nos casos de pratica de atos de improbidade administrativa com a dispensa de licitação diante da decretação do estado de emergência ou de calamidade pública no período de pandemia de COVID-19.

## **2 OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA APLICABILIDADE**

Inicialmente, compreende-se que o Estado prevalece em face do indivíduo, isso porque o mesmo tutela o interesse da coletividade, e não os seus próprios interesses. Nesse sentido, há a necessidade de condução da sociedade sempre em busca do melhor interesse geral. Para isso, surge o Direito Administrativo como ramo do direito público, autônomo, que discute os princípios e as normas que regulamentam a função administrativa no Estado (MAZZA, 2019).

Assim, quando se fala em direito administrativo, faz-se necessário distinguir o seu regime jurídico – que é, em regra, ramo do direito público – e regime jurídico administrativo. O segundo, se trata de todo o conjunto de princípios e normas que atingem o direito administrativo. Nesse viés, Di Pietro traz uma importante distinção entre as expressões mencionadas acima:

A expressão regime jurídica da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime administrativa é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa (DI PIETRO, 2019, p. 203).

Para o estudo do direito administrativo, bem como das relações entre Administração e administrado, o regime jurídico administrativo faz-se essencial e é tido como elemento valioso na orientação e aplicação do direito (MARINELA, 2011). Dito isso, importa salientar que a doutrina elenca dois princípios implícitos, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ambos são tidos como supra princípios, e deles decorrem, logicamente, todos os outros princípios que serão estudados (MAZZA, 2019).

Tem-se por supremacia do interesse público sobre o privado como aquele que versa a superioridade dos interesses da coletividade, razão pela qual o a administração recebe da lei poderes especiais para agir. Conforme de Di Pietro (2019), tratam-se de prerrogativas ou privilégios que administração possui, com a finalidade de defender o melhor interesse da coletividade. Por essa razão, explica a autora, que esses privilégios se desdobram, por exemplo: “[...] a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia” (DI PIETRO, 2019, p. 204).

Já o supra princípio da indisponibilidade do interesse público assegura que os agentes públicos não são os titulares, ou seja, donos, do interesse pelo qual estão agindo. Isso significa dizer que os agentes não estão livre para atuar da forma que lhes parecer melhor, mas tão somente em conformidade com o mandamento legal. Dessa dualidade principiológica, implícita no ordenamento jurídico brasileiro, como já expresso, decorrem todos os outros princípios expressos, sejam constitucionais ou infraconstitucionais.

Desta feita, passa-se ao estudo dos princípios constitucionalmente previstos, também conhecidos como princípios explícitos ou expressos. A Constituição da República

Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu art. 37, caput, a disciplina de cinco princípios que fundamentam a Administração Pública, direta ou indireta, de todos os entes federados, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Município. São eles: o princípio da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência (BRASIL, 1988).

Em primeiro lugar, o princípio da legalidade na administração pública surgiu junto com o Estado de Direito, constituindo uma das principais ferramentas para a garantia dos direitos individuais. Isso porque ao mesmo tempo em que o Estado está constituindo esses direitos e garantias fundamentais, está, do mesmo modo, impondo limites à sua atuação, com fito de evitar arbitrariedades (DI PIETRO, 2019).

Tem-se que o princípio da legalidade é o mais importante dos que estão expressamente previstos. Sua relevância se justifica porque a Administração Pública só pode praticar o que está autorizado em lei. Não se pode confundir o princípio da legalidade administrativo com o princípio da legalidade geral que está disposto no artigo 5º, inciso II, da CRFB/88. Nessa, o indivíduo só é proibido de fazer ou obrigado a fazer se houver lei disciplinando, ou seja, se não há lei proibindo certo ato, o indivíduo pode praticá-lo. Já no princípio da legalidade administrativa, do artigo 37 da CRFB/88, na ausência de lei o agente público não pode atuar.

Em arremate, Marinela (2011, p. 31), assevera que:

De outro lado, encontra-se a legalidade para o direito público, em que a situação é diferente, tendo em vista o interesse da coletividade que se representa. Observando esse princípio, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, instituindo-se um **critério de subordinação à lei**. Nesse caso, a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal (grifo da autora).

Ademais, o princípio da impessoalidade estabelece que o agente público, no exercício de suas funções, deve abster-se de subjetivismo em face da defesa do interesse coletivo. Segundo Mazza (2019), impera um dever de imparcialidade, impedindo discriminações ou favoritismo, a fim de prejudicar ou beneficiar determinada pessoa. Pode-se afirmar ainda que, toda a atuação dos agentes públicos é atribuída ao Estado, em outras palavras, a atuação da pessoa física agente pública recai sobre a pessoa jurídica do Estado.

Conforme leciona Marinela (2011, p. 38), o princípio da moralidade “exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente”. O conceito de moralidade administrativa está intimamente ligado ao de bom

administrador. É importante ressaltar que a Constituição consagra o princípio da moralidade e ao mesmo tempo traz a necessidade de proteção e responsabilização dos agentes que atuam de forma amoral e imoral. Em razão disso, pode-se observar inúmeros mecanismos de responsabilização desses agentes, como, por exemplo, a Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa.

Em continuidade, o princípio da publicidade assevera que todos os atos da administração pública devem ter divulgação oficial. Tal princípio tem por objetivo a efetivação do livre acesso às informações pública pelo indivíduo, consagrando a transparências dos atos públicos, bem como a exteriorização de sua vontade. O último princípio arrolado no caput do artigo 37 da CRFB/88, é o da eficiência. Ele foi acrescido ao texto pela Emenda Constitucional nº 19/1998. Tal princípio apresenta dois aspectos, nas lições de Di Pietro (2019, p. 243):

[...] pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Cabe ressaltar que esses não são todos os princípios expressos no ordenamento jurídico brasileiro, havendo vários outros princípios, como o da autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade, motivação etc. Importa salientar que o regime jurídico administrativo abrange toda a Administração Pública, direta ou indireta, dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

### **3 ASPECTOS GERAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO**

Os princípios mencionados no tópico anterior não são apenas ferramentas hermenêuticas ou, dito de forma mais simples, critérios interpretativos colocados à disposição do exegeta em sua atuação cotidiana. Desde há muito, os princípios são considerados normas jurídicas dotadas de força coativa. Em obra seminal sobre o conceito de princípios constitucionais, Ruy Samuel Espíndola recorda que: "O primeiro a afirmar a normatividade dos princípios foi Crisafulli, que, em sólida conceituação, datada de 1952, acentuou o caráter de norma jurídica dos princípios" (ESPINDOLA, 1998).

Por meio de um contrato administrativo o particular celebra com a administração pública uma relação jurídica. O legislador para acompanhar as mudanças sociais e garantir a lisura no procedimento realizado nos processos de contratação realizado pelo governo, criou uma nova Lei de Licitação capaz de sanar irregularidade que vinham se perdurando nas contratações públicas (ROSILHO, 2013).

A Lei de licitações é conceituada por uma parte dos doutrinadores como excessivamente rígida. Porém, para entender melhor esse excesso de formalismo, é interessante a exposição de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, os quais explicam que ela foi influenciada pela busca de paradigmas éticos para Administração Pública, tendo sido criada em meio à discussão pública sobre vários escândalos de corrupção, que culminaram com o impeachment do Presidente da República (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012).

Nesse sentido, cabe aqui destacar que a criação de uma nova lei que está inovando nos procedimentos de contratação da administração pública tem a finalidade de coibir o fenômeno da corrupção que infelizmente tem se perdurado durante o tempo. Se torna necessário preceituar o fenômeno chamado "*rent-seeking*" pelo qual esse é analisado. Em conformidade com Maciel, o referido comportamento pode ser definido como:

(...) o dispêndio de recursos escassos na captura de transferências de riqueza, é prejudicial ao desenvolvimento de uma sociedade e ocorre quando os recursos são alocados politicamente, ao invés de pelo mercado. A corrupção, que pode ser definida como a venda, por funcionários públicos, de propriedade do governo para ganho pessoal, é determinada pela existência de poderes discricionários; pela existência de rendas econômicas consideráveis; e por uma probabilidade de detecção e punição relativamente baixa, e pode ser entendida como um comportamento de "*rent-seeking*" (MACIEL, 2005).

Gordon Tullock precursor dessa teoria, afirma que tanto no ponto de vista teórico quanto no empírico definiu-a como sendo o desembolso de recursos por indivíduos e grupos de interesse na obtenção de rendas criadas pelo Estado (TOLLISON, 2012).

A licitação é uma matéria técnica de diferentes opiniões. Há desde os que exaltam o fato de haver um processo mais controlado do ponto de vista normativo das futuras contratações do Poder Público, o que mostra muitos dos valores republicanos enfeixados também no princípio da impessoalidade, corolário da igualdade, até os que distinguem a licitação como um instrumento inócuo, que acrescenta formalismo estéreis e, conseqüentemente, pouco contribuiu para garantir nos negócios públicos a lisura que os procedimentos precisam.

Destaca-se, portanto, que a Lei Geral de Licitações e Contratos é a Lei 8.666/1993 (NOHARA, 2019). O legislador por vezes se encontra no embate doutrinário quando aborda a manutenção da Legislação que trata sobre o processo licitatório. Verifica-se inúmeros conceitos nos quais uns trazem o pensamento que há necessidade de grandes ajustes na

legislação, outro que já traz a ideia de junção das modalidades afim de flexibilizar processo dando maior espaço de discricionariedade.

Segundo expõe André Rosilho, além da possibilidade de fuga da Lei 8.666/93, por meio da fragmentação do regime de licitações por inúmeros regimes específicos, o que, em sua visão, compromete a racionalidade e o bom funcionamento das licitações, há ainda a perspectiva de substituição da Lei de Licitações por um diploma normativo menos procedimental e burocrático, que estabeleça limites à regulação jurídica, abrindo espaços para mais criatividade na gestão pública (ROSILHO, 2013).

Com relação aos doutrinadores que defendem que a legislação do processo licitatório, necessita apenas de alguns ajustes, sem necessitar de uma mudança mais emblemática, Gabriela Verona Pércio pensa: A grande maioria dos servidores públicos se sente mais segura com a prolixidade do texto normativo, detalhado e incisivo. Não estão preparados para uma lei mais sucinta, que os tornaria dependentes dos pareceres técnicos e jurídicos a todo tempo (PÉRCIO, 2013, p. 29).

Acontece que os doutrinadores que defendem esse ponto de vista afirmam que a lei de nº8.666/93, não é por si só responsável pelos escândalos de corrupção nas contratações. Devendo essa ser aperfeiçoada, afim de coibir as práticas de corrupção em sua utilização. As licitações e contratos administrativos são assuntos de extrema relevância, uma vez que, é por meio deles que a Administração Pública dispõe de insumos, materiais, serviços e obras para a realização de suas atividades (NIEBUHR, 2013).

A nova Lei nº 14.133/2021 atrai a atenção na medida em que promove mudanças no cotidiano de milhares de órgãos e entidades administrativas e nas milhares de empresas que contratam com a Administração Pública. É importante mencionar que o legislador não estabeleceu período de vacância, após sua publicação sair em 01 de abril de 2021, somente pontuou o prazo de dois anos até a administração pública adotar a nova lei em detrimento das que já eram usadas como a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº10.520/2002 e a Lei nº12.462/2001 (RDC), podendo essa escolher qual das leis utilizar. Tanto que o legislador enfatizou isso no artigo 191 da Lei nº 14.133/2021, que tem a seguinte redação:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso (BRASIL, 2021, online).

O período de dois anos mencionado anteriormente se trata do tempo que a administração pública vai dispor para ajustar o processo interno dos órgãos, qualificar os servidores afim de aplicar os estudos sobre a nova lei de licitação a lei nº 14.133/2021. É importante ressaltar que durante tal período a administração vai poder aplicar o novo regime, aplicar o antigo regime ou alternar o uso das duas leis.

A nova lei de licitação, estabelece, portanto, uma série de inovações dentre as quais estabelece procedimentos e obrigações para toda a administração pública nacional, não incluindo somente as estatais que são disciplinadas pela lei de nº13.303/2016. Em que muitas dessas obrigações e procedimentos são difíceis de serem executados pelos órgãos e entidades que possuem menos estruturas, como exemplo estão os municípios de pequeno porte. O artigo 176 dispõe que os municípios que possuem o total de 20 (vinte mil) habitantes devem cumprir as exigências dos artigos 7 e 8 da lei, relacionando dessa forma os responsáveis pelo processo de licitação e condução, quanto a obrigação de licitação eletrônica e a divulgação das regras.

Apesar de tudo isso, tal processo já era até realizado como bem demonstra o artigo § 3º 1º do Decreto Federal n. 10.024/2019. Dessa forma, é notório que qualificar todos os servidores para atuar com a nova redação da lei de licitação, será imprescindível, afim de ter todos os requisitos de lei cumpridos e de evitar a incidência em processo de improbidade administrativa. É importante mencionar que muitas são as dificuldades enfrentadas pelos gestores de municípios que ainda não tem um quadro de servidores capacitados para atuar com os procedimentos da nova lei.

Acontece que para trabalhar na qualificação desses servidores o município vai precisar de recursos, e infelizmente vão enfrentar muitas restrições financeiras. O artigo 176 da Lei de nº14.133/2021 no seu parágrafo único afirma que os municípios de até 20 (vinte mil) habitantes devem inserir no portal Nacional de contratações públicas todos os atos tocantes ao processo de licitações e contratos em âmbito nacional, o que representa uma forma de positivar e trazer maior transparência a todo procedimento. Cabe ressaltar que enquanto o município não se inserir nesse portal deverá utilizar o diário oficial para publicar os requisitos exigidos pela nova lei de licitação, além de ter que deixar disponível a versão física do processo no âmbito de suas repartições. Sendo que todo esse procedimento foi pensado justamente para garantir a transparência no processo de licitação.

Dessa forma é importante mencionar que o princípio da transparência é muito relevante para todo o processo de licitação, uma vez que assegura que ninguém favoreça de forma indevida e também para garantir que outros licitantes possam ter oportunidade e garantindo a publicação dos atos da administração pública.

## 4 A DISPENSA DA LICITAÇÃO EM RAZÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA

A dispensa de licitação ocorre quando o estado decreta o estado de calamidade pública, pois necessita celebrar contratos de maneira mais ágil afim de evitar todo procedimento que é realizado quando se tem esse decreto. Nesse contexto, por ser uma situação fora da normalidade o prejuízo já se encontra instalado, ao passo que com o decreto da calamidade pública o governo poderá celebrar contratos afim de garantir medidas urgentes.

Na prática, decretar estado de calamidade pública permitirá ao governo gastar mais do que o previsto com medidas, por exemplo para conter os efeitos da COVID-19, e de forma mais rápida. A Lei de Licitações, por exemplo, prevê dispensa de licitação nesses casos, "quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares" (NIEBUHR, 2021).

O artigo 75 da lei de nº 14.133/2021 dispõe sobre os casos em que pode ser realizado a dispensa de licitação, destacando-se os seguintes parágrafos:

Art. 75. É dispensável a licitação: I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

Art. 75. É dispensável a licitação: [...] II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; (BRASIL, 2021, *online*).

Com a proposta direta e o procedimento de dispensa de licitação a administração pública deve buscar a melhor proposta frente a situação passageira. Destarte, durante o estado de calamidade pública alguns servidores veem uma brecha para ilicitudes causando danos ao erário ou também o simples descumprimento dos princípios da administração, sem necessariamente gerar danos as finanças públicas, gerando uma corrupção administrativa com seu desvio de ato e corrompendo o princípio do ato administrativo, acarretando o enriquecimento ilícito (MAZZA, 2019).

Assim, a administração pública tem poder para licitar fechando contrato com as empresas para promover serviços e adquirir bens. Nesse sentido Mazza, preceitua que:

O supra princípio da indisponibilidade do interesse público enuncia que os agentes públicos não são donos do interesse por eles defendido. Assim, no exercício da função administrativa os agentes



públicos estão obrigados a atuar, não segundo sua própria vontade, mas do modo determinado pela legislação. Como decorrência dessa indisponibilidade, não se admite tampouco que os agentes renunciem aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem em juízo (MAZZA, 2019, p. 111).

Frisa-se que os princípios e os supra princípios desenvolvem nessa seara um papel de extrema relevância. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, que são norteadores para a criação de outros princípios, no qual se adequa o princípio da indisponibilidade do poder público. Ressalta-se que para o desenvolvimento da atividade administrativa só irá ser exequível se respeitado os princípios que regem a administração pública (NIEBUHR, 2021). Confirmando tal pensamento, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui o seguinte precedente:

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ENVIO DE DOCUMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. PREVISÃO DO EDITAL. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DA ISONOMIA.** A controvérsia cinge-se à análise da desclassificação de participante de certame licitatório, na fase de entrega de documentação, em razão de ter sido efetuada fora do prazo previsto no Edital. Considerando a ausência de previsão editalícia sobre a alegada suspensão do horário comercial, a existência de norma municipal passível de incidir, supletivamente, no caso, que a diferença entre o valor das propostas impetrante e da licitante vencedora não representa montante hábil a recomendar, sob o pretexto de atender ao interesse público, o afastamento do critério objetivo de atendimento ao prazo, bem como os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da isonomia, impõe-se o entendimento de que a lei municipal configura veículo normativo idôneo a colmatar a referida lacuna. Diante disso, face ao descumprimento da norma editalícia, mantém-se a desclassificação da impetrante. Desprovemento das apelações (BRASIL, 2020, *online*).

Portanto, o princípio da motivação é a razão pelo qual a administração pública deve motivar e fundamentar todos os seus atos ao licitar e contratar. Não bastando para tanto que as decisões sejam publicadas, mas que externem os motivos que a determinaram. Sem a motivação não tem como saber se a contratação foi por dispensa ou inexigibilidade de licitação, e se ela seguiu todas as exigências prevista na lei.

Nesse sentido, temos a interpretação exageradamente restritiva das hipóteses de dispensa de licitação que fez com que os autores Renato Geraldo Mendes e Egon Bookman Moreira, se propusessem a repensar “a contratação pública e o dever de licitar”: Quem é atuante na área de contratação pública se depara constantemente com a seguinte afirmação de que a licitação é a regra, e a dispensa e a inexigibilidade são exceções (MENDES; MOREIRA, 2016).

Mas, fato é que isso se tornou uma espécie de mantra na área da contratação pública ou uma frase pronta, que todos repetem sem refletir melhor sobre seu conteúdo. Ao afirmar que uma coisa é regra e a outra sua exceção, definimos uma ordem de prevalência de uma sobre outra. No entanto, esse não é o ponto mais relevante.

O maior problema se abriga em adotar a ideia de regra e exceção imaginando que há apenas um único pressuposto aplicável para toda a realidade normatizada. Com isso, passamos a crer, por exemplo, que o certo, o comum é licitar, e que não licitar é incomum, é errado. Cria-se, assim, uma ideia de que se valer da exceção é não fazer o que deveria ter sido feito. Gera-se a errada concepção de que se deveria evitar a dispensa e a inexigibilidade.

Mas é preciso dizer que não é nada disso. Primeiro, porque não há apenas um único pressuposto para definir o cabimento da regra e o da exceção. Segundo, porque a legalidade depende tanto da aplicação da regra quanto da exceção. Ademais, em razão de tal equívoco de concepção, amplia-se demasiadamente o dever de licitar e, por via de consequência, o cabimento da contratação sem licitação é reduzido consideravelmente (MENDES; MOREIRA, 2016).

## **5 O CRESCIMENTO DOS CASOS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DIANTE DO PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19**

Em tentativas de evitar a proliferação e o aumento de casos de óbitos em decorrência da pandemia do COVID-19, o Estado se viu com a necessidade de adquirir bens e serviços. Com essas obtenções é importante destacar o princípio da proporcionalidade para os atos administrativos. Considerando-se que ele evita os excessos e visa que a Administração Pública exerça e atue de acordo com suas limitações e satisfazendo a real demanda do interesse público.

Alguém, ou alguns, se aproveitando de vantagens para atingirem seus próprios objetivos, sem se importar com o dano causado ou se tal conduta é legal, não é algo novo para a população. No Brasil, a corrupção está concatenada dentro do seu percurso histórico. Dessa forma, os acusados no nosso país têm o amparo de diversas disposições

leais, como a presunção de inocência, direito ao contraditório e ampla defesa, devido processo legal e outros (NIEBUHR, 2021).

A Lei Federal de nº 13.979/2020, nomeada também como “Lei do Coronavírus”, procurou agilizar o processo de aquisições e compras para atender os itens necessários ao combate à pandemia. Para isso, entre outras necessidades, a lei instituiu uma nova modalidade de dispensa de licitação para compras e aquisições durante todo período de pandemia. Desde então, as dispensas, normalmente que deveriam ser uma exceção no direito administrativo e nas contratações da administração pública, têm se tornado uma realidade em basicamente todos os estados da federação.

A fiscalização dos contratos administrativos é de grande notoriedade para a Administração Pública e sociedade. O que não descarta que, com a decretação de estado de calamidade pública, os processos estão dispensados de licitar os que não possuem vulnerabilidade e adversidades, devendo dar celeridade às aquisições, porém, a flexibilização da dispensa de licitação pode acarretar uma deficiência da utilização dos recursos ou até uma ausência de observância das regras pertinentes (NIEBUHR, 2021).

Os desvios de dinheiro público destinados para municípios e estados comprarem insumos que ajudassem na pandemia, foram sendo descobertos com o trabalho dos órgãos de controle que levantavam muita falta de credibilidade sobre a boa aplicação do dinheiro por parte dos gestores. É válido ressaltar que mesmo com as dificuldades que muitos estados e municípios enfrentaram para coibir o avanço da pandemia também não foi visto com bons olhos por muitos órgãos de controle. Com isso destaca-se o artigo 4 da lei de nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (Lei do Coronavírus):

Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei (BRASIL, 2020, *online*).

Essa nova modalidade de licitação buscou facilitar o processo de licitação realizado pela administração pública não só de maneira nacional, como internacional. Ressalta-se que o artigo anteriormente mencionado sofreu alteração em sua redação a Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020 passando o referido artigo a vigorar nos seguintes termos:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional

decorrente do coronavírus de que trata esta Lei (BRASIL, 2020, *online*).

O período pandêmico fez com que muitos entes até legislassem sobre o tema, afim de facilitar o processo de compra, tendo em vista a excepcionalidade do momento afim de trazer celeridade no processo de contratações. Nesse contexto Adilson Abreu preceitua Dallari: “Começando pela parte final do que foi dito acima, é evidente que a dispensa de licitação não pode levar a uma contratação aventureira, insegura, ilícita e imoral” (DALLARI, 2003).

Não só o contratado deve ter idoneidade jurídica, técnica e financeira como o contratante deve estar atento aos princípios constitucionais (artigo 37 da CF) da impessoalidade e da moralidade. A contratação não pode ser um meio para socorrer amigos de situação ruínosa, nem de saldar dívidas das campanhas eleitorais. Nem pode haver contratação quando houver exigência legal de outros requisitos além da licitação, como é o caso, por exemplo, da situação do contratado perante o sistema de seguridade social (artigo 195, §3, da CF).

Infelizmente, muitos gestores tanto no âmbito municipal como no estadual, se utilizaram do dinheiro público para promover inúmeros escândalos de corrupção que tem sido descoberto dia após dia, investigação, por investigação. É notório que muitos se utilizaram da flexibilização da lei para beneficiar o próprio bolso, se utilizando do dinheiro público e aproveitando da situação de calamidade pública instaurada para honrar favores políticos e acordos que eram negociados durante o período de campanha eleitoral. Para Marçal Justen Filho:

“A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale à contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível” (FILHO, 2014, p. 391).

Desta forma, não é pelo procedimento ter se tornado flexível que ele não exija uma atenção sobre procedimento que é realizado no decorrer do processo para contratação, mas sim que deve ser tomado as devidas precauções afins de evitar o enquadramento na lei de improbidade administrativa. É importante mencionar que o artigo 15, 16 e 17 da lei de nº 8.429/92, pontua penalidades sobre os atos de improbidade e descreve o desempenho do tribunal de contas e do Ministério público na apuração desses atos.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de

procedimento administrativo para apurara prática de ato de improbidade. Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado danos ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts.822 e 825 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1992, *online*).

Tratar esse problema de corrupção que tanto traz atraso para a sociedade é tratar de um assunto relevante, e ainda mais, no que tange os atos de improbidade que foram destacados e que traz penalidades sobre os que o cometem durante o processo de licitação. Dessa maneira, fica muito clara a importância que os órgãos que fiscalizam como o dinheiro público tem sido utilizado desempenham. Além disso, o maior fiscal desta utilização deve ser o povo, ou seja, a sociedade que pode por meio dos portais de transparência acompanhar os contratos e com o que o dinheiro público tem sido gasto. O autor Joel Niebuhr aborda o princípio da moralidade por meio do seguinte preceito:

A moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira, para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade (NIEBHUR, 2013, p. 57).

Cabe ressaltar que a moralidade abordada nesse conceito não se trata da moralidade religiosa ou social, mas sim da que é prevista no ordenamento jurídico que é a legalidade a qual impõe graves sanções quando se pratica os crimes que importam no enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário, os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e também os que atentam contra os princípios da Administração Pública. Neste sentido, temos a seguinte decisão:

**DECISÃO.** (Empresário/Amazonas), por ocasião do Procedimento de Compras sem licitação, Processo n. 17101.011455/2020-77, que deu origem ao Registro de Dispensa de Licitação (RDL) n. 047/2020), teriam cometido ou participado dos seguintes crimes: 1) dispensa de licitação sem observância das formalidades legais (art. 89 da Lei n. 8.666/1993); 2) fraude em 'licitação'/aumento abusivo de preços/sobrepço (art. 96, I, da Lei n. 8.666/1993); 3) peculato (art. 312 do Código Penal). Os fatos tiveram início por volta de 30/3/2020, quando a empresária LUCIANE ZUFFO VARGAS DE ANDRADE, sócia-proprietária da Empresa Andrade Mansur Comércio de Material Hospitalar (SONOAR), por meio de mensagens de WhatsApp, teria ofertado ventiladores pulmonares à Secretária Adjunta de Atenção Especializada da Capital DAYANA PRISCILA MEJIA DE SOUSA (encarregada de verificar as demandas do Estado e dar início ao procedimento das aquisições). Depois de trocas de mensagens entre ambas, em atenção ao contato/oferta da empresária LUCIANE (SONOAR), a Secretária de Atendimento Especializado DAYANA PRISCILA MEJIA DE SOUSA, no dia 2/4/2020, deu início ao processo de compra direcionada de 28 ventiladores pulmonares, conforme combinado Legislação (HC 212670/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 10/03/2022) (BRASIL, 2022) *online*).

Dessa maneira, com o crescimento do processo de dispensa de licitação realizado pelos gestores públicos e seus secretários em decorrência da pandemia do COVID-19, a desconfiança por parte dos órgãos de fiscalização e controle e também na transparência que a sociedade exige e que está prevista em lei. Todo ato que incida sobre a lei de improbidade administrativa deve ser apurado e coibido, afim de não permitir que tais condutas se perpetuem. Além disso, todo processo e inovação trazidos pela nova lei de licitação para flexibilizar o processo de contratação ocorreu justamente pela situação atípica vivenciada não só a âmbito nacional como internacional.

## 6 CONCLUSÃO

Compreende-se que a tempos o Brasil passa por uma crise moral, sobretudo, no campo político, transcendendo a atualidade e caracterizando-se um problema corriqueiro impregnado na cultura política brasileira, o famoso "jeitinho brasileiro". Diante disso, o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura que a administração pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios será pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Os princípios basilares da Administração Pública buscam, acima de tudo, o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as garantias da Administração. Dessa forma, os alicerces da Administração Pública existem para assegurar que servidores dos órgãos federais, estaduais e municipais atuem de acordo com as leis brasileiras, respeitando os interesses públicos e os direitos de todos os cidadãos e cidadãs a fim de garantir a boa gestão pública. Assim, é de grande importância a prática dessas fontes para a organização da Administração Pública, permitindo uma boa estruturação e efetivação com aquilo que é para o bem social e também para formação de uma imagem exemplar do administrador público, indivíduo este que deve honrar sua prática com atitudes legais.

Entretanto, a partir da publicação da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) a qual já se encontra em vigência, houve a possibilidade de dispensa de licitação, sobretudo, nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência para a contratação, necessidade evidenciada no período da pandemia do COVID-19. Isso implica, conforme foi possível notar, no aumento de casos de corrupção em virtude da conduta impropria dos agentes públicos, visto que muitos gestores, tanto no âmbito municipal como no estadual, se utilizaram do dinheiro público para promover escândalos de corrupção durante a pandemia.

Em virtude da flexibilização da lei, muitos utilizaram dessa “brecha” para beneficiar o próprio bolso, se utilizando do dinheiro público e aproveitando da situação de calamidade pública instaurada para honrar favores políticos e acordos que eram negociados durante o período de campanha eleitoral. Diante disso, restou evidente que tratar esse problema de corrupção que tanto traz atraso para a sociedade é tratar de um assunto relevante, e ainda mais, no que tange os atos de improbidade ora destacados, que traz penalidades sobre os que o cometem durante o processo de licitação.

Dessa maneira, fica clara a necessidade do respeito aos princípios basilares da Administração Pública, bem como, a importância dos órgãos que fiscalizam como o dinheiro público tem sido utilizado. Além disso, ressalta-se que o maior fiscal desta utilização deve ser o povo, ou seja, a sociedade que pode, por meio dos portais de transparência acompanhar os contratos e com o que o dinheiro público tem sido gasto. Assim, cabe aos operadores do direito compreender inicialmente, as fragilidades legais e morais que assolam as riquezas do Brasil, para que então seja possível agir em torno de um país melhor, no que diz respeito à fiscalização da utilização dos recursos públicos.

Conclui-se, portanto que, embora a nova Lei tenha trazido benefícios para a sociedade, por outro lado, a contratação direta corroborou com o aumento de casos de corrupção. Todo ato que incida sobre a lei de improbidade administrativa deve ser apurado e coibido, a fim de não permitir que tais condutas se perpetuem. É necessário prudência

por parte dos intérpretes seja juízes, desembargadores ou turmas recusais na aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei no 8.429/1992), a fim de que haja o controle efetivo dos atos previstos nessa norma, sobretudo os atos de enriquecimento ilícito.

## REFERÊNCIAS

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

**1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

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

29 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Presidência da República Casa Civil, 2020. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 20 de setembro de 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos

Administrativos. Brasília, 2021. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em 15

01 de outubro de 2021.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

FERNANDES L. A.; Gomes, J. M. M. **Relatório de pesquisa nas Ciências Sociais**:

Características e modalidades de investigação. ConTexto, Porto Alegre, v. 3, n. 4,

2017.



JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 391.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

MACIEL, F. G. **Categoria Nível Superior 3º Lugar: O controle da corrupção no Brasil**, 2005. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5458>. Acesso em: 20 set. 2022.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENDES, R. G.; MOREIRA, E.B. **Inexigibilidade de licitação: repensando a contratação pública e o dever de licitar**. Curitiba: Zênite, 2016. p. 51).

MOREIRA, E. B.; GUIMARÃES, F. V. **Licitação pública: A Lei geral de licitações – LGL e o Regime diferenciado de contratação – RDC**. 2 ed. ISBN: 9788539203055. São Paulo: Malheiros, 2015.

NIEBUHR, J. de M. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 57.

NIEBUHR, J. de M. **Licitações e contratos das estatais**. Belo Horizonte:

FORUM, 2018.

NIEBHUR, J. de M, *et. al.* **Nova Lei de licitações e Contratos Administrativos**. 2ª ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 283.

NIEBUHR, J. de M. **Regime Emergencial de Contratação Pública para o**

**Enfrentamento à Pandemia de COVID-19**. Belo Horizonte: FORUM, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PÉRCIO, Gabriela Verona. **Lei 8.666: entrave para as contratações brasileiras?** Revista Jurídica Consulex, a. XVII, n. 393, 2013.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

TOLLISON, Robert. **The economic theory of rent seeking**, 2012. Disponível em: [https://econpapers.repec.org/article/kappubcho/v\\_3a152\\_3ay\\_3a2012\\_3ai\\_3a1\\_3ap\\_3a73-82.htm](https://econpapers.repec.org/article/kappubcho/v_3a152_3ay_3a2012_3ai_3a1_3ap_3a73-82.htm). Acesso em: 20 set. 2022.

TRF, **Apelação Cível** 5040296-54.2015.4.04.7000. Relator: Des. Fed. Sérgio Renato Tejada Garcia. Data: 25/09/2022.

## DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA AFRONTA À DEMOCRACIA

**MORGANA TALITA TRONCO:**

Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (Uniasselvi) (2016/2017). Advogada Generalista Cível9.

**Resumo:** Este artigo aborda a necessidade do surgimento da coisa julgada para estabilização dos litígios e, via de consequência, para efetivação da segurança jurídica e social dos povos, desde o Império Romano. Será analisada sua importância primordial como princípio constitucional e, secundariamente, como instrumento processual. Após, será feita uma breve análise de sua utilização nos Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law* e a transposição destes dois Sistemas como efeito da Globalização. Será objeto de abordagem ainda o alargamento dos mecanismos processuais que possibilitam a revisão da coisa julgada e as novas hipóteses albergadas pela ação rescisória. Estudo do caso precursor da relativização da coisa julgada no Brasil julgado pelo STF, bem como a aplicação da tese posteriormente nas ações investigatórias de paternidade pelo STJ. Legalização da relativização da coisa julgada de modo inconstitucional através dos artigos 525, § 12 e, 535, § 5º., do Código de Processo. Ao final, a abordagem ficará por conta da relativização da coisa julgada no sistema jurídico pátrio na atualidade, bem como sua nocividade ao Estado Democrático de Direito.

**Palavras chaves:** Democracia; Constitucionalidade; Relativização da coisa julgada; Segurança Jurídica.

**Abstract:** This article discusses the emergence of the *res judicata* for the dispute stabilization and, consequently, for the establishing of legal and social security of nations since the Roman Empire. First, will be analyzed its importance as a constitutional principle and secondarily as a procedural instrument. Afterwards, a short review will be made of their use in Common Law and Civil Law Systems and the impact of these two systems mainly as effect of Globalization. It will also be analyzed the expansion of procedural mechanisms that make it possible to review the *res judicata* and the new hypotheses covered by the rescissory action. The study of the precursor case of the relativization of the *res judicata* in Brazil judged by the STF, as well as the application of the thesis in the inquiry of filiation by the STJ. A brief overview of the legalization of the *res judicata* relativization in

---

9 E-mail: morganattronco@yahoo.com.br

Brazil, through unconstitutional means using articles 525, paragraph 12 and, 535, paragraph 5, of the Procedural Code. Finally, the focus will be due to the relativization of the *res judicata* in the current legal system of the country, as well as its harmfulness to the Democratic State of Law.

**Keywords:** Democracy; Constitutionality; *Res judicata* relativization; Legal security.

**Sumário:** O presente trabalho aborda a importância do instituto da coisa julgada para estabilização das relações civis, que visa oferecer segurança às partes envolvidas e à sociedade, alcançando-se com ela a pacificação social. Ocorre que a evolução das normas se opera de modo a acompanhar a evolução das mais diversas sociedades. E por este motivo, essa imutabilidade suprema que os antigos processualistas queriam imprimir à coisa julgada, vem se tornando cada vez mais relativa com o passar dos tempos. O tema precursor dessa discussão no Brasil se deu com um julgado do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2000, em demanda movida pela Fazenda Pública contra particulares a fim de obter a inexigibilidade de título fundado em acordo firmado em processo já passado em julgado. A partir daí a tese de relativização da coisa julgada foi propagada, ganhando enorme repercussão no mundo jurídico, e passando a ser alegada em outros casos. Com a entrada em vigor do *Código Fux*, o instituto jurídico da coisa julgada foi consideravelmente alterado, já que a tese de relativização da coisa julgada levantada pelo STF, foi transportada para a lei. Primeiramente, registra-se que houve um alargamento de hipóteses de revisão da coisa julgada na ação rescisória no novo código de processo civil. Outrossim, foram incorporados ao *Código Fux* os artigos 525, § 12º, e 535, § 5º, do código de processo civil, que permitem a relativização da coisa julgada a partir de julgados do *Supremo Tribunal Federal*, que terão efeito mesmo nos casos já transitados em julgado, na tentativa de padronização das decisões. Porém, tal mudança traz sérias consequências ao mundo jurídico, o que será objeto de nosso estudo, neste artigo, conforme segue abordado adiante.

## Introdução

Um dos maiores trunfos da civilização moderna foi alcançado com a estabilização das relações civis através da coisa julgada existente nas legislações ao redor do mundo. Em nosso ordenamento jurídico ela vem prevista na Carta Maior, que em seu inciso XXXVI do Artigo 5º, assim dispõe: “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...]”.

A coisa julgada existe desde os tempos romanos, instituto cujo objetivo se orienta a pacificar as controvérsias entre as pessoas e, colocar fim à determinada disputa com relação a algum direito. No intuito de se estabilizar as relações jurídicas, tal instituto passou a ser aplicado pelos romanos, estando hoje presente em todo o mundo ocidental, em sociedades que prezam pela segurança jurídica.

Embora possa se fazer uma análise pessimista quanto à eficácia suprema e eterna da coisa julgada com relação a casos bem específicos, onde essa operação suprema revelaria injustiça, fato é que ela é fator primordial de pacificação social, não podendo nos esquecermos que, sem ela, o convívio social tornar-se-ia insustentável, sendo, lado outro, sustentável para a esmagadora maioria dos casos.

Defendemos com muita clareza que a coisa julgada é uma das maiores conquistas do mundo contemporâneo.

A coisa julgada divide-se entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

A *coisa julgada formal*, segundo Humberto Teodoro Júnior (2006, p.587), é quando ela decorre, simplesmente, da imutabilidade da sentença, seja pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer por decurso do prazo, quer por desistência ou renúncia à sua interposição. Assim, coisa julgada formal para o autor seria uma preclusão de atos processuais, não tendo qualquer relação com o mérito de demanda.

Já a *coisa julgada material* é definida como aquela que torna indiscutível o mérito de determinada demanda. Ela vem prevista no artigo 502 do novo código processual civil, com a seguinte redação: "Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso."

Destarte, a projeção da coisa julgada se dá para além da relação jurídica instituída em contraditório perante o juiz competente, onde partes, o juiz e terceiros com interesses reflexos ou iguais aos das partes, não poderão voltar a discutir o que já foi decidido, trazendo segurança jurídica aos envolvidos e, conseqüentemente, à sociedade como um todo.

## **Desenvolvimento**

Ocorre que a evolução das normas e leis se operam de modo a acompanhar a evolução das sociedades existentes. E por este motivo, essa imutabilidade indiscutível da coisa julgada, que remonta a séculos de tradição pelos processualistas, está se tornando relativa com o passar dos tempos. O estado de coisas se altera no tempo com muita rapidez e esta rapidez se acentua ainda mais em tempos modernos, onde a informação chega quase que com a velocidade da luz, trazendo mudanças rápidas à sociedade.

Destarte, com a observância de casos concretos injustos, a coisa julgada passou a comportar exceções para sua desconsideração, exceções estas que devem ser

interpretadas com cautela a fim de se trazer prestígio às decisões judiciais e, acima de tudo, segurança jurídica aos litigantes do processo.

A coisa julgada tem, acima de tudo, cunho constitucional, antes de ser utilizada como medida de caráter meramente processual. O que se busca manter com as decisões prolatadas pelo judiciário é a democracia do país, que somente será alcançada se a segurança jurídica for garantida à nação.

Assim, tais exceções, à luz do *Código Buzaid*, ficavam restritas às hipóteses de cabimento da ação rescisória, que ofereciam enorme segurança jurídica às partes atingidas pela coisa julgada. A ideia da ação rescisória surgiu do fato de o ato humano ser falho. Ora, se o ser humano é passível de falhar é passível de aplicar a norma incorretamente, de modo a causar uma injustiça. E de tão falho que é o ser humano, pode ele ainda se corromper ao prolatar uma sentença, ou, agir com animosidade, de modo a impedir a aplicação da justiça. Dessa forma, a rescisória albergava, no *Código Buzaid*, hipóteses restritas à injustiças graves, com aplicação errônea da lei, o que possibilitava a revisão da sentença, através deste tipo de ação.

A coisa julgada reinava, até então, com eficácia suprema. Porém, no ano de 2000, o Supremo Tribunal Federal relativizou a coisa julgada pela primeira vez, com o julgamento de uma demanda movida pela Fazenda Pública contra particulares que estavam prestes a receber valores de acordo judicial sem serem titulares do direito. A aplicação da tese se deu para beneficiar a Fazenda que, em verdade, não se socorreu de seu direito no modo e tempo oportunos, vindo a buscar a titularidade de seu direito após acordo firmado judicialmente já passado em julgado.

Trata-se do recurso especial nº 1.416.333, que teve como Relator o Ministro José Delgado e, foi julgado no dia quinze de fevereiro do ano de 2000, tendo apresentado o seguinte teor:

“Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois o acórdão recorrido adentrou o mérito recursal para verificar a presença dos requisitos para concessão da tutela antecipada, concluindo, a despeito da pretensão da agravante, como indevida a concessão da tutela requerida, mormente porque a mera propositura de ação para desconstituir a coisa julgada, com base em prova produzida unilateralmente pela autora, não legitimaria tal providência. 2. Entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem. 3. Na ação rescisória ou na “querella nullitatis”, não existe óbice para que se concedam medidas de natureza cautelar ou mesmo antecipatória da tutela, cabendo a análise de seus requisitos caso a caso. 4. No caso dos autos, a questão

de fundo da ação aborda a nulidade de ato jurídico vinculado à indenização de terras situadas na unidade de conservação ambiental denominada "Parque Estadual da Serra do Mar", no qual se questiona a justa indenização, excesso no cálculo do valor de indenização, ocorrência de prova falsa e inexistência, sobre o bem, dos poderes inerentes ao domínio pelo expropriado, mormente quando a propriedade é do ente expropriante. Tais questões não passam despercebidas por esta Corte, firmando-se jurisprudência ora pela inexistência de dever indenizatório, ora por reconhecer valor rescisório à falsidade da prova, ora pela violação do princípio da justa indenização, legitimando a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. 5. Em atenção ao significativo valor do precatório e à questão de fundo tratada na ação proposta pelo ente estadual, presentes os requisitos para a excepcional concessão de tutela antecipada. Precedente: REsp 240.712/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 15.2.2000, DJ 24.4.2000, p. 38. Agravo regimental provido em parte. Recurso Especial do ESTADO DE SÃO PAULO provido.

Portanto, o julgamento se deu para que fosse devolvido ao Estado de São Paulo a titularidade de bem público, que erroneamente havia sido intitulado como de particulares a fim de desconstituir o acordo judicial firmado entre as partes passado em julgado.

A partir daí a tese de relativização da coisa julgada foi propagada, ganhou enorme repercussão no mundo jurídico nacional, e também na mídia social, passando a ser alegada nos casos de *Ações de Investigação de Paternidade* que fossem capazes de alterar um julgado anterior passado em julgado diante da descoberta da paternidade após a realização de Exame de DNA, relativização esta acolhida pelo STJ.

A justificativa para a aplicação da tese foi no sentido de se proteger os direitos personalíssimos. Ora, de fato, entendemos que o direito à personalidade é um dos mais importantes direitos do ser humano. Desta forma, passou-se a admitir a aplicação da tese da relativização da coisa julgada nas *Ações Investigatórias de Paternidade* com base em exames de DNA realizados após trânsito em julgado de sentença, sob o argumento de que o exame de DNA constituía prova nova. Neste ponto, convergimos com tal posicionamento adotado pelo STJ, já que o que se buscou defender era um direito personalíssimo, frise-se, um dos mais importantes direitos do indivíduo, bem como a relativização, *in casu*, estaria fundada em prova nova, o que autorizaria ao titular do direito, a nosso ver, a rever a decisão, se valendo da ação rescisória.

Uma das questões existenciais mais profundas que cada ser humano carrega consigo é saber de onde ele veio, quem são seus ancestrais, tanto de forma ampla (povo) quanto de forma específica (ancestrais biológicos) a fim de que possa alcançar o seu devido grau de pertencimento seja à uma determinada sociedade seja à uma determinada família. Portanto, busca a identificação afetiva com os ancestrais e com seu povo. Além disso, a investigação genética se faz necessária a fim de que o indivíduo possa descobrir sua herança genética e, verificar probabilidades de identificar e prevenir doenças genéticas raras ou não, e até mesmo analisar a incompatibilidade genética na reprodução.

Portanto, a nosso ver, seria muito vil afirmar que a investigação de paternidade visa a busca pecuniária de direito sucessório, pois, está para muito além disso, alcançando, em verdade, outras esferas, de cunho emocional, existencial, muito mais complexas do que a estritamente patrimonial.

Assim, diante da profundidade do assunto, parece-nos coerente a relativização da coisa julgada nestes casos, pois fundada em prova nova, que busca o reconhecimento do direito à personalidade que está intrinsecamente relacionado ao próprio direito à vida partindo-se do raciocínio que a investigação genética poderá até mesmo identificar e prevenir doenças genéticas.

Porém, atentamos para o fato de que, como o exame de DNA tem sido utilizado sistematicamente em Ações de Investigação de Paternidade desde o final dos anos 1990, tal tese já vem sendo utilizada em menor escala, ficando o assunto atualmente relegado mais aos casos onde restam dúvidas razoáveis sobre a eficiência da metodologia empregada no Teste de DNA preteritamente realizado, ou, dúvida acerca da idoneidade do Laboratório responsável pela realização do exame, ou, ainda, dúvida acerca da existência de fraude no teste de DNA anteriormente realizado, devendo, em todos os casos, haver argumentos sólidos que embasem as suspeitas sob a assertividade do exame já feito.

Noutro giro, a relativização da coisa julgada tem sido admitida também em sentenças que tenham como objeto prestações continuadas. Neste caso, em havendo modificação na situação fática das partes, ou, até mesmo transcorrido tempo suficiente para o alimentado se adequar à uma nova realidade financeira, a revisão da prestação continuada será cabível, ou, até mesmo sua exoneração. A nosso ver, quanto a este ponto específico, a relativização da coisa julgada também parece que ganha vestes de sensatez, pois, se assim não o fosse, a prestação continuada poderia perdurar por um longo período sem que fosse justa ou devida a obrigação. É o caso do alimentado que tem condições de sustento próprio, porém, continua a se beneficiar de pensão alimentícia em detrimento do alimentante.

Remontamos, contudo, que, quando do surgimento da *Teoria da Relativização da Coisa Julgada*, pretendeu-se endeusá-la sobe a ótica de "nova esperança" de justiça,



como se esta fosse a alternativa para correção de todo o mal existente nas relações jurídicas. Cláudio Sinoé Ardenghy dos Santos sinalizou esta mudança:

“Nas breves linhas tentamos demonstrar que a coisa julgada foi ganhando uma nova roupagem, uma moeda de dois lados, na qual a segurança jurídica não é somente a sua imutabilidade. Segurança jurídica é um termo que vem adaptando-se, sem temor por juristas de renome, como um primado da modernidade que vem surgindo no processo civil brasileiro, onde se busca a justiça num plano prático e a verdade formal, dá espaço ao mais próximo da verdade real. Essas mutabilidades e acomodações dos conceitos aos anseios sociais denotam um acréscimo importante no direito pátrio, vindo de nossos pensadores brasileiros, uma qualidade que antes talvez não fosse reconhecida: a de que nós mesmos podemos e devemos influenciar o direito pátrio, e, por que não o estrangeiro? Claro que ainda há trocas, mas na grande maioria de um sentido só (ainda em grande parte o estrangeiro), felizmente estamos rumando para outro: o de sermos exemplos. Uma pequena digressão aqui faço – e não posso deixar de fazê-la - o próprio sistema da *commow law* já questiona seus métodos de hermenêutica, com aproximação a outros sistemas, já se afastam do originalismo dos *framers* e precedentes estagnados para novas articulações. Como inapropriado tratar do tema da coisa julgada aqui em outros sistemas, a pequena fuga é um motivo para demonstrar o engrandecimento que paulatinamente vem ocorrendo no Brasil, o que nos desperta para novas obras e o abandono das repetições dantes costumeiras. A primeira conclusão histórica é que a preocupação maior era em relação aos vícios do processo e da sentença (vícios processuais) – apesar de algumas manifestações na busca de justiça efetiva no processo civil. Doutrina mais arraigada nas inspirações práticas insere a compreensão de que na sentença há implícita a cláusula *rebus sic standibus*, merecendo visualizar a efetividade de seus efeitos à satisfação de uma segurança jurídica racional. E se a própria lei tem métodos de controle quando em disparidade com a constituição através do reconhecimento de inconstitucionalidade pelo Judiciário, deverá esse próprio controlar as decisões que demonstrem fraqueza de espírito aos princípios invocados na constituição. Pois os princípios como otimização de novas feições do processo, essencialmente os princípios constitucionais (catalogados ou não, expressos ou implícitos) buscam uma efetiva justiça dentro do primado da norma e da sociedade. Aqui a justiça adentra um plano

mais prático do que filosófico. A sentença injusta ou sentença em dissonância com os princípios constitucionais transitada em julgado ganha o nome de coisa julgada inconstitucional – denominação dada pelo Dr. José Augusto Delgado. E a sentença inconstitucional não forma a sua esperada imutabilidade e perenidade, é uma aparência, nada mais.” (2006)

Assim, com o advento e entrada em vigor do atual *Código Fux*, o panorama do instituto jurídico da coisa julgada foi consideravelmente alterado. Com base nos julgados supracitados aplicando a tese de relativização da coisa julgada, tal teoria foi transportada para a lei.

Primeiramente, é importante registrarmos que a ação rescisória veio com mudanças no novo código de processo civil no Art. 966, que elenca um número maior de possibilidades, senão vejamos:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. § 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da demanda; ou II - admissibilidade do recurso correspondente. § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão. § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos

da lei. § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência); § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica". (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) (BRASIL. ANO, Página)

Ainda há outros mecanismos processuais que possibilitam a revisão da coisa julgada, como a ação declaratória de nulidade e, os embargos à execução para arguir a inexigibilidade do título executivo judicial (CPC, art. 741, parágrafo único; STF - RE (AgR) 328.812/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Nesta trilha, Jeferson Dytz Marin, defende o alargamento das hipóteses da relativização da coisa julgada, bem como que estar-se-ia ele consubstanciado nas incertezas que se vive na atualidade, onde não se tem certeza de nada e tudo é questionável, como bem ensina o autor:

"Teoricamente, é possível sustentar que a relativização da força histórica e constitucional da coisa julgada poderia fundar-se na era das incertezas que se vive. Na relativização dos conceitos e na necessidade de romper com verdades absolutas. Se é fato que a verossimilhança e a aparência da verdade registram mais afinidade com o direito hoje, não é correto relacionar tal pensamento à proposta de (des) consideração da coisa julgada. É outro tipo de incerteza que inspira a modernidade". (2015, p.116)

E ainda complementa:

"A desvinculação da coisa julgada do elemento segurança é uma tarefa bem mais complexa do que o testemunho de fluidez de conceitos que a pós-modernidade possa dar. É preciso examinar com cuidado a questão e lembrar que a tradição não pode ser esquecida e relegada a um terceiro ou quarto nível nos fundamentos da decisão". (2015, p.116)

Como já dito alhures, o novo código processual civil permitiu nos artigos 525, § 12, e artigo 535, § 5º, do Código de Processo, a relativização da coisa julgada a partir de julgados do *Supremo Tribunal Federal*, que terão efeito mesmo nos casos já transitados em julgado, na tentativa de padronização das decisões, conforme será detalhado mais adiante.

Entrementes, permitir a aplicação dos artigos 525, § 12, e artigo 535, § 5º, do Código de Processo, é uma afronta à Constituição da República, na medida em que afrontam a segurança jurídica e o ato perfeito jurídico e acabado e conseqüentemente a coisa julgada.

Mesmo porque, a aplicação destes artigos fará ir por água abaixo o efeito *intra partes* tão buscado no controle concreto de constitucionalidade. Para Jeferson Dytz:

“[...] Mesmo que o fundamento seja o controle difuso de constitucionalidade, tem-se, na verdade, efeito reflexo erga omnes, típico do controle concentrado. A aplicação dos dispositivos, portanto, confunde e viola a definição de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Explica-se. Ora, se os dispositivos permitem a desconsideração da coisa julgada por força de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, levada a cabo em apreço de Recurso Extraordinário estranho ao processo paradigma, extrapolado está o efeito *intra partes*, típico do controle concentrado de constitucionalidade [...]. (2015, p.120)

E continua:

“[...] Ademais, como sustentado precedentemente, há clara violação do dispositivo constitucional que tutela a coisa julgada, em face de desconsideração indevida. Mesmo que se considere o argumento constitucional dos dispositivos – o que se admite como mera finalidade contra-argumentativa, notória a caracterização do que Bachof denominou de norma constitucional inconstitucional por conta da desarmonia com o artigo 5º., inciso XXXVI, da Constituição [...]. (2015, p.121)

Não podemos ainda nos esquecer que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, que reconhece a efetivação da coisa julgada. Portanto, uma vez decidido e materialmente determinado o assunto, não se pode voltar a discuti-lo. A coisa julgada vai muito além da estabilidade do embate da lide. Trata-se de verdadeiro alcance da democratização do Estado de Direito. Sobre o *Estado Democrático de Direito*, Ana Lúcia Pretto Pereira, discorre:

"[...] O Estado Democrático de Direito reúne, dentre outros, os seguintes princípios: i) constitucionalidade, ii) democrático, iii) igualdade, iv) equilíbrio entre poderes, v) legalidade e vi) segurança jurídica. Trata-se de um modelo de Estado no qual se prima por: deferência à lei, expectativa de previsibilidade da ordem jurídica e respeito às decisões públicas construídas democraticamente. [...]" (2015, p.38).

Remontando ao surgimento da **democracia** tem-se que ela nasceu em 594 aC, quando *Sólon* propôs um novo sistema de governo para Atenas, uma das cidades-estados mais poderosas da Grécia. A população estava farta de regimes autoritários e de leis rígidas, foi então que Sólon criou uma Lei Maior (chamada hoje Constituição) que dispunha sobre os direitos básicos dos atenienses, sendo que estas leis deveriam ser decididas com a participação do povo. Desta forma, a proposta era de acolher a vontade da maioria dos cidadãos, mas, é sempre bom lembrar que à época mulheres, negros e, escravos não eram considerados cidadãos e conseqüentemente não compunham a maioria. Diante disso, não se pode perder de vista que quanto mais fiscais estiverem aplicando a lei, mais significativamente se diminuirão as arbitrariedades. Deste modo, se o povo é a lei, conseqüentemente haverá um controle muito maior na prevenção e na desconstituição de arbitrariedades.

É de bom alvitre lembrar que na contramão do Estado Democrático de Direito está o Estado Despótico, que nos ensinamentos de Montesquieu (2006) é uma forma de governo na qual uma única entidade governa com poder absoluto. Ainda segundo Montesquieu, neste tipo de governo, apenas um só governa, sem leis e sem regras, dirigindo tudo de acordo com sua conveniência e vontade. Ele classifica três diferentes tipos de governo, são eles: "o republicano, o monárquico e o despótico. Para distingui-lhes a natureza, é suficiente a ideia de que deles têm os homens menos instruídos." (2006, p.23). E assim Montesquieu os define:

"Apresentarei três definições, ou antes, três fatos: um que 'o governo republicano é aquele em que o povo, como um só corpo, ou somente uma parcela do povo, exerce o poder soberano; o governo monárquico é aquele em que um só governa, de acordo, entretanto, com leis fixas e estabelecidas; e, no governo despótico, um só indivíduo, sem obedecer às leis e regras, submete tudo à sua vontade e capricho'". (2006, p.23).

Portanto, se observarmos as formas de governo existentes supracitadas, deixar ao arbítrio de um tribunal, ainda que de Cúpula Máxima, para decidir o que pode atingir a

todos, inclusive, àqueles que já tiveram questão idêntica analisada na mão contrária com trânsito passado em julgado, mais parece se aproximar de um estado despótico, onde a vontade suprema atingirá a tudo e a todos indistintamente, causando uma situação de incertezas aterrorizante. Entendemos que, neste contexto, a democracia estará fatalmente abalada. Bem é verdade, que a situação política global já aponta para uma crise no sistema Democrático de Direito. Nesse contexto, a insegurança social atualmente já dá sinais de apavoramento. Contudo, esta insegurança social acima descrita está se estendendo também para uma insegurança jurídica, diante das novas diretrizes que se quer dar à coisa julgada.

Jeferson Dytz Marin complementa, ainda, que o direito à coisa julgada é uma garantia constitucional, pois:

“É possível afirmar que a coisa julgada constitui uma garantia individual fundamental, digna de ingente proteção. Ademais, embora instituto processual, viabiliza a realização de um direito material, externado na segurança jurídica. A reconhecimento da coisa julgada como garantia fundamental nos principais documentos legais da América alcança ainda mais importância na medida em que se começa a projetar um “direito processual internacional dos direitos humanos, reunindo os princípios comuns a todas as nações signatárias”. (2015, p.125).

E continua:

“A concepção de que a coisa julgada não constitui um direito em si, emprestando-lhe caráter meramente instrumental, não merece prosperar, vez que ela denota uma garantia material. O fato de ser classificada como matéria preliminar não lhe retira o caráter de direito constitucionalmente estabelecido, que extrapola o rol de garantias procedimentais. Como garantia que também firma a segurança jurídica, a coisa julgada constitui um dos precípuos esteios do processo e, também, do Estado Democrático de Direito. (2015, p.125).

Parece-nos clarividente, acompanhando tal entendimento, que a coisa julgada não se trata somente de um instrumento processual previsto no artigo 502 do código de processo civil, mesmo porque está ela prevista no inciso XXXVI do Artigo 5º da Constituição Federal.

Ocorre que, além dos precedentes julgados já citados neste artigo acolhendo a teoria da relativização da coisa julgada, esmiuçando-se os artigos 525, § 12º, e 535, § 5º, do novel código de processo civil, tem-se que também é possível a relativização da coisa

julgada através da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle concentrado, ou, difuso pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, ainda, de forma mais acurada que o § 14 do artigo 525, dispõe que o título se torna inexigível de imediato somente no caso de a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo ser antes do trânsito em julgado da decisão a ser atacada, onde será possibilitado ao interessado apresentar impugnação aocumprimento de sentença, com fundamento na inexigibilidade do título executivo judicial, com espeque no artigo 525, § 12 do Código de Processo Civil, enquanto o §15 do mesmo artigo possibilita o ajuizamento de ação rescisória para desconstituição do julgado, nos casos em que a decisão já tiver transitado em julgado. Desta forma, fazendo uma leitura seca do dispositivo legal supra, a parte que desejar desconstituir o julgado por meio de ação rescisória terá o prazo de 02 anos, contados do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ao normativo, seja na modalidade concentrada ou difusa e mais, tal dispositivo não estabelece restrição temporal quanto ao transito em julgado da decisão a ser atacada via rescisória, o que tornaria possível a desconstituição de decisão transitada em julgado décadas após sua prolação, bastando para tanto, frise-se, a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, com interposição de rescisória no prazo de até 02 anos após o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito, registra-se que, igualmente, não há nenhum prazo para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Embora o Brasil adote a teoria da nulidade absoluta do ato normativo inconstitucional, fato é que a coisa julgada, instituto de suma importância para um Estado Democrático de Direito, não pode ser deixada ao léu, tudo em prol do cumprimento de lei considerada inconstitucional somente em determinado momento histórico. Não parece nada razoável que uma decisão de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo prolatada pelo Supremo Tribunal Federal possa surtir efeitos em quaisquer casos, inclusive, naqueles já passados em julgado, tudo a fim de se cumprir a Carta Maior. Indaga-se: como ficam os institutos que resguardam igualmente a Constituição Federal, tais como a coisa julgada e a segurança jurídica?! Ainda que não se queira dar o mesmo peso e medida, fato é que esses princípios também são pilares da guardiã da lei, não podendo simplesmente serem desconsiderados, causando tumulto e instabilidade nas relações jurídicas, a fim de se fazer cumprir a lei. E mais: como fica o próprio inciso XXXVI do Artigo 5º da Carta Magna? Afinal, também restaria ele afrontado. Desta forma, clarividente ser inconstitucional a eficácia da declaração de inconstitucionalidade de lei de cima para baixo, atingindo a todos na base

da pirâmide, como as lavas de um vulcão. Porque nessa realidade fática, o caos será inevitável.

Justamente, a fim de se evitar a instalação do caos generalizado na sociedade é que a doutrina e jurisprudência começaram a interpretar a nulidade *ex tunc* de lei inconstitucional de forma mais branda.

Ora, se é possível relativizar um dos principais pilares do conceito de democracia – a coisa julgada – ao argumento de constantes mudanças nas sociedades, lado outro, parece mais coerente ainda a possibilidade de relativizar o alcance dos efeitos criados por uma decisão *“ex tunc”*, passando a interpretá-la com efeito *“ex nunc”* ainda que no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei.

Até porque, as leis são interpretadas de acordo com o contexto histórico da época e local, não se podendo afirmar que elas seriam interpretadas da mesma forma décadas depois. Ademais, o direito se trata de norma aberta, onde o juiz tem o poder-dever de interpretar a lei conforme as máximas de experiência, bem como de acordo com suas convicções pessoais naquilo que não é possível se extrair da letra da lei.

Reflexão mais complexa vem à tona, se pensarmos que as partes têm o direito de invocar inconstitucionalidade de lei, como meio de argumentação. Diante disso, porque não fizeram bom uso de seu direito no bojo do processo, deixando precluir a matéria?! Então, parece ilógico que queiram pretender se valer de tese não levantada por si somente após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Nesse passo, verifica-se a incompatibilidade entre, de um lado, os artigos 525, § 15 e 535, §8º do novo Código de Processo Civil e, de outro, os artigos 502 e 508 do mesmo diploma legal, além de claro, verdadeira afronta ao inciso XXXVI do Artigo 5º da Guardiã da Lei.

Esclarecemos que não estamos aqui a defender que a imutabilidade da coisa julgada seja intransponível em toda e qualquer decisão transitada em julgado, porém, o que não se pode é pretender dar-lhe contorno aleatório de relativização a fim de se atingir a todos indistintamente que já tenham a seu favor litígio estabilizado perante a Justiça, como se tivessem penduradas sob suas cabeças a espada de Dâmocles.

Ana Lúcia Pretto Pereira, com razão, entende que a possibilidade de revisão da coisa julgada para casos albergados pela ação rescisória não é de todo ruim, diante do comprometimento que surge entre o Juiz e a decisão por si proferida e, diz:

“E essa instrumentalização das decisões passadas, para o alcance de determinados fins, não seria, de todo negativa, pois representaria uma atitude condizente com a concretização do direito e com a construção do direito em cadeia. Além disso, o juiz não tomaria decisões



completamente descompromissadas com as convenções passadas justamente por preocupar-se não apenas com as consequências imediatas de suas respostas jurídicas, mas, igualmente, com os seus efeitos considerados de uma maneira sistêmica: afinal, se juízes passarem a decidir apenas com base nas consequências possíveis para o caso concreto em exame, uma “generalização dessas decisões sobre atores públicos e privados será nociva, pois, aumentará a insegurança jurídica. Percebe-se que a perspectiva consequencialista trabalha com uma visão prospectiva dos custos de uma determinada decisão. Não apenas custos em termos econômicos, mas também em termos políticos, sociais, ou seja, trata-se de uma decisão estratégica, orientada ao alcance de determinados fins [...]”. (2015, p.20-21).

E ainda complementa logo adiante:

“Sendo certo que, sob o constitucionalismo contemporâneo, há uma abertura à relativização das regras, é igualmente certo que a Constituição de 1988 rege um Estado Democrático de Direito, razão esta suficiente para se prestar deferência às soluções legislativas, ou seja, a relativização das regras deve operar-se a favor do Direito, e não contra o Direito.” (2015, p.20-21).

Convergimos com o posicionamento da autora, pois, a ação rescisória tem amparo no conceito de justiça, onde não se possibilitar a revisão das hipóteses albergadas pelo Artigo 966 do Código de Processo Civil seria deixar de aplicar o próprio Direito a fim de se manter um rigor formal excessivo injusto, desnecessário e, até mesmo, ilegal.

Importante registrar que nos Estados Unidos, país que adota o Sistema da *Common Law*, o que se busca é aplicação da justiça, de modo que, neste sistema, é possível se obter a modificação de determinada sentença mesmo depois de seu trânsito em julgado. Porém, embora a coisa julgada neste sistema não tenha o rigor que lhe imprime o direito germano-romano, a segurança jurídica neste modelo jurídico, de qualquer modo, é muito eficaz.

Ora, não podemos nos esquecer que, independentemente do sistema jurídico em que se está inserida, a segurança jurídica é sinônimo de democracia, modelo este adotado comumente pelos países ocidentais. Chama-se a atenção para o fato de que a diferença entre o sistema da *Common Law* e da *Civil Law*, é que no primeiro, quem garante a segurança jurídica são os julgados pregressos e, no segundo caso, são as leis vigentes no país.

Bem é verdade, que a globalização gerou um efeito de proximidade cultural, social, comportamental, modelo-estrutural e, porque não, jurídica, onde houve a troca de modelos de sistemas, onde países de origem da *Civil Law* estão adaptando modelos da *Common Law* vice-versa. A tendência verificada em tempos de globalização é justamente uma aproximação muito maior entre os povos.

Portanto, essa proximidade cultural global deve se possibilitar expandir horizontes para aprimoramento de modelos entre os povos, contudo, sem afrontar à segurança jurídica, tão buscada no mundo jurídico ocidental, que tem como modelo de sistema político a Democracia.

Basta viajar para o exterior para se ter esta percepção, que passamos a adotar em nosso país usos e costumes até então desconhecidos e que se multiplicaram devido, em grande parte, ao sobredito processo de globalização. Frise-se que fenômeno inverso também se observa lá fora. Até mesmo os bens de consumo se tornaram praticamente universais, onde tem-se à título de exemplo os Smartphones. Verificamos, assim, que a globalização propicia além de toda essa aproximação social, a troca de experiências e, a integração de sistemas políticos e jurídicos, no intuito da equalização desses sistemas. Todavia, não se pode importar e nem se adaptar de outro sistema, de forma ampla, modelos com base estrutural tão diferentes, pois, certamente, a importação estará fadada ao insucesso. A troca de experiências sobre sistemas de modelos jurídicos é importante, mas deve ser interpretada e importada com cautela. Isto porque, a questão estrutural é cultural, social e comportamental. Portanto, não basta que se copie ou se adeque um sistema já existente em um lugar, em cima de outro modelo vigente totalmente diverso com séculos de tradição. Antes disso, é necessário que haja a mudança comportamental, que não se opera de uma hora para outra.

Ao refletir sobre este processo de transposição, Jeferson Dytz Marin defende que:

“Compreender é, pois, também permitir a expressão da tradição, que atua através da consciência histórica, agindo numa inserção objetiva e, por isso, envolvendo o próprio ser que compreende. O processo da compreensão, então, realiza-se a partir do próprio ser, dele dependendo e produzindo uma experiência reflexiva. Nesse contexto, a interpretação é que representa a forma explícita de compreensão(...) A conclusão é válida, também, para a percepção dos institutos nos diferentes sistemas jurídicos, conduzindo à necessária cautela na transposição dessas entidades seculares. Tal se aplica, a propósito, não apenas em relação aos diferentes sistemas jurídicos mas também nas diferentes tradições jurídicas. A pretensão de implantação da orientação do common law, particularmente em relação aos

precedentes, pode ser percebida no direito brasileiro através de sucessivas investidas, inclusive mediante alterações legislativas já consumadas. Assim se deu em relação às frustradas tentativas de implantação da súmula vinculante, que encontraram grande resistência da comunidade jurídica. E, num viés mais recente e que encontrou eco no legislativo, alcançando a alteração das disposições processuais, estão outros institutos trazidos ao ordenamento. Tais institutos, evidentemente, remetem à regra do precedente, típico e característico do direito inglês, que tem sido utilizado como sustentador da ideia de que a criação de instituto similar, no direito brasileiro, poderia contribuir para a maior efetividade do processo. Trata-se da conformação daquilo que a doutrina tem denominado instrumentos de standardização da causa e que compreendem, dentre outros, os institutos da repercussão geral, do sobrestamento dos recursos repetitivos e da inexigibilidade da coisa julgada, sempre que fundada em norma reconhecida inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou, ainda, em interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal, pelo mesmo tribunal superior. (2015, p.211-213).

Em outra passagem de sua reflexão, defende que:

“A tentativa de sumularização do direito, com o propósito de aplicar no civil law o sistema de precedente é uma anomalia que, além de ferir as bases da estrutura romano-germânico-canônica não alcança premissa adequada. Enquanto o sistema de precedentes propõe um debate a partir do caso concreto, através da valorização da ampla defesa e dilação probatória, a súmula inverte a lógica e tenta (de forma insatisfatória) regular os casos concretos a partir de previsões sintéticas postas de cima para baixo, sem qualquer possibilidade hermenêutica. A Súmula (vinculante) registra força normativa pragmática superior à própria lei (mesmo que de cunho Constitucional), vez que esta poderá deixar de ser aplicada (em face de vício, inconstitucionalidade, lei posterior que revoga a anterior, existência de lei com hierarquia superior e lei especial que revoga a geral), ao passo que aquela tem subsunção obrigatória. Vive-se, de fato, um período em que a ciência jurídica foi banhada pelas trevas e vitimada pelo assassinio da semântica.” (2015, p.130).

Verifica-se, portanto que a ideia dos artigos 525, § 12º, e 535, § 5º, do código de processo civil, é atingir a coisa julgada com as decisões proferidas pelos *Tribunais de Cúpula*, oriundas de controle difuso ou concentrado, numa tentativa anômala de padronização de decisões.

Mas, não é só esse o problema, já que, embora os artigos supracitados prevejam a decisão do STF para inexigibilidade do título, a jurisprudência tem se valido das decisões do STJ para aplicar os artigos. Tudo no intuito de, mais uma vez, desrespeitar as leis, aplicando-as de acordo com seus próprios entendimentos e conveniência, no intuito de resolver o calvário das demandas em massa que assolam o Poder Judiciário.

A exigência do Conselho Nacional de Justiça no sentido de que os juízes brasileiros participem de curso de capacitação em administração judiciária, conforme se verifica do contido na Meta 8 do CNJ, deixa entrever a vertente que se pretende dar à essa capacitação, qual seja de gerenciamento voltado à padronização e, à produtividade, onde a quantificação de processos findos é o objetivo a ser alcançado.

Entretanto, pensar que o assoberbamento do Judiciário será resolvido com a mecanização das decisões é um pensamento vil, já que afronta a dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, a segurança jurídica, tão necessária à sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Mais, nosso sistema jurídico - *Civil Law* - não está preparado para aplicar o sistema do *Common Law* largamente, pois, como já dito alhures, ambos têm estruturas totalmente diversas. Ora, a personagem Carlitos, de Charles Chaplin, já retratava, em seu filme *Tempos Modernos* (1936), a selvageria que o mundo industrializado e automatizado, tanto quanto repetitivo, proporcionava às mentes mais sãs. Ora, de são virou insano.

Portanto, o panorama não será alterado com esta alternativa, mesmo porque, num país onde as decisões se modificam a todo momento, estas sempre provocarão, de qualquer modo, enxurradas de ações, pois, a cada nova decisão haverá o efeito avassalador de todos baterem às portas do judiciário a fim de buscarem decisões mais atuais que lhe sejam benéficas. O tiro poderá sair pela culatra, o que é bem provável.

Nesta senda, a demanda nunca se estabilizará, causando verdadeiro pavor aos litigantes, onde, *mutatis mutandi*, seriam estes envolvidos pelo mesmo pavor de Josef K., personagem do autor Franz Kafka, no livro "O Processo", desesperado, num emaranhado de mistério e, incertezas quanto ao processo que era movido contra si, onde ele era acusado de ter cometido um crime, contudo, sem sequer saber por qual crime estava sendo processado.

Jeferson Dytz Marin nos ensina que:

“A relativização da coisa julgada, além de redundar num aviltamento do instituto, também integra esse processo pernicioso de castração do acesso à jurisdição, vilipendiando a causa e, em última instância, as partes e seus patronos. Tanto que Marinoni e Greco afirmam a inconstitucionalidade dos arts. 535, parágrafo 5º. e 525, parágrafo 12º., do Código de Processo Civil. Greco alicerça sua premissa na malfadada tentativa de importação da previsão insculpida no parágrafo 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão. Como apontado precedentemente, tanto os julgados do Supremo Federal quanto os do Superior Tribunal de Justiça – especialmente o caso paradigma com voto do Ministro Delgado -, assim como a própria regulamentação processual, tem espeque na doutrina do jurista português Paulo Otero. A premissa, sem embargo, é equivocada. Além de inferir que a regra para a dita relativização é o controle abstrato de constitucionalidade, a norma alemã também preserva “os efeitos pretéritos da coisa julgada”, coisa que o legislador pátrio não fez quando da edição da Medida Provisória 2.180/2001, cuja vigência foi firmada pela Emenda Constitucional 32/2001, introduzindo um parágrafo único ao art. 741 do CPC-1973, atual art. 535. Destarte, afirma com acerto Greco, quando infere que no tocante à norma alemã, o legislador brasileiro, “com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Dessa forma, além da leitura infeliz da carta constitucional alemã, ampliando-se perigosamente o viés de desconsideração do caso julgado no direito pátrio, tem-se presente a inconstitucionalidade, seja pela natureza de direito fundamental que reveste o instituto, seja pela incongruência processual constitucional que aponta Greco. (2015, p.181-182).

E ainda complementa:

“A relativização, por sinal, integra o espectro da crise funcional do direito, pois, sob os auspícios de decisões a posteriori do Supremo e de superação de injustiças, transforma o processo numa contenda eterna, pisoteia as normas protetivas da coisa julgada e olvida a função legislativa. A proteção da coisa julgada, no direito comparado, encontra consistente agasalho e segue o paradigma da segurança, da estabilização, da confiança e da previsibilidade empregados pelo direito pátrio. Necessário enfatizar, aqui, a proibição da retroatividade

da coisa julgada, que está no bojo da contenda envolvendo a descon sideração. A Constituição Portuguesa, embora admita a eficácia *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade, ressalva o incabimento da eficácia retroativa que afete o caso julgado (art. 282). No direito italiano, a próprio Corte Constitucional passou a impor limites à retroação, restringindo a mudança da coisa julgada material. Nos Estados Unidos, apesar da necessária distinção que a eleição do sistema *commow law* sugere, a Corte Suprema modula a retroação, objetivando sempre evitar a descon sideração de processos em que o trânsito em julgado já se tenha operado. O precedente foi o caso *Linkletter*, de 1965. A Alemanha, cuja disciplina inspirou os primeiros julgamentos que redundaram na descon sideração da coisa julgada no país, também assegura a proteção do instituto. A interpretação da jurisprudência, como já assinalado, não foi feliz." (2015, p.187-188).

Destarte, causa pavor o fato de o legislador brasileiro importar somente parte das legislações estrangeiras, tentando fazer a população crer na legislação moderna. Que, quando comparada ao primeiro mundo, contudo, em verdade se traduz em aberração jurídica, remetendo o Brasil do *status* de um país Democrático para um país de medos e incertezas, em virtude de sobreditas cópias malfeitas e incompletas emprestadas de outros ordenamentos jurídicos.

Logicamente a repercussão geral e, a padronização das decisões no STJ através do rito dos repetitivos têm sua importância no atual sistema jurídico pátrio, mas, estas não são o alicerce do nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual a eficácia delas deve ser interpretada com cautela.

Frise-se, nem se diga que os Estados Unidos tenham a coisa julgada como relativa, posto que, a mudança dos julgados no sistema do *Commow Law* respeita a coisa julgada de modo eficaz, preservando a segurança jurídica, sendo a relativização da coisa julgada lá aplicada como exceção.

Se bem é verdade que, no Brasil, tudo começou com o RESP 240.712/SP do Ministro José Delgado provido no ano de 2000, não menos verdadeiro é que já transcorreu tempo suficiente para se corrigir o erro e voltar atrás em decisões anômalas como esta. Contudo, ao invés disso, preferiu o Legislador ir para o lado oposto, alargando ainda mais as hipóteses de cabimento da relativização da coisa julgada, deixando a lei ao arbítrio de um mar aberto de interpretações.

É bom ressaltar ainda que o *Superior Tribunal de Justiça*, criado com a Constituição de 1988, tinha o objetivo e a missão de desatolar a crise judiciária que vivia o *Supremo Tribunal Federal*, porém, com limitações de julgamento. Todavia, certamente,

extrapolou seus limites de alçada há tempos, ganhando alcunha de Terceira Instância. A prova disso é que vem o *Superior Tribunal de Justiça* interpretando Súmulas ao seu bel prazer e, o mais grave: alterando substancialmente o fundamento de decisões de processos massificados. Não bastasse isso, o que se verifica é que embora os artigos 525, § 12º, e 535, § 5º. do código de processo civil prevejam a relativização da coisa julgada somente para decisões prolatadas pelo STF, frise-se, a jurisprudência mais uma vez elasteceu a lei e, vem aplicando a tese às decisões do STJ, o que, igualmente, é inconstitucional e, pior, sequer está previsto na lei infraconstitucional.

Dessa forma, não se pretende dizer que as decisões proferidas pelo Judiciário não possam nunca serem alteradas.

A título de exemplos, tem-se o nosso posicionamento convergente com a relativização da coisa julgada referente às ações de investigação de paternidade, bem como às relativas às prestações continuadas e, ainda, as hipóteses abarcadas pela ação rescisória, todas elas, claramente amparadas pelo princípio da boa-fé e, acima de tudo, de justiça.

Entrementes, repita-se, alterar as decisões já transitadas em julgado com base nos artigos 525, § 12º, e 535, § 5º. do código de processo civil e, com fundamentos aleatórios para aplicação da teoria da relativização de coisa julgada, isto sim é digno de repulsa.

Por fim, embora o assunto ainda seja polêmico no mundo jurídico, porém, sem grandes conclusões quanto ao que será interpretado e decidido pelo Supremo Tribunal Federal, fato é que, em breve análise à jurisprudência do sobredito Tribunal, verifica-se que a Cúpula tem entendido ser possível a rescisão de jugado com base em declaração posterior de inconstitucionalidade, porém, somente se não houver controvérsia jurisprudencial entre as Câmaras dos Tribunais sobre o assunto, em observância ao disposto na Súmula nº. 343 do STF.

## **Conclusão**

A relativização da coisa julgada como fenômeno de mecanização para uniformização de processos massificados afronta a segurança jurídica e, conseqüentemente o *Estado Democrático de Direito*, ocasionando um verdadeiro retrocesso jurídico-político. Portanto, a ilação a que chegamos é de total inconstitucionalidade dos artigos 525, parágrafo 12º, e 535, parágrafo 5º, do código de processo civil, bem como da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada com base nestes artigos por afronta ao inciso XXXVI do Artigo 5º da Carta Magna.

## Referências Bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 07**. Ementa – Processual Civil. Administrativo. Omissão inexistente. Inconformismo. Ação visando desconstruir a Coisa Julgada. Antecipação de tutela. Possibilidade. Ausências dos requisitos autorizadores. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24870021/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-resp-1416333-sp-2013-0131254-6-stj/inteiro-teor-24870022>.

DOS SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy. In. NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil - vol.1: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 45ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

KAFKA, Franz. **O processo**. 1ª. Edição, Jandira-SP, Editora Principis, 2020.

MARIN, Jeferson Dytz. **Relativização da Coisa Julgada e Inefetividade das Jurisdição**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2006.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. **Relativização da Coisa Julgada. Segurança Jurídica em Decisões do Supremo Tribunal Federal frente a condenações de grande valor contra o Estado**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

## FILMES

**TEMPOS MODERNOS**. Direção: Charles Chaplin. 89min. P&B. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=ieJ1\\_5y7fT8](https://www.youtube.com/watch?v=ieJ1_5y7fT8)



## **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DO ICMS - DIFAL E A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS**

**RAFAEL LUIZ DA SILVA BALTAZAR:**  
Advogado. Contador. Esp. em Direito Tributário - IBET. Mestre em Direito PUC-SP10.

**Resumo:** Este estudo tem por objetivo estabelecer os parâmetros constitucionais tributários do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) especificamente em relação a percentagem do diferencial de alíquota (DIFAL), no tocante às alíquotas entre o ente federativo de origem e o ente federativo de destino. Parte-se da problemática que há uma compreensão de que os princípios constitucionais estão sendo mitigados, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, e questiona-se por que os tribunais estaduais estariam cassando liminares dos juízos de primeiro grau. Nesse ínterim questiona-se “seria somente a atuação jurídica entre os líderes do executivo estadual e os presidentes dos tribunais ou tudo passa apenas pelo caráter arrecadatório?” Nessa direção, desenvolver-se-á este labor exegético dividindo-o em um breve resumo do histórico do DIFAL - Diferença de Alíquota Interestadual, seus impactos e reflexos para o sujeito passivo. A seguir, os princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica e da anterioridade, diante da incongruência legislativa. E por fim, uma análise da decisão do Supremo Tribunal Federal com os reflexos nas decisões de piso e a cassação das respectivas liminares. Em sede de conclusão, ao considerar as análises dos julgados, apresentar-se-á o equívoco ou o acerto das decisões dos tribunais.

**Palavras-chave:** DIFAL. ICMS. Consumidor Final.

**Abstract:** This study aims to establish the constitutional tax parameters of the Tax on Circulation of Goods and Services - ICMS, specifically in relation to the percentage of the rate differential - DIFAL, the rates between the federative entity of origin and the federative entity of destiny. It starts with the following problem: “Since there is an understanding that the constitutional principles are being mitigated, according to the understanding of the Federal Supreme Court itself, why would the state courts be canceling injunctions from the first-degree judges, it would only be the mediated legal action between the leaders of the state executive and the presidents of the courts, or does it still have a tax collection character?”. In this direction, this exegetical work will be developed by dividing it into a brief summary of the history of DIFAL - Interstate Tax Difference on Value-added tax on sales and services (ICMS), its impacts and reflexes for the taxable person. Next, the

---

10 E-mail: raffaellsb@gmail.com

constitutional principles of legality, legal certainty and precedence, in the face of legislative inconsistency. And finally, an analysis of the decision of the Federal Supreme Court with the reflexes in the floor decisions, such as the revocation of the respective injunctions. In conclusion, when considering the analyzes of the judgments, the mistake or the rightness of the decisions of the courts will be presented.

**Keywords:** DIFAL. ICMS. Final Costumer.

## 1 INTRODUÇÃO

Em sucinto histórico, o DIFAL foi constituído pelo Convênio ICMS nº 93/2015<sup>[1]</sup>, passando a vigorar a partir do primeiro dia do exercício seguinte a sua instituição, estabelecendo-se distinções em percentuais (alíquotas) e suas respectivas divisões, cuja cobrança iniciou-se em 1/01/2016.

O DIFAL do ICMS – surgiu a partir da edição da Emenda Constitucional nº 87/2015<sup>[2]</sup>, onde se definiu um escalonamento de alíquota entre o Estado de origem e o Estado destino. O diferencial de alíquota do ICMS, tem como objetivo principal, equilibrar as relações jurídicas entre os Estados da Federação, ou seja, trata-se de uma obrigação tributária de cunho equitativo.

Esse imposto é recolhido pelo Distrito Federal e os Estados, quando das operações de mercadorias entre estados destinados ao não contribuinte do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços – ICMS. Ressalta-se, que as entidades optantes pelo regime simplificado, não podem ser cobradas pelo DIFAL da EC nº 87/2015.

O imbróglio tributário vem desde 2011, quando os Estados confeccionaram por Convênio - Protocolo ICMS nº 21, com a finalidade de se recolher o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços quando ocorresse diferença de alíquotas interna e a interestadual nas aquisições, pelo contribuinte de fato, independente do meio – físico ou eletrônico. Três anos após da assinatura do protocolo ICMS nº 21, este foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário de nº.1.287.019 em 24/02/2022, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469<sup>[3]</sup>.

Destarte, o tema voltou à baila pela EC nº 87/15, com regulamentação por novo Convênio - ICMS nº 93/15, novamente passando a ser aplicado (1/01/2016). Todavia, como uma repetição do que aconteceu em 2014, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da exigência (do tributo), argumentado que normas gerais, para que se instituisse a cobrança, conforme Código Tributário Nacional, dever-se-ia ser implementada por meio de Lei Complementar, que por efeito, inviabilizaria a cobrança através de Convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Essas operações interestaduais destinam-se efetivamente ao consumidor final exigindo-se a diferença entre a alíquota interna do ente destinatário e a alíquota do ente remetente. Devendo-se recolher o DIFAL, quem for o responsável pela venda a não contribuintes do ICMS. Em relação às operações entre contribuintes, a diferença de alíquota é de responsabilidade da entidade que faz a compra do produto.

Na verdade, o que se tem no caso concreto, é que o Distrito Federal e outros Estados ultrapassaram as fronteiras dos limites constitucionais de tributar e se apressaram em alterar a legislação estadual, mesmo antes da publicação da Lei Complementar nº 190, que ainda não existia materialmente, pois não estava vigente. O CONFAZ, por sua vez, seguiu a mesma vereda, e confeccionou novo Convênio nº 236/2021, o que para uma boa exegese do direito – era o permissivo regulamentar para realizar a cobrança do Diferencial de Alíquota no presente ano.

Sobre a Lei Complementar nº 190/22, o império fazendário compreende pela observação do art. 150, III, "c", da Carta Constitucional de 1988, quer dizer, o respeito ao princípio da noventena. Por este raciocínio, não se respeita o princípio da anterioridade anual e, que a diferença de alíquota do ICMS, já poderia ser cobrada em abril de 2022.

Mas será que a cobrança do DIFAL é devida em 2022? É o que se passará a expor, analisando o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, e mais importante, qual o motivo que os Tribunais dos Estados têm cassado as liminares dos contribuintes.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Princípios Constitucionais

Sobre o modismo que os estudos de direito fazem a despeito da diferenciação entre princípio e regra, o que para Ávila (2021, p. 46) não é algo tão simples, a separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade e termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto.

Sob essa perspectiva distintiva, segue-se novamente as lições de Ávila (2021, p. 46, grifo nosso) que, diferencia as normas entre regras e princípios e, o que deve interessar são os princípios:

[...] normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os **princípios precisam e devem ser ponderados**. As regras instituem deveres definitivos,

independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando **dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.**

O critério de distinção entre regras e princípios, baseado no conceito restrito de ponderação, conduz a outro critério – o “modo de colisão”: quando duas regras entram em colisão, ou se abre uma exceção que afasta o conflito, ou uma das duas regras deve ser declarada inválida, ao passo que quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles. [...] A capacidade de ponderação implica, pois, a capacidade de restrição e de afastamento de um princípio em razão de outro. Assim, ser uma **norma-princípio é ser uma norma que se caracteriza pela restringibilidade e pela afastabilidade.** Mais, ser uma norma-princípio é ser uma norma que se caracteriza pela carência de confronto horizontal com outras normas-princípios (ÁVILA, 2021, p. 150, grifo nosso).

Para Alexy (2014, p. 90) princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso (1996, p. 141), princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações da ordem jurídica que institui. Após essas considerações, adentrar-se-á especificamente nos princípios constitucionais que este artigo se preocupa, quais sejam: legalidade, da segurança jurídica e da anterioridade.

## 2.2 Princípio da Legalidade

Surge em texto expreso com o pedido de autorização aos contribuintes para que se pudesse tributar dentro dos ditames legais, adjudica-se a este texto – à Carta Magna, o que se discorda, como afirma Lacombe (2000, p. 45), quando cita Victor Uckmar, nestes termos:

[...] que a origem é anterior. Salienta que na Inglaterra, onde o Rei já percebia impostos e obtinha subsídios pelo direito consuetudinário, eram exigidos dos vassalos, para fazer frente às despesas extraordinárias, pagamentos em dinheiro, e estes podiam – embora fosse praticamente impossível impugná-los<sup>[4]</sup>.

O que se expôs no parágrafo anterior, é a característica limitativa do Estado quanto a tributação impositiva ao contribuinte. Becho (2105, p. 359) anota que tal princípio teve um marco histórico trágico, a legalidade como regra, levou o nazismo a realizar sua revolução legal, aplicando-se a um dispositivo no próprio Diploma Legal (Weimar).

Baleeiro (2010, p. 76), revisitada por Derzi, analisa os arts. 150, I, e 5º, II, da Constituição de 1988, os quais referem-se à legalidade, como princípio necessário à instituição e majoração de tributos, tanto do ponto de vista formal – ato próprio, emanado do Poder Legislativo – como do ponto de vista material, determinação conceitual específica, dada pela lei aos aspectos substanciais dos tributos, como hipótese material, espacial, temporal e consequências obrigacionais, como sujeição passiva e quantificação do dever tributário (alíquotas e bases de cálculo), além de sanções pecuniárias, dos deveres acessórios, da suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário.

O texto Constitucional é cristalino, quando afirma que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, nos termos do art. 5º, II, dispositivo normativo para que a coletividade acolha as normas que limitam suas liberdades e a propriedade de seus usuários, buscando-se o bem comum.

O Estado Brasileiro, é Estado Democrático de Direito – no qual reger-se-á a lei. A Lei, no dizer de Carrazza (2021, p. 208) – norma geral, abstrata, é igual para todos que se encontram em situação jurídica equivalente – provêm do Legislativo, cujos membros são eleitos pelo povo.

Ainda, com o mesmo autor, perpassar-se-á pelo princípio federativo, que garante a autonomia destas pessoas políticas, a referida lei complementar não poderá estabelecer o *conteúdo* dos convênios em matéria de ICMS, mas apenas os mecanismos jurídicos que nortearão sua celebração. Deverá, pois, limitar-se a dar operatividade ao seu sistema de funcionamento (CARRAZZA, 2020, p. 507).

E lembra o autor, que é verdade que a aplicação do princípio da legalidade conduz a uma situação de segurança jurídica, em virtude da aplicação precisa e exata das leis preestabelecidas. Todavia, isto só não conduz ao Estado de Direito, entendido como aquele em que as liberdades fundamentais estão reconhecidas no texto constitucional, não

podendo ser desmentidas ou menos acabadas por normas de inferior hierarquia (CARRAZZA, 2021, p. 209).

Fica claro que, somente por lei, pode se compelir a sociedade a fazer ou deixar de fazer algo, impondo comportamentos e determinando comandos. Importa lembrar que o princípio da legalidade é encontrado em todos os ramos do direito e não como alguns pensam, sendo exclusivo do direito tributário, conforme cita-se o diploma normativo – art. 5º, II da Constituição Federal.

Do colóquio geral, sabe-se que o indivíduo não pode realizar todas suas vontades, este possui limitações e, tais limitações somente por meio de lei podem ser superadas, com caracteres comuns e equânime, e desde que a norma respeite o devido processo legislativo, delineadas pela Lei das Leis, observando o princípio republicano.

### **2.3 Princípio da Segurança Jurídica**

No preâmbulo da Constituição Federal, vem de modo expresso, o Princípio da Segurança Jurídica. No caso de se encontrar segurança jurídica, tal princípio vem coberto pelo princípio da legalidade, ainda pela coisa julgada, ato jurídico perfeito e pelo direito adquirido, cuja verdade já demonstrada é que, a norma não pode retroagir.

Lacombe (2000, p. 76), apresenta de modo emblemático as lições de Geraldo Ataliba (2016), afirmando que:

O Direito por excelência é, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Segura estão as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos não discreparão. Há segurança jurídica – noção muito mais fecunda, ampla e sadia que o conceito de segurança nacional – onde haja rigorosa delimitação das esferas jurídicas e, sobretudo no campo do direito público, como uma estrita testada dos direitos subjetivos privados -liberdade e propriedade -, ela não poderia deixar de se apoiar num princípio que conferisse estabilidade às esferas assim delimitadas, subtraindo a atividade dos cidadãos das áreas do contingente e do arbitrário.

Ainda sobre o princípio da segurança jurídica, Carvalho (2019, p. 208, grifo nosso) leciona:

Não há por que confundir a **certeza do direito** naquela acepção de índole sintática, com o cânone da **segurança jurídica**. Aquele é atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com **sentido deontico**; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Este princípio é fundamental para os contribuintes, de modo que estes possam pugnar por melhores decisões tributárias. Planejar é agir futuramente e nenhum indivíduo gosta de andar em veredas sinuosas, não é mesmo? Para tanto, o cidadão pagador de tributos deseja um mínimo, qual seja, a verdadeira aplicação da norma posta no Direito Positivo, devidamente consignada com a sua relação fática definida, como também o respeito à coisa julgada e ao direito adquirido.

As relações jurídicas devem ser permeadas por uma atmosfera de segurança, acompanhadas por condições de organização, *conditio* essas que irão talhar o entremeio entre o momento pretérito e o por vir, das aplicações do legislador e do contribuinte. Carvalho (2019, p. 208, grifo nosso) diz que “**Desnecessário encarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor justiça, e sua realização concreta se traduz numa conquista paulatinamente perseguida pelos povos cultos**”.

Pontes de Miranda (2000, p. 193) lembra sobre o conteúdo da Justiça: o conteúdo da justiça é liberdade, cultura, felicidade relativa; o da segurança, ordem, paz. O que é preciso – sustenta – é que vigore determinado sistema jurídico e haja a convicção que será aplicado nos casos particulares, pois é isto que dá segurança jurídica. Se a solução é imprevisível, é que não há sistema, mas variação ou, pelo menos, incerteza e vacilação. E acrescenta o jurista Pernambucano, salientado o aspecto conservador do Direito: A atividade humana encontraria empecilhos e desalentos se não soubesse que do ato ‘A’ surgiriam os fatos ‘a’, ‘b’ e ‘c’, que são os efeitos jurídicos dele no mundo das relações sociais. É por isto que as revoluções prejudicam todavia a economia e a produção. A ordem é a mais objetiva revelação do bem, porque representa a revelação experimental. No entanto, distingue a ordem intrínseca da ordem extrínseca. Para esta, basta previsibilidade; para aquela, é preciso a perfeição interna do direito objetivo.

Ainda conforme Lacombe (2000, p. 79), em referência a Almiro do Couto e Silva, no tocante à subversão entre justiça e segurança jurídica, nada pode se transformar em injustiça:

O conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço - tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela ideia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o rigor de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou de ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da legalidade originária.

E complementa, que a verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias na segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Isto porque, o sistema jurídico precisa de estabilidade para todos os seus operadores e, não há imprevisibilidade que o deixe o sistema de pé.

## **2.4 Princípio da Anterioridade Tributária**

Extrai-se da Constituição Federal três dispositivos, divididos em duas espécies normativas, como leciona Paulsen (2019, p. 144), quais sejam, para o art. 150, III, "b"<sup>[5]</sup>, da CF, o sujeito passivo da obrigação tem em tese, uma segurança de que, referente a majoração e instituição de tributo, somente às leis publicadas até o último dia do ano anterior (31/12), estar-se-ia diante da anterioridade do exercício.

Do art. 150, III, "c"<sup>[6]</sup>, da Carta Maior, que foi acrescentada pela Emenda Constitucional nº 42/03, e o art. 195, § 6º<sup>[7]</sup>, do mesmo diploma legal, que deveria ter o caráter assecuratório ao sujeito passivo da obrigação um lapso temporal de noventa dias, dentre a publicação que instituiu ou majorou o tributo e seus reflexos (fato jurídico tributário).

Parte da doutrina entende haver distinção entre princípio e regra. Canotilho (1991, p. 545)<sup>[8]</sup>, trouxe diferenciações entre princípios e regras, afirmando a atuação aberta dos princípios. Paulsen (2019, p. 144) leciona que: "a anterioridade apresenta-se não como



princípio, mas como regras claras e inequívocas condicionantes da válida incidência das normas que instituem ou majoram tributos”.

Ainda, baseando-se no entendimento de Paulsen (2019, p. 143), a anterioridade tributária não se confunde com anualidade. A anualidade figurava no § 34 do art.141 da Constituição de 1946<sup>[9]</sup>. E seguindo a vertente de Paulsen, tal norma não foi repetida nas Constituições posteriores já não existe como garantia tributária<sup>[10]</sup>.

Vale lembrar, que para a efetividade da anterioridade, nada mais justo e robusto de que o contribuinte tenha antecipadamente o conhecimento de determinada lei, referente àquele tributo específico, para que possa agir em detrimento de um imposto menos gravoso. Não é simples ato de prevenir ou de ser pego de surpresa, mas no dizer de Ávila (2011, p. 587):

Em vez de previsibilidade, a segurança jurídica exige a realização de um estado de calculabilidade. Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente.

Com as notações feitas em relação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da anterioridade e, ao se fazer uma leitura mais acurada, do histórico da publicação do DIFAL, se perceberá certas discrepâncias jurídicas-constitucionais, em relação ao instituto.

## 2.5 Análise da Legalidade pelo Supremo Tribunal Federal do DIFAL

O Supremo Tribunal Federal declarou, em duas oportunidades, a inconstitucionalidade da cobrança de diferença de alíquota do ICMS, instituída por Convênio CONFAZ, quando a instituição e cobrança do imposto somente é permitida através de Lei Complementar<sup>[11]</sup>, nos termos da Constituição Federal.

No ano de 2021, exatamente no mês de fevereiro, o Supremo Tribunal Federal proibiu os Estados e o Distrito Federal de cobrar a diferença de alíquota do ICMS – DIFAL, tendo em vista que tais cobranças vinham sendo realizadas por meio do Convênio CONFAZ. Isso porque, a corte compreendeu pela necessidade de que a matéria fosse regida por lei complementar, ao invés de mero ato administrativo.

A Colenda Corte reconheceu a inconstitucionalidade da instituição e a exigência do DIFAL, modulando os efeitos da decisão, para que ela gozasse de efeitos válidos no corrente ano. A referida decisão foi definida concomitantemente com a deliberação do Recurso Extraordinário nº 128.019 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469/DF[12], em 24/08/2001:

Os Estados por sua vez e no afã arrecadatário de não perder receitas, superando as formalidades processuais, foram ao Congresso Nacional e, diante de sua força de articulação conseguiram a aprovação legislativa que faltava para o permissivo da cobrança do DIFAL.

Sem fazer juízo de valor, o que na realidade ocorreu é, um lapso de troca de ano entre a edição da LC nº 190/2022 e o sancionamento da respectiva lei pelo Chefe do Executivo, provocando uma série de incertezas para os contribuintes que fazem parte de um sistema e o ferimento do princípio da anterioridade, o qual já foi abordado no item 24. deste trabalho.

O que se vislumbra na prática é que os Estados adotaram a cobrança do DIFAL, ou seja, o resultado da alíquota interestadual ao Estado de origem da mercadoria e a diferença de alíquota para o Estado destinatário da mercadoria, onde está o contribuinte de fato (consumidor final).

Portanto, frente a essa situação posta, deve-se ir avante para descobrir qual ou quais os motivos foram determinantes para que os Tribunais dos Estados e Distrito Federal invalidassem as liminares e antecipação de tutela concedidas ao sujeito passivo ao que se refere o recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS.

## 2.6 Cassação das Liminares para o Não-Recolhimento do DIFAL

A divergência quanto à cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, que não se poderia ser realizado através do Convênio CONFAZ, mas sim através de Lei Complementar, fomentou o contencioso tributário, com a concessão de liminares e tutela antecipada em favor dos contribuintes frente à inconstitucionalidade da cobrança.

Ou seja, os contribuintes se socorreram do Judiciário para a obtenção de decisões que lhes resguardassem da exigência do pagamento do diferencial de alíquota no ano de 2022, com conseqüente início da cobrança somente no ano de 2023, de modo que fosse respeitado o princípio constitucional da anterioridade e por via de conseqüência os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Uma das decisões que concedeu liminar para o não recolhimento, foi determinada pelo Magistrado da 4ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública do Piauí (2022, grifo nosso), fundamentando a decisão do seguinte modo:

Ante o exposto e a tudo considerado, concedo em parte a liminar vindicada, "**inaudita altera parte**", determino a suspensão da exigibilidade do ICMS - DIFAL em favor da impetrante, nas operações que tenham como destinatário consumidor final não contribuinte do ICMS, bem como determino que o Fisco se abstenha de impor qualquer sanção ou medida restritiva de direitos em decorrência do não recolhimento do referido imposto, observado que tal **suspensão da exigibilidade deverá prevalecer apenas durante o período de 90 (noventa) dias contados a partir da publicação da Lei Complementar 190/2022**".

Nota-se que, o juízo de primeira instância concede a liminar com fundamento no princípio da anterioridade nonagesimal, conforme grifou-se. Todavia, frente às possibilidades de diminuição da receita pública<sup>[13]</sup>, as liminares foram suspensas pelos Presidentes dos Tribunais dos entes federativos do Piauí e do Estado de Santa Catarina. O Presidente do TJPI, suspendeu as proferidas e também futuras, sob a alegação de impacto ao erário público, impacto este em torno de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais); além do reflexo replicador das liminares, o argumento é baseado nos efeitos econômicos, conforme se alega:

A Secretaria de Fazenda vem recebendo uma média diária de 30 mandados oriundos de ações judiciais sobre a mesma temática, motivo pelo qual, desde já, torna-se necessário o deferimento de extensão de efeitos suspensivos para outras liminares já proferidas e as supervenientes", disse na decisão, desta segunda-feira (7/3)<sup>[14]</sup>.

Pelo mesmo caminho seguiu o Presidente do TJSC quanto a suspensão das liminares para o não pagamento do DIFAL pelos contribuintes, com o mesmo fundamento de impacto econômico que afetaria o Estado de Santa Catarina em aproximadamente R\$ 420.000.000,00 (quatrocentos e vinte milhões de reais). O Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, da mesma maneira, interrompeu as liminares<sup>[15]</sup>, sob a mesma ratio, a falta de arrecadação e comprometimento de serviços essenciais. O que evidentemente se criou, foi um efeito cascata de suspensão de outras liminares em outros Estados pelos Presidentes dos Tribunais de: Pernambuco, Espírito Santo, Bahia e Ceará.

Ora, por que essa questão tem a ver com este cenário que estamos vivenciando, é com essas mudanças no direito processual, administrativo e tributário, isso tem a ver, além do Princípio da motivação (art. 93, IX, da CF/88), exige que todas as decisões sejam motivadas (interlocutórias, sentenças e acórdãos), tratou o legislador no CPC/15, o dever

de motivação em seu art. 298: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”, especialmente com a superveniência com as modificações que foram feitas com as mudanças na LINDB (Lei de Introdução Nacional Direito Brasileiro) em 2018, no seu art. 20[16], que sob a análise de Bueno (2021, p. 318)[17], versa sobre um dever-poder geral de cautela, entende-se por certo que é preciso transparência e proporcionalidade nas decisões dos magistrados, claramente fazendo-se referência a uma diminuição do subjetivismo e, não se pode decidir sem que se veja os reflexos pertinentes para ambas partes da lide, dando-se conformidade ao texto constitucional.

Deve-se também, prestar muita atenção no art. 21 da mesma lei, que trata da fundamentação das decisões com a seguinte redação: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas” (BRASIL, 1942, p. 1).

As consequências de uma decisão são causas legítimas de decidir, razões de decidir - antes não havia essa condição, anteriormente o juízo mesmo que adotasse uma abordagem consequencialista, ele não assumia isso formalmente, ele deixava escondido lá no recôndito cognitivo dele, ou seja, o magistrado exterioriza através de uma decisão eivada de consequencialismo, mas não assumia, porque não havia base legal para isso.

E por que isso? Porque vivia-se um período em que a fundamentação estava ou não se estava presente na lei. As consequências da decisão que ultrapassam o sentido jurídico fogem à competência do Poder Judiciário pelo menos no plano retórico, pois bem, aí vem o art. 21 da LINDB e diz: que o juiz ao julgar, levará em conta os efeitos da decisão.

Veja-se a importância do art. 21, da LINDB, ainda que não interiorizada muito no nosso imaginário, veja a explicitude da coisa, ou seja, qual a consequência ou consequências, são razões legítimas de decidir. Agora, o juiz pode dizer, muito embora juridicamente esta questão se resolva neste sentido, a verdade é que os efeitos desta decisão me induzem e me autorizam a decidir de maneira contrária levando-se em conta, já que os efeitos que essa decisão tem para o âmbito geral ou específico.

A contra face disso está na medida em que o Judiciário vem incorporando o pragmatismo, o consequencialista e a visão econômica do direito, de modo que o magistrado está legitimado a decidir com argumentos extrajurídicos. Então, teoricamente hoje em dia a procuradoria pode e ela se utiliza muito disso, de que uma decisão contrária ao fisco provocaria repercussões sobre o erário público, gestão orçamentária e cumprimento de políticas públicas, influenciando sobremaneira o Judiciário.

Porém, sobre a superveniência desta realidade, do ponto de vista de muitas instâncias judiciais, os magistrados agora compreendem que os argumentos consequentialistas fazem parte da regra do jogo e, quem alegar as consequências como causa de pedir, terá que delinear explicitamente quais os efeitos especificamente, não genericamente com mormente o império fazendário o faz – alegando qualquer coisa, ela terá que ser detalhada.

Dito tudo isso, é importante e salutar que os argumentos consequentialistas, desde Bentham<sup>[18]</sup>, no séc. XVIII início do séc. XIX, devem ser identificados sob pena de se estar diante de mera retórica, o que se apresenta uma forma inconsequente.

Sobre o consequentialismo jurídico-econômico Posner (1986, p. 12) lembra que, embora poucas opiniões judiciais contenham referências explícitas a conceitos econômicos, muitas vezes os verdadeiros fundamentos da decisão legal são ocultados ao invés de iluminados pela característica das opiniões. Não pode o consequentialismo, subverter as regras determinadas no próprio texto constitucional, senão vejamos.

Importante reafirmar o que foi dito no item 2.4 sobre o princípio da anterioridade, nas palavras do Ministro Celso de Mello<sup>[19]</sup>, quando confirma que tal motivo se trata de um direito fundamental:

O princípio da anterioridade da lei tributária, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais importantes outorgados pela Carta da República ao universo dos contribuintes [...].

O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos, introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações sempre tão estruturalmente desiguais entre pessoas e o Poder.

[...] os princípios constitucionais tributários, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos outorgados, pelo ordenamento positivo, aos sujeitos passivos das obrigações fiscais. Desde que existam para impor limitações ao poder de tributar, esses postulados têm **por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete, qualquer que**

**sejam os contribuintes, à impessoalidade de suas restrições** (grifo nosso).

Comunga-se da citação anterior, no sentido de confirmar o princípio da anterioridade como um direito fundamental a ser perseguido no relevo do sujeito passivo, como ditame definitivo ao princípio constitucional determinado na própria Constituição Federal.

Schoueri (2021 p. 350), de forma categórica, ante todo o racional realizado neste estudo, alerta como preocupante tendência de mitigação do Princípio da Anterioridade deve ser denunciada quando a jurisprudência, invocando o argumento de que revisão ou revogação de benefício fiscal, seria vinculada a política econômica, não estaria sujeita aos limites do art. 150, III, "b" e "c", do texto constitucional. Mesmo não sendo o caso concreto do trabalho, entende-se pela não mitigação do princípio da anterioridade.

Acompanhe também, a Súmula Vinculante de nº 50<sup>[20]</sup> do Supremo Tribunal Federal, que é de uma clareza evidente, que **a norma legal que altera o prazo de recolhimento, não está sujeita ao princípio da anterioridade**. O que efetivamente mudou o prazo de recolhimento foi uma instrução realizada por convênio, o que se trata de inconstitucionalidade simples e pura.

Poder-se-ia alongar em tantas outras páginas, mas o labor exegético exige que o intérprete conclua seus pensamentos, e destarte se passará para conclusão.

## 5 CONCLUSÃO

Com tudo que foi recolhido de informações neste artigo, se faz necessário mirar sob duas perspectivas bem delineadas, uma visão do ente fazendário que busca arrecadar e garantir o crédito público em detrimento do crédito privado para realização de políticas públicas; e outra do ponto de vista do contribuinte que quer pagar o que está demarcado dentro dos limites da legalidade e mais, ter um mínimo de segurança jurídica para prospecção e realização dos seus negócios.

Em um Estado Democrático de Direito, imperativo obedecer os princípios constitucionais, verdadeiras vigas mestras do prédio constitucional, que diferentemente das regras, causam desconfiança aos operadores do direito e principalmente aos contribuintes que planejam e organizam suas operações.

Por outra via, o COMSEFAZ – Comitê Nacional dos Secretários da Fazenda, realizou um estudo sobre os impactos da perda de arrecadação estimado em R\$ 9.000.000.800,00 bilhões de reais, caso a diferença de alíquota deixasse de ser arrecadada. Os entes federativos informaram as datas que iniciaram seus respectivos recolhimentos.

Desse modo, com a suspensão das liminares para o recolhimento do DIFAL pelos Tribunais Estaduais, vêm causando mais insegurança jurídica e desconfiança do sistema jurídico. Entende-se então, que a cobrança da diferença de alíquota de ICMS, só pode ter seu recolhimento a partir de 2023, respeitando-se a anterioridade do exercício, já que a Lei Complementar n. 190/22, foi publicada em 05/01/2022.

Ante o imbróglio, está-se convencido de que lei ordinária dos Estados como do Distrito Federal não podem ser supervenientes à exigência de lei complementar, o que afeta sobremodo a segurança jurídica dos sujeitos passivos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. 4. tiragem. ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: Entre a permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. atualizada por Misabel Derzi. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

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

BRASIL. Senado Federal. **Lei n.º 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **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 18 ago. 2021.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. STF. **Súmula Vinculante 50**. Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2604>. Acesso em 18 jun. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 7. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2021

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Tributário**. 33. ed., Malheiros: São Paulo, 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**, 18. ed. rev., ampl., e atual., São Paulo, Malheiros: 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed., Saraiva Educação, 2019.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Princípios Constitucionais Tributários**, 2. ed., Malheiros: São Paulo, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. Curso de Direito Tributário Completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIAUI (Estado). 4ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina da Comarca de Teresina. **Processo n.: 0806570-90.2022.8.18.0140**. Classe: Mandado De Segurança Cível (120). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-piaui-suspende-cobranca-difal.pdf>. Acesso em 18 jun. 2022.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, t. IV.

POSNER, Richard. **Economics Analysis of Law**. Aspen Casebook series. Third edition. 1986.



SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo, Saraiva Educação. 2021.

NOTAS:

---

[1] Trata das operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.

[2] Altera os incisos VII e VIII, do § 2º do art. 155, da Constituição Federal e inclui o art. 99 no ADCT, autorizando que "nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual" (a partir de 2016).

[3] Em relação ao Recurso Extraordinário foi fixada a seguinte tese: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº. 87/2015, pressupõe edição de Lei Complementar veiculando normas gerais"; quanto à ADI: "Foi declarada a inconstitucionalidade formal das respectivas cláusulas: 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio 93/2015, referentes aos procedimentos de cobrança do diferencial de alíquota".

[4] Ainda, sobre o texto extraído de Lacombe, Uckmar cita: "outros exemplos anteriores à Magna Carta, em que o Rei convocou assembléias para autorizar a cobrança de tributos. Mas não há dúvida de que a Magna Carta foi o primeiro texto escrito que exigiu a autorização dos representantes dos contribuintes para legitimar a cobrança de tributos. Até o reinado de Henrique VI a Magna Carta foi alterada 37 vezes, mas sempre foi repetida a cláusula que exigia prévia autorização para a cobrança de qualquer exação".

[5] CF/88 "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

[6] CF/88 "antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b".

[7] CF/88 "As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b"".

[8] “Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.” (CANOTILHO, 1991, p. 545).

[9] “nenhum [tributo] será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra” (PAULSEN, 2019. p. 143). Ou seja, havia o imperativo da previsão de arrecadação do tributo, expressamente no orçamento.

[10] “A anterioridade e a anualidade são coisas distintas tanto no fundamento quanto no conteúdo. A ideia de anterioridade da lei visa garantir que o contribuinte não seja surpreendido com um novo ônus tributário de uma hora para outra, sem que se possa se preparar para nova carga tributária, ou seja, concretiza um comando que tem como fundamento a segurança jurídica e como garantia de certeza do direito, assegurando o conhecimento prévio da lei. A anterioridade, pois, sempre se relaciona com inovação legislativa relativa à instituição ou majoração de tributo. A anualidade, por sua vez, precisa ser analisada conforme o momento histórico. Em uma fase inicial, identificava-se com a ideia de consentimento que deu suporte ao próprio surgimento da legalidade tributária, porquanto, a cada ano, em uma única lei se instituíam os tributos a serem cobrados no ano subsequente conforme as despesas previstas. A própria instituição dos tributos era temporária, anual, exigindo, pois, renovação. Assim, pouco importava que se tivesse cuidando da instituição ou majoração de um tributo novo ou da simples manutenção da sua cobrança tal como já vinha sendo feito em exercícios anteriores. Em uma segunda fase, quando, mais consolidado o sistema representativo, a instituição dos tributos já não se dava de modo temporário, mas em carácter permanente, até que a lei instituidora viesse a ser revogada, a anualidade passou a cumprir uma função limitadora da instituição de novos tributos ou majoração dos já existentes, pressupondo-se que, se não prevista no orçamento daquele ano, não poderia incidir, não estando autorizada a sua cobrança. Ficaria, assim, a incidência e arrecadação para o ano em que, já constando do orçamento aquele ingresso como receita, se justificasse a sua exigência. Em uma terceira fase, que é a atual, nem sequer se condiciona a instituição ou majoração de tributos à prévia inclusão na lei orçamentária. Isso porque se entende que, provindo do mesmo órgão legislativo, ainda que não prevista na lei orçamentária, a instituição posterior, por força da lei, pressupõe, ela própria, um juízo contemporâneo quanto à necessidade daquela receita e a autorização para cobrança após o decurso do prazo constitucional que garante o conhecimento antecipado pelo contribuinte, a anterioridade. Não se deve perder de vista, contudo, que a tributação não se justifica por si só, como uma via de mão única, como um arrecadar por arrecadar, uma receita sem sentido. Pelo contrário, a tributação só se justifica e encontra amparo constitucional, sustentando-se a ingerência no patrimônio privado,

quando se faça necessária. Nesta medida, excluindo-se o exercício inicial, quando a própria instituição pressupõe tal juízo de necessidade e, por isso, dispensa autorização orçamentária prévia, a tributação só restará justificada e autorizada, nos exercícios seguintes, se houver na lei orçamentária, que rege a ação do Estado em cada exercício, a previsão da arrecadação e da aplicação dos respectivos recursos, o que ganha relevância e maior destaque no que diz respeito aos tributos que, por sua própria natureza, vinculam-se diretamente a uma atividade estatal (taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios). Atualmente, pois, ainda que a anualidade não mais figure como limitação à inovação legislativa que implique instituição ou majoração de tributo, prossegue condicionando a tributação no que diz respeito ao prosseguimento da cobrança a cada exercício” (PAULSEN, 2019. p. 143-144).

[11] Art. 155, §2º, XII, “g” – “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”.

[12] Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da associação autora. Emenda Constitucional no 87/15. ICMS. Operações e prestações em que haja destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar. (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS no 93/2015. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, inciso III, d, e parágrafo único CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS no 93/2015. Inconstitucionalidade. Cautelar deferida na ADI no 5.464/DF, ad referendum do Plenário.

1. A associação autora é formada por pessoas jurídicas ligadas ao varejo que atuam no comércio eletrônico e têm interesse comum identificável. Dispõe, por isso, de legitimidade ativa ad causam para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 103, IX). [...].

3. Especificamente no que diz respeito ao ICMS, o texto constitucional consigna caber a lei complementar, entre outras competências, definir os contribuintes do imposto, dispor sobre substituição tributária, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar o local das operações, para fins de cobrança do imposto e de definição do estabelecimento responsável e fixar a base de cálculo do imposto (art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i). (g.n) [...]. **5. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispendo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final**

**não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS no 93/2015.**

6. A Constituição também dispõe caber a lei complementar – e não a convênio interestadual – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e as empresas de pequeno porte, o que inclui regimes especiais ou simplificados de certos tributos, como o ICMS (art. 146, III, d, da CF/88, incluído pela EC no 42/03). [...].

8. A cláusula nona do Convênio ICMS no 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da Emenda Constitucional no 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC no 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte. [...].

**10. Ação direta julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS no 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal.**

11. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI no 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste presente julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS no 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI no 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso”.

[13] As liminares suspensas, nos entes federativos citados têm seus processos com a seguinte numeração: n. 0751242-13.2022.8.24.0000 – Piauí e, n. 5010518-52.2022.8.24.0000 – Santa Catarina.

[14] TJPI n. 0751242-13.2022.8.24.0000.

[15] Suspensão de Segurança Cível nº 0706978-14.2022.8.07.0000.

[16] “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 1942, p. 1).

[17] “Última observação quanto ao emprego “dever-poder geral”, comumente “poder geral”, é porque têm-se uma perspectiva na qual o magistrado exerce função jurisdicional que, de acordo com o modelo de Estado criado pela Constituição de 1988, merece ser compreendida pela síntese das finalidades a serem atingidas (“dever”) mediante os meios adequados e próprios para tanto (“poder”). Só há, destarte, “poder” enquanto vocacionado ao atingimento de um “dever”. É no dever (na faculdade a ser atingida pelo Estado-juiz) que deve residir a ênfase da expressão, reservando o poder para a identificação dos meios adequados e proporcionais para atingi-la” (BUENO, 2021. p. 318).

[18] A qualidade da ação depende da consequência proporcionada pela ação.

[19] STF, ADI n. 939-7 – DF (Medida Cautelar), rel. Min. Sidney Sanches, j. 15.09.1993, D.J.U. 17.12.93. Repertório *IOB de Jurisprudência*, ementa 1/7025, p. 28.067. (SCHOUERI, 2021, p. 345).

[20] Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade (BRASIL, 2022, p. 1).

## **SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA: PERCEPÇÃO DE RENDA ÍNFIMA QUE NÃO DEVE DESCARACTERIZAR A CONDIÇÃO DE SEGURADO**

**CAMILLA MENEZES DE SANTANA:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, pós-graduada em Seguridade Social e em Direito Tributário pela Faculdade Focus. Assessora Jurídica na Procuradoria Geral do Estado de Sergipe<sup>11</sup>

**RESUMO:** O Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP), instituído pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e alterado pela Emenda Constitucional nº 47/2005, ampliou acesso à previdência social determinando um tratamento diferenciado àqueles que até então encontravam-se excluídos da proteção previdenciária. Tal sistema foi regulamentado pela Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011, que alterou dispositivos da Lei de Custeio (Lei nº 8.212/91) para estabelecer alíquotas reduzidas para o segurado facultativo, instituindo o chamado segurado facultativo de baixa renda – SFBR. Nos termos da lei, é SFBR aquele que “sem renda própria se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência”. Dessa forma, houve uma ampliação da cobertura previdenciária incluindo-se a dona de casa de baixa como segurada. O presente artigo tem por objetivo analisar as implicações decorrentes da promulgação dessa lei, que instituiu o segurado facultativo de baixa renda (dona de casa), estabelecendo uma alíquota reduzida de 5% do salário mínimo. Pretende-se analisar os requisitos indispensáveis para que as contribuições vertidas nessa condição sejam validadas. Além disso, demonstrar os entraves na efetivação dos direitos das donas de casa, especialmente quando a percepção de renda ínfima descaracteriza a condição de segurado facultativo de baixa renda, conforme tese fixada em 2021 pela Turma Nacional de Uniformização TNU no tema 241.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema especial de inclusão previdenciária. Segurado facultativo de baixa renda. Dona de casa. Qualidade de segurado. Renda ínfima.

**ABSTRACT:** The Special System for Social Security Inclusion (SSSSI), instituted by Constitutional Amendment No. 41/2003 and amended by Constitutional Amendment No. 47/2005, increased access to social security by determining a differential treatment for those who had previously been excluded from social security protection. This system was regulated by Law No. 12,470 of August 31, 2011, which amended the provisions of the Costing Law (Law 8212/91) to establish reduced rates for the optional insured, instituting the so-called low-income optional insured (LOI). Under the law, it is LOI that "without own

---

<sup>11</sup> E-mail: camilla.menezes@gmail.com

income exclusively dedicates himself to domestic work within the scope of his residence". As a result, there was an increase in social security coverage, including the low-income housewife as an insured. The purpose of this article is to analyze the implications of the enactment of this law, which instituted the low-income optional insured (housewife), establishing a reduced rate of 5% of the minimum wage. It is intended to analyze the indispensable requirements for the contributions in this condition to be validated. In addition, to demonstrate the obstacles in the realization of the rights of housewives, especially when the perception of low income mischaracterizes the condition of low-income optional insured, according to the thesis fixed in 2021 by the TNU National Uniformization Class in theme 241.

**KEYWORDS:** Special system of social security inclusion. Optional low-income insured. Housewife. Insured quality. Subtle income.

## **1 INTRODUÇÃO**

O Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP), instituído com as Emendas Constitucionais nº 41/2003 e 47/2005, ampliou o acesso ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), consolidando uma política de inclusão previdenciária, em especial daqueles que até então se encontravam fora do âmbito da cobertura previdenciária. A Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011 regulamentou esse Sistema Especial de Inclusão Previdenciária instituindo o chamado "segurado facultativo de baixa renda".

Essa lei instaura um novo tipo de contribuição previdenciária, cuja alíquota é de apenas 5% do salário mínimo. Poderá contribuir com essa alíquota reduzida apenas o "segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda", conforme dispõe o artigo 21, inciso II, alínea b, da Lei 8.212/90 incluído pela Lei 12.470/11.

O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos trazidos pela Lei nº 12.470/2011 ao incluir a (o) dona (o) de casa de baixa renda como segurada (o) facultativa (o), instituindo uma alíquota diferenciada de 5% do salário mínimo, bem como analisar todos os requisitos estabelecidos pela Lei para que seja possível se enquadrar nessa categoria. Ainda, analisar a efetividade (ou não) dessa inclusão previdenciária, bem como os obstáculos oferecidos pela própria normatização ao exigir que o contribuinte não possua qualquer tipo de renda.

Inicialmente traz-se notas introdutórias sobre a Seguridade Social e suas três grandes áreas: a saúde, a assistência e a previdência. Em seguida, estuda-se o Sistema Especial de Inclusão Previdenciária – SEIP – fazendo-se, inicialmente, uma abordagem dos princípios norteadores desse sistema. Após faz-se uma abordagem da lei que

regulamentou o SEIP (Lei nº 12.470) demonstrado que a publicação dessa foi um marco para a ampliação do acesso à previdência. E ainda, aborda-se os requisitos específicos relacionados ao segurado facultativo de baixa renda – SFBR.

Em seguida, aborda-se especificamente as implicações da Lei que instituiu o SFBR. Nesse aspecto é importante esclarecer que todas as implicações abordadas nesse capítulo se basearam em pesquisa bibliográfica de estudos realizados por assistentes sociais.

Por fim, percebe-se que a pesquisa aqui realizada demonstrou que há diversos entraves na efetivação dos direitos das donas de casa, sendo a principal delas a dificuldade em demonstrar que atende a um dos requisitos exigidos pela lei: ser de “baixa renda”. A pesquisa demonstrou que a percepção de renda, ainda que ínfima, tem sido o principal motivo de indeferimento dos benefícios na esfera administrativa, e, conseqüentemente, de judicialização.

Nesse aspecto, o que se busca defender nesse artigo é que a existência de renda ínfima não é suficiente para descaracterizar a condição de segurado facultativo de baixa renda, como já tem decidido o judiciário brasileiro.

## **2. A SEGURIDADE SOCIAL**

Segundo Zambitte (2015), a Seguridade Social, expressão adotada pela primeira vez na Constituição de 1988, compõe o mecanismo mais complexo de proteção social e pode ser conceituada como uma rede de proteção formada, prioritariamente, pelo Estado e por particulares, que através de contribuições possibilitam a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. Para Lazzari (2014), o Estado Contemporâneo tem como função, dentre outras, a proteção social dos indivíduos em relação a eventos que lhes possam causar a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de subsistência por conta própria, e tal proteção encontra-se consolidada dentre as políticas de Seguridade Social.

Dispõe o artigo 194 da Constituição Federal que: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Dessa forma, observa-se que a Constituição enumera como áreas da Seguridade Social a saúde, a assistência e a previdência. Inicialmente é indispensável fazer uma síntese distinguindo essas três grandes áreas da Seguridade Social.

A saúde, como um dos pilares da Seguridade Social, é devida a todos aqueles que dela necessitarem, inclusive estrangeiros não residentes no país ou pessoas que possuam planos de saúde, sendo desnecessária qualquer tipo de contribuição para ter acesso ao sistema de saúde brasileiro.



A assistência social, por sua vez, é devida “a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”, nos termos do artigo 203, caput, da Constituição Federal.

Por fim, a terceira área de atuação da Seguridade Social, a Previdência Social, é destinada apenas àqueles que contribuem para a previdência. Encontra previsão normativa no artigo 201 da Constituição Federal, segundo o qual “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial [...]”.

Segundo Lazzari (2014, p. 166) “no âmbito da Previdência Social no Brasil não existe somente um regime previdenciário, mas vários deles”. Ainda segundo o autor, regime previdenciário é aquele que abarca uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional, de modo que a essa coletividade seja garantida benefícios essenciais que protejam os segurados de incapacidades para o trabalho.

Lazzari leciona que o RGPS é o principal regime previdenciário na ordem interna e que abrange obrigatoriamente todos os trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, todos aqueles que possuem relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei 5.889/73 (empregados rurais) e pela Lei 5.859/72 (empregados domésticos), além dos trabalhadores autônomos, avulsos, dentre outras categorias de trabalhadores.

Segundo Zambitte (2015), o Regime Geral de Previdência Social – RGPS tem previsão normativa no artigo 9º da Lei nº 8.213/91 e no art. 6º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99. Compõe, junto com os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e militares, e o sistema complementar, a previdência social brasileira.

No mesmo sentido Lazzari explica que o RGPS é regido pela Lei nº 8.213/91, intitulada de Plano de Benefícios da Previdência Social, sendo de filiação compulsória e automática para os segurados obrigatórios, permitindo, ainda, que pessoas que não estejam enquadradas como obrigatórios – nem regime próprio – se inscrevam como facultativos, passando também a serem filiadas ao RGPS. O autor explica que esse é o único regime previdenciário compulsório brasileiro que permite a adesão de segurados facultativos, em obediência ao princípio da universalidade do atendimento.

Para ter acesso aos benefícios do RGPS é necessário que a pessoa esteja entre o rol de beneficiários do RGPS, que são os segurados e seus dependentes (cônjuge/companheiro, filhos, pais, irmãos). “Os segurados são as pessoas físicas que

contribuem para o regime previdenciário e, por isso, têm direito a prestações – benefícios ou serviços – de natureza previdenciária” (SANTOS, 2016, p. 178).

Segundo Ivan Kertzman (2015, p. 95), “os segurados do Regime Geral de Previdência social dividem-se em dois grupos: segurados obrigatórios e segurados facultativos”. Os segurados obrigatórios são aqueles que ao exercerem qualquer atividade remunerada lícita devem, obrigatoriamente, contribuir para o sistema previdenciário. Já os segurados facultativos são aqueles que não estando vinculados obrigatoriamente à previdência social – e, não tendo regime previdenciário próprio –, optam pela sua inclusão no sistema e passam a contribuir voluntariamente (Ibidem, p. 96).

O segurado facultativo, objeto do presente artigo, é aquele que mesmo não estando vinculado obrigatoriamente à previdência social, opta por contribuir para então fazer *jus* aos benefícios previdenciários, e “foi criado para atender ao princípio constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento, pois, desta forma, até mesmo os que não trabalham podem optar pela sua inclusão no sistema previdenciário” (Kertzman, 2015, p. 95).

Essa categoria de segurado está prevista no artigo 13 da Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/91), segundo o qual “É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11”. Conjuntamente, há previsão no artigo 11 do Decreto 3048/99, o qual dispõe que:

É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

Nesse ponto é importante esclarecer a divergência entre os dois dispositivos quanto a idade mínima para filiar-se como segurado facultativo. Em que pese a divergência acerca da idade mínima para filiar-se como facultativo, o entendimento dominante na doutrina é o de que a idade mínima é 16 anos. Inclusive, é o que dispõe o parágrafo único do artigo 2º da Instrução Normativa do INSS: “É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, observado o disposto no art. 55”.

Explica Kertzman (2015, p. 128) que “a idade mínima para inscrição é de 16 anos, salvo para o aprendiz, que pode exercer atividade laborativa desde os 14 anos, podendo efetuar a inscrição como empregado”. Do mesmo modo esclarece Pedro Santos (2016, p. 196) que

O enquadramento como segurado facultativo só é possível a partir dos 16 anos, e desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório do RGPS ou de Regime Próprio de Previdência Social.

Percebe-se que o segurado facultativo é a pessoa que, não estando em nenhuma situação que a lei considera como segurado obrigatório, deseja filiar-se ao RGPS para fazer *jus* aos benefícios previdenciários (LAZZARI, 2017).

Em suma, o RGPS prevê cinco categorias de segurado obrigatório: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial; e prevê ainda “a possibilidade de filiação daquele que não exerce atividade remunerada ou exerce atividade remunerada não sujeita a filiação obrigatória como contribuinte facultativo” (MAIOR, 2017, p. 376).

### **3. O SISTEMA ESPECIAL DE INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA (SEIP)**

Segundo Mattos et al. (2015), vários esforços foram empreendidos nos anos 2000 para ampliação do acesso dos trabalhadores ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), dentre eles, a criação do Sistema Especial de Inclusão Previdenciária, que trouxe novos contornos ao Regime Geral de Previdência Social.

No mesmo sentido, defende Costa (2007) que num país como o Brasil, de fraca distribuição renda, é necessário que haja consolidação de uma política de inclusão previdenciária do trabalhador informal, bem como daquele que se encontra fora do âmbito da cobertura previdenciária, como as donas de casa.

Em 2003 o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional Proposta de Emenda Constitucional (PEC 40/2003, transformada na Emenda Constitucional nº 41/2003) que a mídia chamou de PEC da Reforma da Previdência (LAZZARI, 2017).

Essa Emenda Constitucional 41/2003 inseriu o parágrafo 12 no artigo 201 da CF/88, com a seguinte redação: “Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo, exceto aposentadoria por tempo de contribuição”. Dessa forma, a EC 41/2003 sugere a criação de uma forma especial de contribuição para os trabalhadores de baixa renda (KERTZMAN, 2015).

Posteriormente, com a Emenda Constitucional 47/2005, a redação desse parágrafo 12 foi alterada e passou a contar com a seguinte redação:

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário mínimo. (Ibidem, p. 87)

Além de alterar a redação do parágrafo 12 do artigo 201 da CF/88, a EC 47/2005 inseriu o parágrafo 13, com a seguinte redação:

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Assim, através da Emenda Constitucional 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional 47/2005 foi instituído o Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP) no ordenamento jurídico brasileiro, o qual previa a redução das alíquotas e carências<sup>11</sup>.

Segundo Santos (2016), a Lei Complementar nº 123 de 2006 efetivou em parte o comando constitucional estabelecendo alíquota reduzida (11%) para o microempreendedor individual, o contribuinte individual e o facultativo. Posteriormente foi editada a Medida Provisória nº 529, de 7 de abril de 2011, com a finalidade de alterar as alíquotas dos trabalhadores de baixa renda. Inicialmente a MP previa a redução da alíquota de 11% para 5% apenas em relação ao Microempreendedor Individual.

Contudo, durante a tramitação da MP, a Senadora Gleisi Hoffmann propôs emenda à MP 529/2011 no sentido de estender a alíquota de 5% (inicialmente proposta apenas para os microempreendedores) para os segurados facultativos. Na justificativa da emenda, informa a Senadora que

Trata-se de medida de grande alcance social e de relevância inequívoca, uma vez que, com o mesmo objetivo da MP original, proporcionará incentivo à ampliação da formalização e da proteção previdenciária aos segurados facultativos, quais sejam: os que não exercem atividade de vinculação obrigatória a regime previdenciário e que sejam maiores de dezesseis anos de idade. Além disso, trata-se também de homenagear o trabalho realizado ao de vidas, que até muito pouco tempo não gozava de qualquer reconhecimento formal da sociedade, através da inserção previdenciária de inúmeras mulheres, donas de casa, espalhadas por todas as regiões do país.

A emenda proposta pela Senadora foi acolhida com ajustes, uma vez que o texto proposto estendia a alíquota reduzida a todos os facultativos, conforme se observa do voto proferido pela Relator Deputado André Figueiredo:

A emenda nº 2 defende que a contribuição reduzida de 5% seja estendida também para a categoria de segurados facultativos, facilitando, principalmente, o acesso das donas de casa ao sistema previdenciário. A medida é justa, pois entendemos que, se os microempreendedores individuais têm restrições financeiras que lhes impedem o acesso ao sistema previdenciário por uma contribuição de 11%, essa restrição é ainda mais evidente para as donas de casa que sequer possuem rendimento próprio. No entanto, a redação proposta inclui todos os segurados facultativos, o que estenderia o benefício para estudantes e também donas de casa com renda familiar elevada. [...] O projeto de lei de conversão incorpora, portanto, a emenda nº 2 por meio da inserção da alínea “b” ao inciso II do §2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 1991, instituindo a alíquota de 5% para o segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda.

Depreende-se do voto do relator que a proposta de emenda da Senadora foi acolhida, contudo a redução da alíquota para 5% ficou restrita ao facultativo de baixa renda que se dedicasse exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, ou seja, a dona de casa.

Por fim, a MP 529/2011 foi convertida na Lei 12.470/11, alterando o artigo 21 da Lei 8.212/91, e propiciando a inclusão na categoria de segurado facultativo, da pessoa que sem renda própria se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda (SANTOS, 2016, p. 197). Foi então, criada a categoria “segurado facultativo de baixa renda”.

Percebe-se, portanto, como bem assevera Jorge Souto Maior (2017), que o SEIP veio para facilitar o acesso do trabalhador de baixa renda ao regime previdenciário com inserção de regras mais benéficas. O autor afirma que

[...] possivelmente por conta da preocupação em efetivamente universalizar a cobertura e atendimento previdenciários (art. 194, parágrafo único, I, CF), tanto a Emenda Constitucional n. 41/2003, como a Emenda Constitucional n. 47/2005, constitucionalizaram um

chamado sistema especial de inclusão previdenciária do trabalhador de baixa renda (MAIOR, 2017, p. 377)

Além disso, o autor explica que a regulamentação do SEIP foi dada pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Lei nº 12.470/2011, com alterações pela Lei nº 12.507/2011 e que essas leis não tinham por objetivo estruturar o SEIP, mas apenas promover alterações pontuais no RGPS. Esclarece ainda que o legislador delimitou o âmbito do SEIP, o qual não abrange todos os segurados da previdência, apenas alguns trabalhadores de baixa renda (idem, ibdem).

#### **4 IMPLICAÇÕES DA LEI QUE INSTITUIU O SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA**

Diversas implicações, tanto positivas quanto negativas podem ser verificadas após a promulgação da Lei 12.470/11. Dentre as implicações positivas está o fato de que a lei foi recebida com euforia pelos movimentos sociais, especialmente em razão do reconhecimento do trabalho doméstico. Essa lei ficou conhecida como a lei da “aposentadoria para a dona de casa” [embora não haja distinção de gêneros, como já foi explicado anteriormente], pois toda a divulgação midiática foi no sentido de que as donas de casa passariam a ter direito a aposentadoria com uma contribuição de 5%,

Dessa forma, um grande contingente de pessoas passou a procurar as agências do INSS para obter informações acerca dessa modalidade de segurado (JESUS, 2014). Nesse aspecto é importante frisar que embora a lei tenha proporcionado um reconhecimento do trabalho doméstico, dando maior visibilidade as donas de caso, o fato é que não há distinção de gênero, não havendo, portanto, restrição legal para que os homens possam contribuir para previdência nesta modalidade (idem, ibdem). Segundo o autor:

[...] diante da igualdade de gênero prevista no texto constitucional, em seu artigo 5º, reforçada pela isonomia dispensada no artigo 201, parágrafo 12, essa restrição obviamente seria violadora de direitos e garantias fundamentais e jamais prevaleceria. Assim, não obstante a prática mostrar que esses benefícios irão beneficiar mais as mulheres que, até hoje, exercem em maior proporção a condição de donas de casa, não há impedimento algum para os homens dedicados exclusivamente ao lar, sendo possível a eles usufruir da benesse fiscal e previdenciária (2014, p.3, apud CANCELLA, 2014 s/p).

A redução da alíquota significou a possibilidade de cobertura previdenciária de uma significativa parcela da sociedade, por outro lado, evidenciou diversas problemáticas nos critérios de acesso (MATTOS et al, 2015).

Como bem argumenta Passos,

[...] a ferramenta concebida pelo estado para possibilitar a inclusão previdenciária (e, por consequência, social) especialmente dedicada à expressiva parcela da população que se encontra em condição de precariedade econômica, cultural e informacional é blindada por um emaranhado de critérios burocráticos de tamanha complexidade que, [...] tem evidenciado inúmeras dificuldades para a sua compreensão e aplicação (2015)

Dentre as implicações negativas encontram-se os inúmeros entraves na aplicação dessa nova modalidade de segurado facultativo, conforme se verifica de diversos estudos realizados por Assistentes Sociais que serão abordados a seguir. No mesmo sentido dos estudos apontados, consigna Dr. Fábio Cordeiro de Lima, em voto proferido nos autos do processo nº 0503903-59.2016.4.05.8500<sup>[2]</sup> que

“os principais problemas consistem no fato de que o suposto segurado começa a fazer recolhimentos sem qualquer verificação acerca da sua qualidade, a análise da condição de segurado facultativo de baixa renda somente é feita quando o provável segurado vai requerer o benefício ao INSS e a não validação das contribuições podem implicar em enriquecimento sem causa para a autarquia”

#### **4.1 ACESSO INDISCRIMINADO À MODALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO SEM QUE SEJA NECESSÁRIO DEMONSTRAR PREVIAMENTE O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS**

A primeira implicação negativa que se verifica é que não há impedimento para que qualquer pessoa contribua com alíquota de 5%, ou seja, qualquer pessoa pode se cadastrar como facultativo de baixa renda sem que seja necessário demonstrar previamente que preenche os requisitos para tanto (JESUS, 2014).

Segundo informações do INSS para começar a contribuir como segurado facultativo a pessoa deve inicialmente procurar o CRAS (Central de Referência de Assistência Social) e se cadastrar no CadÚnico, em seguida realizar os recolhimentos com o código 1929, sendo que esse pagamento pode ser feito por meio de guias que o próprio segurado faz pelo site da previdência ou por carnês que o segurado compra em qualquer papelaria e preenche à mão com o código de contribuição.

Uma consequência inevitável dessa facilidade de acesso à contribuição – desnecessidade de comprovação dos requisitos previamente – é que diversas pessoas que antes contribuía como segurado Contribuinte Individual, passaram a contribuir na condição de segurado facultativo de baixa renda por entender, equivocadamente, que atendia aos requisitos.

Nesse sentido, explica Cordeiro que

A realização de recolhimentos previdenciários não lhes garante automaticamente sua qualificação como seguradas/os da previdência social diferentemente do que ocorre quando efetuam contribuições em outros planos de previdência social, em que as contribuições migram automaticamente para os sistemas de benefícios do INSS sem quaisquer comprovações acerca da condição socioeconômica da/o contribuinte (2014, p. 21)

Percebe-se que o segurado passou a contribuir por mera liberalidade, sem se sujeitar a uma análise prévia se preenche os requisitos.

#### **4.2 DESCONHECIMENTO DOS REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS PARA SER ENQUADRADO NA CATEGORIA “SEGURADO FACULTATIVO DE BAIXA RENDA”**

Justamente pelo fato de a pessoa ter acesso indiscriminado a esse tipo de contribuição é não tomar conhecimento previamente dos requisitos que devem ser preenchidos. Assim, a pessoa só tem ciência se fará *jus* ou não benefício depois que solicita, e muitas vezes não preenche os requisitos.

Nesse sentido, a própria nomenclatura da categoria (“segurado facultativo de baixa renda”) subverte a finalidade da norma, posto que pessoas que recebem o mínimo para sobreviver se entendem – e são – pessoas de baixa renda, passam a contribuir com a alíquota reduzida de forma equivocada.

#### **4.3 ANÁLISE DOS REQUISITOS APENAS QUANDO DO REQUERIMENTO DO BENEFÍCIO**

Outra implicação negativa é que apenas quando o suposto segurado FBR requerer o benefício previdenciário é que haverá uma análise se de fato ele preenche os requisitos. Nesse momento o INSS avaliará se o contribuinte não tem renda própria, se se dedica exclusivamente as atividades no âmbito de sua residência, se a renda per capita familiar é de até dois salários mínimos e se está inscrito no CadÚnico. Ou seja, as contribuições só serão validadas posteriormente, quando o segurado requerer algum benefício.



Ou seja, o INSS não tem efetuado a análise do preenchimento dos requisitos, de forma inicial, permitindo que diversas pessoas contribuam por vários anos para o sistema previdenciário, supondo que se enquadram como segurados de baixa renda.

Como bem assevera Dr. Fábio Cordeiro de Lima em voto proferido nos autos do processo nº 050393-59-2016-5-05-8500, “não se criou um sistema próprio para o tratamento dessas contribuições e validação automática”, explica que o ideal seria a criação de um sistema informatizado que emitisse uma GPS ou documento equivalente e que a avaliação da qualidade de segurado fosse automática e concomitante ao recolhimento, “ao invés de ser manual e posterior pelo INSS”.

Citando Mattos et al (2015), o relator do processo, informa que inicialmente, quando da criação do segurado facultativo de baixa renda, a proposta previa que o enquadramento fosse feito de modo automático, assim que o segurado efetuasse o primeiro recolhimento. Contudo, o enquadramento não teria sido implantado por dificuldades sistêmicas, especialmente pela precariedade do banco de dados do CadÚnico.

Segundo o já citado MM. Juiz,

Os recolhimentos das contribuições previdenciárias não aparecem automaticamente no CNIS, mas ficam em um sistema a parte a espera da validação. Para que sejam computadas o INSS realizar um procedimento manual de validação que consiste verificar o preenchimento das condições [analisa o CNIS a procura de vínculos e a renda no CadÚnico] para somente então aceitar as contribuições recolhidas.

Além disso, informa que “o não preenchimento de qualquer uma das condições é suficiente para o não enquadramento”.

Assim, as contribuições vertidas pelos segurados facultativos de baixa renda somente aparecem no CNIS para fins de comprovação da qualidade de segurado após o preenchimento manual de validação. A principal consequência disso é o indeferimento do benefício em razão da ausência de qualidade de segurado facultativo de baixa renda, posto que em sua maioria os segurados passam a contribuir sem saber se preenchem os requisitos necessários. Como bem assevera Dr. Fábio Cordeiro de Lima, “em nenhum momento o segurado é previamente advertido que não preenche os requisitos para a contribuição diferenciada”.

#### **4.4. NÃO VALIDAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES**

Uma das principais consequências trazida pela forma como foi implementada a Lei é a não validação das contribuições em âmbito administrativo quando o segurado requer um benefício previdenciário. Moura (2016, p. 129) aponta que

De acordo com a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, outros motivos de indeferimento são: Não possuir Cadastro Único, tendo em vista que a família, para ser considerada Baixa Renda, obrigatoriamente, tem que ser cadastrada no Ministério da Previdência Social (MDS), ação que realiza no Centro de Referência da Assistência Social (CRAS) e sistema de consulta do INSS. A família, para ser considerada de baixa renda, no caso previdenciário, dever ter renda máxima de dois salários mínimos; Possuir renda própria, como já exemplificado, independente de qual e quanto seja o valor dessa renda; Cadastro desatualizado, no caso o cadastro único, pois o previdenciário CNIS é atualizado no momento do requerimento do benefício, na própria Agência da Previdência Social.

Dentre todos esses motivos de não validação das contribuições Moura (2016, p. 131) aponta que

O maior motivo de não validação e conseqüente indeferimento do pedido do benefício previdenciário, é quando o requerente possui renda própria, seja de qualquer espécie, até mesmo doação de familiares, com exceção dos recursos financeiros advindos de programas de transferência de renda

Segundo Dr. Fábio Cordeiro de Lima "a existência de qualquer renda informada no CAD-Único tem servido como suporte para descaracterizar a condição de facultativo de baixa renda, não se perguntando se a mesma seria suficiente ou não para possibilitar recolhimentos maiores." (Proc. nº 0503903-59-2016-4-05-8500).

No mesmo sentido, Barreto (2016) citando Cordeiro (2014) informa que "a principal causa dos indeferimentos nas análises dos pedidos de validação das contribuições, é a existência de renda pessoal no CadÚnico".

Outro entrave que surge é que não basta o segurado estar inscrito no CadÚnico, mas tem que manter o seu cadastro atualizado a cada dois anos, como explica Jesus:

A não atualização do CadÚnico também é um dos entraves encontrados pelos contribuintes FBR. A pessoa que se cadastra no CadÚnico deve realizar atualização cadastral pelo menos a cada dois anos, porém não são todos os inscritos que conhecem e cumprem

esta norma e este tem sido um dos motivos recorrentes de invalidação das contribuições (2014, p. 6).

Em razão dessa não validação das contribuições, e, conseqüentemente, do indeferimento do benefício pleiteado, surge a necessidade de judicialização para garantir o direito ao benefício.

Para Moura (2016, p. 156)

A alternativa no caso de não validação é o recurso administrativo ou judicial ou a complementação dos recolhimentos efetuados na alíquota de 11% 20% de acordo com cada caso ou com a vontade do contribuinte e de acordo com a lei caso tenha sido indeferido o benefício em função da não validação das contribuições o segurado deverá complementar os valores de contribuição de uma única vez

#### **4.5. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO REQUISITO “BAIXA RENDA”**

Outra implicação de suma importância é a interpretação que é dada ao conceito de “sem renda própria” estabelecido na lei. O entendimento que tem sido adotado tem comprometido a esperada ampliação dos segurados facultativos de baixa renda à previdência social (CORDEIRO, 2014).

“O INSS entende que o contribuinte facultativo de baixa renda não pode ter nenhuma renda individual (deve estar zerado no CAD-Único), mesmo que a renda do grupo familiar não ultrapasse o limite de 2 (dois) salários”, conforme explica Fábio Cordeiro de Lima em voto vencido proferido nos autos do processo nº 0503903-59-2016-4-05-8500.

Nesse seguimento, bem assevera Cordeiro que

Para comprovação dessa condição de “baixa renda”, o INSS tem sido responsável por conferir manualmente caso a caso, sem sistema operacional específico de reconhecimento automático do direito até o momento, se as/os contribuintes do designado “Plano Baixa Renda” inserem-se nos critérios legais. Para tanto, na ocasião da solicitação de benefícios previdenciários, é analisado por servidoras/os do INSS se os recolhimentos previdenciários efetuados serão considerados válidos ou se serão invalidados (2014, p. 21).

Em pesquisa realizada por Livia Marinho de Moura (2015, p. 117), restou constatado que

Vários benefícios não são concedidos por se entender que a (o) requerente possui renda própria, mesmo que em muitos momentos o próprio participante desconheça a existência dos valores assim considerados: benefícios eventuais ou indenizatórios, pensão por morte, pensão alimentícia, renda eventual (trabalho esporádico, aluguel), apoio financeiro de familiares, doações diversas (familiares, amigos, instituições, entre diferentes fontes)

Ocorre que “se o indivíduo só pode exercer suas atividades no local de sua residência e sem remuneração, evidentemente não terá condições financeiras para arcar com as contribuições previdenciárias” (idem, p. 133).

No mesmo sentido aponta Laudicena Maria Pereira Barreto (2016, p. 692) que

a lei expõe um paradoxo, sobretudo, quando analisamos a condição da mulher de baixa renda no mercado de trabalho. Ora, diante da dedicação exclusiva de mulheres e homens ao trabalho doméstico, portanto sem possuir renda oriunda de trabalho remunerado, perguntamo-nos como e sob quais condições essas e esses segurados facultativos, na condição de donas e donos de casa de baixa renda, podem pagar as contribuições à Previdência Social?

Evidente que a questão do requisito renda própria gerou e continua suscitando controvérsias, culminando com o indeferimento do requerimento de diversos benefícios.

Ocorre que, em outubro de 2021, a TNU fixou uma tese corroborando o entendimento do INSS e dificultando ainda mais a efetivação dos direitos do segurado de baixa renda. No julgamento do processo PEDILEF 0179893-64.2016.4.02.5151/RJ, cuja questão submetida a apreciação era “saber, para os fins do art. 21, § 2º, II, da Lei 8.212/91, se renda própria decorrente de atividade informal e de baixa expressão econômica impossibilita a validação dos recolhimentos efetuados na condição de segurado facultativo” a tese fixada foi<sup>[3]</sup>:

O exercício de atividade remunerada, ainda que informal e de baixa expressão econômica, obsta o enquadramento como segurado facultativo de baixa renda, na forma do art. 21, §2º, II, alínea 'b', da Lei 8.212/91, impedindo a validação das contribuições recolhidas sob a alíquota de 5%.

## 5 CONCLUSÃO

As Emendas Constitucionais nº 41/2003 e 47/2005 ampliaram o acesso ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) através da inclusão no ordenamento jurídico do

chamado Sistema Especial de Inclusão Previdenciária (SEIP). Esse sistema ampliou o acesso ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), consolidando uma política de inclusão previdenciária, em especial daqueles que até então se encontravam fora do âmbito da cobertura previdenciária.

A Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011 regulamentou o SEIP instituindo o chamado “segurado facultativo de baixa renda”, cuja alíquota de contribuição é de apenas 5% do salário mínimo. Poderá contribuir com essa alíquota reduzida apenas “o segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente à família de baixa renda”, conforme dispõe a própria lei.

Assim, percebe-se que a dona de casa que trabalha apenas no âmbito de sua residência sem perceber renda própria foi incluída no rol de segurados da previdência social sendo classificada como “segurado facultativo de baixa renda”, o que expressa um marco na ampliação do acesso à previdência social no Brasil.

Contudo, a pesquisa aqui realizada demonstrou que há diversos entraves na efetivação desses direitos da dona de casa, tendo como principal óbice a demonstração de que preenche o requisito “não ter renda própria”, especialmente porque em sua grande maioria as donas de casa exercem esporadicamente algumas atividades remuneradas (popularmente chamadas de “bicos”).

Não bastasse, recentemente (outubro de 2021), a TNU fixou a tese de que a percepção de qualquer renda, ainda que ínfima, descaracteriza a condição de segurado facultativo de baixa renda, conforme tese fixada no pedido de uniformização de interpretação de lei nº 0179893-64.2016.4.02.5151/RJ<sup>[4]</sup>.

Depreende-se de tudo que foi apontado que a exigência de renda zero para ser enquadrado como segurado facultativo de baixa renda chega a ser teratológica, uma vez que para ser segurado é necessário contribuir. Mas com qual renda?

Dessa forma, a percepção de renda ínfima não deve descaracterizar a condição de segurado facultativo de baixa renda sob pena de violar direitos fundamentais, como o acesso à previdência.

## REFERÊNCIAS:

AMADO, Frederico. **Direito previdenciário**. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2017.

BARRETO, Laudicena Maria Pereira. A (ultra)precarização do trabalho como condição de acesso à Previdência Social. **SER Social**, Brasília, v. 18, n. 39, p. 689-704, jul.-dez. 2016.

Disponível

em: <[www.periodicos.unb.br/index.php/SER\\_Social/article/download/21775/17537](http://www.periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/download/21775/17537)>.

Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Senado, 1988.> Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 maio 1999, P.50. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa n.º 77 do INSS, de 21 de janeiro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.212, 24 de julho de 1991. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. P. 14.801. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. P. 14809. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei n.º 12.470, 31 de Agosto de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 set. 1991.P.1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2017.

BRASIL. Medida provisória n.º 529, de 7 de abril de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 abr. 2011. P.1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/mpv/529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/mpv/529.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CORDEIRO, Talita Teobaldo Cintra. **Conquistas e limites no acesso das mulheres à previdência social após a constituição federal de 1988**: análise da proteção social para donas de casa de baixa renda. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Instituto de Ciências Humanas (IH), Universidade de Brasília, 2014; 434 f. Disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/18089?mode=full>> Acesso em: 30 dez. 2017.

COSTA, Eliane Romeiro. Desenvolvimento social: política pública para a inclusão previdenciária do trabalhador de baixa renda. **Portal de Revistas Eletrônicas da PUC Goiás**. Estudos, Goiânia, v. 34, n. 5/6, p. 387-393, maio-jun., 2007. Disponível em: <<http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/viewFile/332/271>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

FIORIN, Denise Bandeira. **Benefício previdenciário de auxílio - doença no regime geral de previdência social**. 2010. 44f. Trabalho de Conclusão de Curso ( Monografia) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/587/DENISE%20BANDEIRA%20FIORIN%20MONOGRAFIA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro Impetus, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Políticas sociais: acompanhamento e análise**. Brasília, v.1, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4120>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

JESUS, Edivane de. **A contribuição previdenciária da dona de casa: ampliação do acesso ou marketing governamental?**. In: XIV Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, 2014, Natal/RN. Anais XIV Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, 2014.

LAZZARI, João Batista et al. **Prática Processual Previdenciária: administrativa e judiciária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. O regime especial de incluso previdenciária. vLex. **Trabalhos marginais**, São Paulo, p. 375-389, nov. 2013. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/regime-especial-inclusa-previdencia-ria-513786082>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MATIJASCIC, Milko. **Previdência para as mulheres no brasil: reflexos da inserção no mercado de trabalho**. Brasília: IPEA , 2016. (Texto para Discussão, n. 2206). Disponível em: <[www.brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Previd%C3%A2ncia-para-as-Mulheres-no-Brasil\\_texto-para-discuss%C3%A3o.pdf](http://www.brasildebate.com.br/wp-content/uploads/Previd%C3%A2ncia-para-as-Mulheres-no-Brasil_texto-para-discuss%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MATTOS, Fernanda Gomes. Programa bpc trabalho e a programática neodesenvolvimentista na assistência social. **Temporalis**, Brasília (DF), ano 15, n. 29, jan.-jun. 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufes.br/temporalis/article/download/9279/7474>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MOREIRA, Joana Idayanne Silveira; NOBRE, Maria Cristina de Queiroz. Transformismo do PT e contrarreforma da Previdência Social. **SER Social**, Brasília, v. 18, n. 39, p. 520-539, jul-dez., 2016. Disponível em: <[www.periodicos.unb.br/index.php/SER\\_Social/article/view/21342](http://www.periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/21342)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

MOURA, Livia Marinho de. **A política previdenciária brasileira: Estudo sobre a inserção da mulher no sistema de seguridade à luz da Lei n.º 12.470/2011**. Tese (Doutorado em Serviço Social).--Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio Mesquita Filho", São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/138555>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

PEREIRA, Juliana Nunes; MIRANDA, Hozana Patrícia Oliveira; MATTOS, Fernanda Gomes. **Acesso aos benefícios previdenciários para pessoas baixa renda dedicadas ao trabalho domestico não-remunerado**: intuições preliminares. 2015. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo14/acesso-aos-beneficios-previdenciarios-para-pessoas-baixa-renda-dedicadas-ao-trabalho-domestico-nao-remunerado-intuicoes-preliminares.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2018

RIBAS, Vera Pedroso. **Contribuição facultativa de baixa renda**: um estudo dos entraves ao acesso em benefícios previdenciários nos municpios abrangidos pela agência da previdência social de Paranavai-PR. Disponível em: <[www.fafipa.br/social/trab/CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA DE BAIXA RENDA.pdf](http://www.fafipa.br/social/trab/CONTRIBUIÇÃO_FACULTATIVA_DE_BAIXA_RENDA.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

ROCHA, José Francisco Furlan. **O sistema especial de inclusão dos trabalhadores de baixa renda na Previdência Social**: Análise sob o enfoque dos princípios constitucionais relativos à Seguridade Social e à Previdência Social. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10826&revista\\_caderno=20](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10826&revista_caderno=20)>. Acesso em: 30 jan. 2018.



RODRIGUES, Bruna Angela. **A condição da mulher na Previdência Social no Brasil**. 2017. 168 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

SANTOS, Maria Roseniura De Oliveira. **Os parâmetros constitucionais do novo sistema especial de inclusão previdenciária: uma análise do pl nº 0253/2005**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f8e6ba1db0f3c405>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. Coord: Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, João Marcelino. **Evolução e Desacertos na Universalidade de Atendimento: A Problemática Operacional do Facultativo de Baixa Renda**. Disponível em <<http://dtojoaosoares.wixsite.com/previdenciario/fbr>> Acesso em 31 dez 2017

SOARES, Laura Tavares; SOARES, Cristiane; MELO, Hildete Pereira . **Aposentadoria da dona-de-casa – nota técnica**. Niterói, v. 6, n. 2 - v. 7, n. 1, p. 241-252, 1. - 2. sem. 2006. Disponível em: <[www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/download/355/267](http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/download/355/267)>.

Acesso em: 15 jan. 2018.

TEIXEIRA, Marilane. **O desmonte trabalhista e previdenciário: reinventando novas formas de desigualdades entre os sexos**. 2017. Disponível em: < <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13555.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

UGINO, Camila Kimie; MARQUES, Rosa Maria. **As reformas previdenciárias brasileiras sob a pressão neoliberal**. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 11, n. 1, p. 24 -39, jan.-jul., 2012. Disponível em: <[revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/download/11201/8060](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/download/11201/8060)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

NOTAS:

[1] “O legislador foi omissivo e não realizou a previsão constitucional de redução de carências” (MAIOR, 2017, p. 387)

[2] Processo do Juizado Especial Federal da sessão judiciária de Sergipe

[3] <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos>

[4] <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/01798936420164025151-TEMA241.pdf>

## **A LEGALIDADE DO PORTE DE ARMAS EM PARALELO AO DIREITO PENAL, POSSUIR UMA ARMA E PODER USÁ-LA**

**LUCAS NUNES REZENDE:**  
bacharelado em Direito pela  
Universidade Brasil<sup>12</sup>.

ANDRÉ DE PAULA VIANA  
(orientador)

**RESUMO:** Emprego de arma de fogo na defesa da propriedade privada, o excludente de ilicitude é aplicável? Este artigo visa fundamentar junto ao direito penal a legalidade de que o uso de arma de fogo no exercício da garantia da propriedade privada, no âmbito de defender seus domínios contra possíveis invasores e a aplicação de excludente de ilicitude para tal conduta mediante o uso de armas de fogo para garantir a inviolabilidade da propriedade privada. No Brasil cabe a polícia defender e garantir a segurança e os direitos a serem respeitados da sociedade porém levando em consideração toda dimensão, população, infraestrutura do país, a quantidade de servidores na área de segurança pública, se torna algo extremamente difícil garantir os direitos e segurança de toda a população brasileira, de tal modo que se faz necessário em determinadas situações que alguns indivíduos se utilizem de meios para se defender ou defender seus bens e suas propriedades. Desde que entrou em vigor no Brasil em 22 de Dezembro de 2003 a lei que traz o estatuto do desarmamento no país veio para diminuir o direito e a circulação de armas pelo território nacional, no país os meios para se ter a autorização de compra e de possuir uma arma de fogo por uma pessoa que não exerça função de segurança pública ou quaisquer outros meios legais pelos quais se é necessário possuir uma arma legalizada ou mais dificilmente o direito a se ter o porte para arma de fogo, que venha de forma a qual referida função torne-se digamos mais fácil adquirir uma arma de fogo é algo bastante burocrático e demorado, contudo no cenário atual até o presente momento com a derrubada de 4 (quatro) decretos federais pelo então presidente Jair Messias Bolsonaro, trouxe um aumento relativo no que se refere a compra de armas, com isso o atual cenário nos leva a um cenário ao qual o indivíduo terá a posse de uma arma e então ao ter sua propriedade invadida venha a usar deste meio para se proteger e proteger o seus bens e domínio, trazendo em questão o tema desse artigo.

---

12 E-mail: lucasnunes2310@hotmail.com

**Palavras chave:** Direito; Propriedade; Privada; Ilicitude; Crime; Defesa; Posse; Arma.

**ABSTRACT:** Use of a firearm in the defense of private property, is the exclusion of illegality applicable? This article aims to substantiate, together with criminal law, the legality that the use of firearms in the exercise of guaranteeing private property, in the context of defending their domains against possible invaders and the application of an exclusion of illegality for such conduct through the use of weapons. of fire to guarantee the inviolability of private property. In Brazil, it is up to the police to defend and guarantee the security and rights of society to be respected, however, taking into account the entire size, population, infrastructure of the country, the number of servers in the area of public security, it becomes extremely difficult to guarantee the rights and security of the entire Brazilian population, in such a way that it is necessary in certain situations that some individuals use the means to defend themselves or their goods and properties. Since it came into force in Brazil on December 22, 2003, the law that brings the disarmament statute in the country has come to reduce the right and circulation of weapons throughout the national territory, in the country the means to have the authorization to purchase and possessing a firearm by a person who does not exercise a public security function or any other legal means by which it is necessary to possess a legal weapon or, more difficultly, the right to carry a firearm, which comes in such a way that This function makes it easier, let's say, to acquire a firearm is something quite bureaucratic and time-consuming, however in the current scenario until the present moment with the overthrow of 4 (four) federal decrees by then President Jair Messias Bolsonaro, it brought a relative increase in the which refers to the purchase of weapons, with this the current scenario leads us to a scenario in which the individual will have possession of a weapon and then, having his property invaded, will use this means to protect himself. er and protect your property and domain, bringing into question the theme of this article.

Keywords: Law; Property; Toilet; illegality; Crime; Defense; Possession; Weapon.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Posse de Arma; 1.1 Direito e Dever; 2. Legítima Defesa; 3. Direito a Propriedade; 3.1 Propriedade Privada; Conclusões; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, o Código Penal já possui estabelecido de que não há crime quando o agente pratica a conduta ilegal em determinadas ocasiões, como por exemplo o estado de necessidade que nada mais seria em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Exemplo disso seria caso uma pessoa que reage a um assalto vindo a efetuar um disparo de arma de fogo contra o agressor ou que seja do policial que venha a matar alguém para evitar um possível homicídio.

No entanto a lei é clara ao definir que, em qualquer que seja a hipótese, o agente responderá pelos excessos que vier a cometer, como hipótese vir a descarregar sua arma em alguém que por ventura esteja desarmado, mesmo que venha a se fazer sem intenção ou por imperícia.

Neste sentido a propriedade privada traz em sua caracterização sendo o nome dado à qualidade específica de um bem que venha a ser de posse de uma pessoa ou personalidade jurídica com por exemplo uma empresa, que sendo assim enquadra-se como sendo tanto física quanto jurídica. É o caso da casa onde você mora, do prédio ou local onde a empresa está localizada ou uma propriedade rural.

Sendo assim a propriedade é entendida como a capacidade que todo bem possui de ser usado e de ter um dono, a quem ele pertence e por quem ele é administrado. Da mesma forma, a propriedade é definida como a garantia que uma pessoa tem de que determinada coisa é de sua propriedade. Assim sendo caso venha a ocorrer de outro alguém a tome injustamente, ela por si só continua sendo a sua proprietária legítima e tendo assim o amparo disponibilizados pelos mecanismos legais para reaver o bem.

## **1. POSSE DE ARMA**

Atualmente no Brasil, a posse de arma é compreendida como sendo um direito adquirido por meio do recebimento do CR (Certificado de Registro de Arma de Fogo), emitido pela Polícia Federal. Segundo o Estatuto do Desarmamento, em seu artigo 5º:

O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependências dessas, ou, ainda, em local de trabalho, desde que seja ele o titular ou responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

O que na prática seria, uma vez com o certificado a pessoa que o recebeu pode adquirir uma arma de fogo de uso permitido sendo este especificado, marca, modelo e calibre, porém só pode estar sob a posse dela no domicílio do proprietário ou em local de trabalho do qual seja o dono ou responsável legal. Ou seja, a arma deve permanecer o tempo todo dentro dos domínios do estabelecimento ou domicílio da pessoa a qual adquiriu o CR e a arma de fogo.

Também é extremamente importante ressaltar que mesmo que alguém tenha conseguido o direito à posse de uma arma, essa pessoa não deve sair de casa ou da sua empresa com ela, seja portando a mesma junto ao corpo, em veículo de transporte ou

mesmo de qualquer outra forma, sob pena de prisão de 2 a 4 anos, conforme descrito no Código Penal. A posse de arma de fogo não é o mesmo que a autorização de porte de arma. Com exceção de militares, demais forças de segurança pública e alguns outros cargos previstos no Estatuto, o porte de armas é proibido no Brasil.

### 1.1. Direito e dever

Seja por esporte ou para defesa, atualmente o cidadão brasileiro possui embora que ainda seja muito restrito o direito de possuir armas de fogo. Ocorre que, após todo o processo de compra, ao qual inclui avaliações psicológica e de coordenação ao disparar arma de fogo, comprovação de idoneidade moral a qual se pesquisa antecedentes e perfil de conduta do indivíduo e além disso a autorização da Polícia Federal, ocorre que proprietário após todas essas etapas e treinamentos possui inúmeras dúvidas sobre quais responsabilidades e o uso correto de usar a arma de fogo. Visto assim como demonstrado na legislação atual de armas consta os direitos e deveres ao se ter uma arma de fogo, Lei nº 10.826 de 2003 – Estatuto do Desarmamento:

#### CAPÍTULO I

##### DO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS

Art. 1º O Sistema Nacional de Armas – Sinarm, instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, tem circunscrição em todo o território nacional.

Art. 2º Ao Sinarm compete:

I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro;

II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País;

III – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal;

IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores;

V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo;

VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes;

VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais;

VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade;

IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições;

X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante;

XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta.

Parágrafo único. As disposições deste artigo não alcançam as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios.

## CAPÍTULO II

### DO REGISTRO

Art. 3º É obrigatório o registro de arma de fogo no órgão competente.

Parágrafo único. As armas de fogo de uso restrito serão registradas no Comando do Exército, na forma do regulamento desta Lei.

Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos.

II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

§ 1o O Sinarm expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização.

§ 2o A aquisição de munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei.

§ 3o A empresa que comercializar arma de fogo em território nacional é obrigada a comunicar a venda à autoridade competente, como também a manter banco de dados com todas as características da arma e cópia dos documentos previstos neste artigo.

§ 4o A empresa que comercializa armas de fogo, acessórios e munições responde legalmente por essas mercadorias, ficando registradas como de sua propriedade enquanto não forem vendidas.

§ 5o A comercialização de armas de fogo, acessórios e munições entre pessoas físicas somente será efetivada mediante autorização do Sinarm.

§ 6o A expedição da autorização a que se refere o § 1o será concedida, ou recusada com a devida fundamentação, no prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data do requerimento do interessado.

§ 7o O registro precário a que se refere o § 4o prescinde do cumprimento dos requisitos dos incisos I, II e III deste artigo.



§ 8o Estará dispensado das exigências constantes do inciso III do caput deste artigo, na forma do regulamento, o interessado em adquirir arma de fogo de uso permitido que comprove estar autorizado a portar arma com as mesmas características daquela a ser adquirida.

Art. 5o O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

§ 1o O certificado de registro de arma de fogo será expedido pela Polícia Federal e será precedido de autorização do Sinarm.

§ 2o Os requisitos de que tratam os incisos I, II e III do art. 4o deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta Lei, para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo.

§ 3o O proprietário de arma de fogo com certificados de registro de propriedade expedido por órgão estadual ou do Distrito Federal até a data da publicação desta Lei que não optar pela entrega espontânea prevista no art. 32 desta Lei deverá renová-lo mediante o pertinente registro federal, até o dia 31 de dezembro de 2008, ante a apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, ficando dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4o desta Lei.

§ 4o Para fins do cumprimento do disposto no § 3o deste artigo, o proprietário de arma de fogo poderá obter, no Departamento de Polícia Federal, certificado de registro provisório, expedido na rede mundial de computadores - internet, na forma do regulamento e obedecidos os procedimentos a seguir:

I - emissão de certificado de registro provisório pela internet, com validade inicial de 90 (noventa) dias;

II - revalidação pela unidade do Departamento de Polícia Federal do certificado de registro provisório pelo prazo que estimar como necessário para a emissão definitiva do certificado de registro de propriedade.

§ 5º Aos residentes em área rural, para os fins do disposto no caput deste artigo, considera-se residência ou domicílio toda a extensão do respectivo imóvel rural.

Considerando todo regimento apresentado é de se esperar que o interessado tenha dúvidas a sanar de forma a ser explicada detalhadamente os direitos e deveres apresentados pelo estatuto, a curto modo se trata da empresa que pode produzir, como cadastrar, as marcações necessárias, requisitos para a compra, etapas para conceder o certificado de registro, onde guardar, delimitação do domicílio do possuidor, prazos, como adquirir munições, entre outros direitos e deveres contidos nos artigos presentes no estatuto.

## **2.LEGÍTIMA DEFESA**

Tudo o que venha a ser contrário ao fato típico, aquilo que corresponde a uma conduta praticada no meio físico, real a qual esta descrita em lei, sendo assim toda posição contrária a lei provoca a ilicitude no ordenamento jurídico, tornando o fato definido como crime ou infração penal, ensejando a aplicação de uma pena para o indivíduo que transgrediu a lei. Conforme estabelece o art. 25 do Código Penal.

Entende-se como legítima defesa que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Segundo o art. 23 do Código Penal.

Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

A legítima defesa por si só é motivo de excludente de ilicitude o qual consiste em dar fim a injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando de maneira moderada dos meios necessários. Não existe aqui, uma situação de perigo a qual se põe em conflito dois ou mais bens, na qual um deles venha a ser sacrificado. Por outro lado, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro legitimando a repulsa.

Consiste a legítima defesa, a exclusão da antijuridicidade, quando o agente passivo se encontra em um estado de agressão, sendo ele atual ou de maneira iminente e para qual a vítima venha a se defender, ela se utiliza dos meios necessários de forma cautelosa a uma ou mais condutas ilícitas praticadas pelo seu agressor.

Um indivíduo que invade a residência a qual não é seu domicílio com intenção de praticar ato ilícito, e que para tal esteja de posse de algum artefato como arma branca ou mesmo que venha a estar de posse uma arma de fogo, e a pessoa que ali reside venha a atirar no invasor em tese pratica um ato de legítima defesa, ele está ali se protegendo e a legítima defesa do direito brasileiro é admitida, no entanto ao contrário do que acontece por exemplo nos Estados Unidos em que a legislação permite o amplo direito do indivíduo se defender, as chamadas leis de defesa do seu território (stand your ground laws), tais leis trazem o direito para o indivíduo venha a fazer o que julgar necessário para se manter seguro, no Brasil o conceito de legítima defesa é extremamente subjetivo e traz diversos elementos que precisariam ser averiguados em cada caso concreto e para o direito penal a legítima defesa é trazida de forma a entender que utilizar moderadamente os meios necessários para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente, o que venha a ser considerado como um excesso será portanto considerado como sendo crime. Mas que para tal conduta seja classificada como excessiva deverão ser analisados diversos elementos subjetivos que vão conduzir o entendimento se aquele ato foi ou não praticado nos estritos limites da legítima defesa, portanto não existe uma resolução padrão para esses casos cada caso infelizmente precisa ser analisado de forma pormenorizada, até mesma existência da legítima defesa patrimonial ou seja aquele indivíduo que age para defender um bem que não é a sua integridade física não é sua própria vida é diversas vezes questionado judicialmente, há uma discussão sobre a existência desse direito se a legítima defesa abrange também a defesa de bens patrimoniais e não só a própria vida, portanto são uma série de questões subjetivas que precisam ser analisadas a cada caso para somente então vir a se firmar uma decisão para qual cada fato vai ser enquadrado.

### **3.DIREITO A PROPRIEDADE**

O direito de propriedade está descrito no Inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Pode-se pensar no direito de propriedade como o direito de um indivíduo, dentro dos limites da lei, de dispor e usufruir de um determinado bem, e portanto possui o direito de determinar o que é feito com ele. Sendo assim o direito de propriedade garante que qualquer cidadão tenha direito de possuir bens. Mas por outro lado não é absoluto existe limitações previstas em lei.

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

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

Dentro deste Artigo, o Inciso XXII determina que:

É garantido o direito de propriedade.

O direito de propriedade parte do entendimento de que seres humanos por sua natureza têm o desejo de possuir bens, essa vontade de possuir coisas poderia vir a gerar uma situação de conflito permanente pela posse de bens. Dessa forma, o estado tem o entendimento de que deve garantir o direito de propriedade como um direito fundamental.

A importância deste direito traz também a legitimidade ao estado para que possa dentre os meios legais estabelecer mecanismos para ter harmonia e responsabilização, assim somente estabelecendo o direito de propriedade é possível determinar o que é roubo, o que pode ser possuído, o que se pode fazer e o dever a quem possui determinados bens, por exemplo. De tal forma vem de modo a garantir o direito de propriedade como sendo um direito fundamental com o intuito e um meio de regulamentar o desejo natural pela posse. Assim sendo o direito de propriedade no Brasil é garantido pela constituição, porém não é ilimitado, o que limita este direito é o cumprimento da chamada função social.

### **3.1. Propriedade privada**

A Propriedade privada é o nome dado à qualidade específica de um bem ao qual a posse pertence a uma pessoa, que pode ser classificada como física ou jurídica. Exemplo disso, o veículo, a casa, o prédio da empresa até mesmo a roupa ao qual são de posse de um indivíduo, se caracteriza como sendo uma propriedade privada por assim dizer. A propriedade é entendida como a capacidade que todo bem possui de ser usado e de ter um dono, a quem ele pertence e por quem ele é gerenciado. Da mesma forma há no direito, a propriedade é definida como a garantia que uma pessoa tem de que determinada coisa é sua - sendo assim, caso outro alguém a tome de forma injusta, ela continua sendo a sua proprietária legítima e é amparada pelos mecanismos legais para reaver o bem.

## **CONCLUSÕES**

O paralelo entre o emprego de arma de fogo na inviolabilidade da propriedade privada, entende que por mais que se possa ter a vontade de defender a posse de uma pessoa, ao menos que tal invasão se enquadre nos fatos descritos pelo código penal, que

no caso será se ocorrer no ato da invasão a sua posse, tal agressão seja justa e contra a integridade física do indivíduo. Por outro lado caso não seja demasiada tal justificativa torna-se a conduta do emprego de arma de fogo sendo este considerado pelo âmbito jurídico brasileiro como um crime. Portanto em uma ideologia atual o direito apenas de forma simplificada permite ao cidadão que se faça uso de uma arma de fogo, se tal conduta a qual esteja sofrendo venha a ser justa para que ele se faz jus o emprego de arma de fogo. Em um paralelo ideal ao se ter o direito de posse é justificável o direito a que o indivíduo possa se utilizar de meios para defender o que de fato legalmente é de sua propriedade, se fazendo da justificativa de que tal conduta é sim aplicável o excludente de ilicitude visto após apurados os fatos e provas que no caso em questão a conduta do invasor, determinadas suas reais intenções torne a conduta de quem é por direito dono daquele bem julgue-se procedente a injusta agressão em desfavor a posse do indivíduo, e para tal fim os meios utilizados para defesa de propriedade seja reconhecido como equivalente, torna-se assim excluído da ilicitude do ato por ele praticado contra o invasor, porém no atual âmbito jurídico brasileiro não é possível.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 Novembro 2021.

BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 29 Novembro 2021.

BRASIL. Estatuto do desarmamento, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm). Acesso em: 27

Novembro 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Legítima defesa, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/legitima-defesa#:~:text=%2F5%2F2021.-,Doutrina,direito%20seu%20ou%20de%20outrem>'. Acesso em: 24 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Estado de Necessidade, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/estado-de-necessidade>. Acesso em: 24 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Estrito cumprimento de dever legal, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/estrito-cumprimento-de-dever-legal>. Acesso em 24 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Exercício regular de direito, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/exercicio-regular-de-direito>. Acesso em: 25 Maio 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Excesso, 2021. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/causas-de-exclusao-da-ilicitude/excesso>. Acesso em: 25 Maio 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. Teses do STJ sobre o Estatuto do Desarmamento, 2018. **Meu Site Jurídico**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/22/teses-stj-sobre-o-estatuto-desarmamento-1a-parte/>. Acesso em: 25 Maio 2022.

AZEVEDO, Flavio Olimpio de. Código Penal Comentado, 2015. **Direito Com Ponto Com**. Disponível em: <https://www.direitocom.com/codigo-penal-comentado>. Acesso em: 25 Maio 2022.

## REVISITANDO A TEORIA DO CRIME. A TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE E SUA (DESNECESSÁRIA) APLICAÇÃO PRÁTICA

### SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:

Procurador Federal; concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduou-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado. 13

### 1. INTRODUÇÃO

Pretendi escrever curso crítico de Direito Criminal. Escrevi grande parte e muitos fatores, os mais variados possíveis, me desestimularam de o publicar. Seu quarto capítulo versava sobre a teoria do crime, sobre a qual já escrevi e expus em palestras pontuais alhures.

Teoria é um conjunto de princípios, preceitos e regras de uma ciência. Neste texto, a teoria será o estudo tendente ao conhecimento especulativo e racional do crime, ou seja, será desenvolvida a pesquisa do crime, procurando responder racionalmente às indagações que surgem no cotidiano do criminalista. Todavia, procurarei ficar adstrito, especialmente, à tipicidade conglobante.

Já se afirmou que o crime constitui todo fato humano proibido pela norma criminal,<sup>14</sup> sendo seu ponto central de estudo, hoje, o *funcionalismo*. Este representa uma nova corrente filosófica que preferimos classificar como *sistêmica*, uma vez que atenta aos diversos sistemas que funcionam na sociedade complexa.

Empregarei as palavras *sistêmico(a)* e *sistemático(a)* com sentidos completamente diversos, eis que a primeira traduzirá o que já expus, ou seja, a observação dos diversos sistemas que participam da sociedade complexa. De outro modo, a palavra *sistemático* significará *método*, *tecnicismo*, ou a *organização metodológica da estrutura do delito*. O estudo *sistêmico* do direito criminal conduziu ao estudo também *sistêmico* do delito, trazendo uma nova roupagem ao conceito analítico ou operacional do crime, eis que todo

13 Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos. E-mail: [sidiojunior@gmail.com](mailto:sidiojunior@gmail.com)

14 MAGGIORI, Giuseppe. *Principi di diritto penale* – parte generale. 2. ed. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1937. v. 1. p. 251; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*: parte geral. 2. ed. Milão: Giufrè, 1949. p. 149.

ele passou a ser focado por Claus Roxin dentro de uma perspectiva de política criminal, provocando a ruptura do estudo *sistemático* do delito, que passou a ser um estudo global, sem a necessária metodologia.

Até chegarmos à jusfilosofia funcionalista, passamos por vários períodos filosóficos, o que não pode ser objeto de estudo neste texto senão perderemos seu enfoque monográfico.

Para o finalismo, na apreciação analítica do delito (segundo seus elementos) devemos observar:

**(a) tipo objetivo (ação, causalidade e resultado) e o tipo subjetivo (dolo e elementos subjetivos especiais).**

Segundo Luís Grego, para a imputação objetiva, é necessário, também, observar os tipos objetivo e subjetivo, dos quais, no conceito analítico/operacional do crime somente o tipo objetivo sofre alteração, passando a ser constituído por:

**(b) ação, causalidade, resultado, criação de um risco juridicamente desaprovado e realização do risco.**<sup>15</sup>

Entretanto, não há como estudar separadamente a imputação objetiva. Ela decorre do funcionalismo criminal, sendo que seu estudo isolado constituirá uma fragmentariedade inadmissível, por tornar o estudo incompleto, conseqüentemente, insuficiente.

Por tal teoria, há uma tentativa de mudança dos conceitos outrora conhecidos, ou melhor, há uma adaptação dos velhos conceitos, dos quais, congregados, resultaria a *imputação objetiva*, como medida complementar para a correta percepção dos fatos juridicamente relevantes. Outros, mais extremistas, pregam o próprio fim do Direito Criminal.

Esperamos, portanto, encontrar um leitor atento às limitações traçadas para a exposição do tema, bem como às grandes divagações teóricas que ele oportuniza. Porém, não podemos deixar invocar o respeito ao nosso "eu". Daí, desde já, eu afirmar que a teoria da tipicidade conglobante se apresenta desnecessária, uma vez que sérias posturas práticas dispensam qualquer esforço intelectual para sua defesa.

Já se discutiu acerca da neutralidade científica. A vulgarização do conhecimento científico tem levado à premente necessidade de se ensinar referido conhecimento aos

---

<sup>15</sup> GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.



não-cientistas, transformando a própria ciência em mito. Transmitir tais conhecimentos sem carregá-los de certa carga opinativa, o que evidencia constituir mito a neutralidade científica.<sup>16</sup> Desse modo, este texto estará repleto de opiniões pessoais, mas sem abandonar as diversas posições que se apresentam sobre o assunto.

## 2. O CRIME: CONCEITOS

O crime é um ente mediato, talvez o mais importante, que será conceituado neste texto, do Direito Criminal. Ele não objeto de estudo imediato porque o objeto primeiro de estudo é a norma que institui o crime e os reflexos decorrentes para quem os comete.

Nos dias atuais, em face do *princípio da ofensividade*, pelo qual a norma criminal só deve descrever condutas graves e que atingem ou coloquem em risco bens jurídicos sérios, a contravenção deveria pertencer ao campo do Direito Administrativo, conforme já previa Ferri.<sup>17</sup> Aliás, tal realidade já se dá no âmbito militar, eis que o CPM prevê a desclassificação da lesão corporal levíssima para infração administrativas (art. 209, § 6º) e o Regulamento Disciplinar para a Marinha especifica “contravenções disciplinares” em seu título III (Decreto n. 88.545, de 26.7.1983, arts. 6º-7º).

Hoje, o Direito Criminal é visto como sendo um instrumento para a criação de uma sociabilidade terrorista.<sup>18</sup> Com efeito, ele se apresenta como um meio para a violação de direitos humanos fundamentais, sob o manto de uma pretensa segurança social, ameaçando a todos de que a concretização de um suposto mal (a conduta tida como criminosa), trará, certamente, miséria, tratamento desumano e dor. Tudo isso, com a tutela do aparelho estatal. Daí Hulsmann propor uma mudança de linguagem, a fim de tornar possível a abolição do sistema criminal repressivo.<sup>19</sup> Porém, incumbe ressaltar que o autor não quer afastar toda medida coercitiva do Estado, mas pretende que haja uma bilateralidade (concordância das duas partes), no processo de aplicação da sanção, pois só assim a pena é legítima.<sup>20</sup> Tal proposição, em relação à perspectiva habermasiana, é

---

16 JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago, 1.975. *passim*.

17 *Ibidem*. p. 135.

18 SOLAZZI, José Luís. A “politização da normalidade”: um diagnóstico do sistema penal de suspeição. PASSETI, Edson, SILVA, Roberto Baptista Dias da (org.). *Conversações abolicionistas*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 65.

19 HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam. 1997. p. 210.

20 *Ibidem*. p. 86-88.

funcionalista, na medida em que faz referência ao consenso, necessário, dos participantes da sociedade complexa.

O fato é que não existe acordo na doutrina sobre os diversos movimentos que surgem. Luigi Ferrajoli, por exemplo, faz severa crítica ao abolicionismo, afirmando:

Moralismo utopista e nostalgia repressiva pelos modelos arcaicos e 'tradicionais' de comunidades sem direito, constituem, por derradeiro, também os traços característicos do atual abolicionismo criminal, pouco original em tradição anárquica holística.<sup>21</sup>

O que se deseja é demonstrar que – ante as teorias da pena, absolutas (a pena é a retribuição do mal com outro mal), utilitárias (a pena é unicamente utilidade, ou seja, uma prevenção) e mistas (a pena é retributiva, mas é utilitária) –, migramos das teorias absolutas para as mistas, sendo que hoje pretendemos dar à pena enfoque unicamente utilitário, mas sem grande fundamentação teórica acerca da sua legitimação. Dessa postura, discordo.

Diz-se que crime é a violação da lei criminal. Este é o seu conceito formal.<sup>22</sup> De outro modo, o conceito material é mais complicado, uma vez que o crime é a ofensa ao objeto jurídico tutelado, ou é, nas palavras de Regis Prado, a "lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-criminal, de caráter individual, coletivo ou difuso".<sup>23</sup>

Por afetar à liberdade, o *dever ser* só pode ser imposto pelas normas jurídicas. Entre nós e em todos os Estados de Direito, ante o princípio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, a norma criminal estará contida em uma lei em sentido estrito. Assim, o costume, a jurisprudência, a doutrina, a medida provisória (ato normativo transitório emitido pelo Poder Executivo que tem força de lei), o decreto, ou qualquer ato normativo de natureza executiva ou judiciária, não podem criar crime. Não obstante isso, podem complementar sua descrição hipotética.

Conforme exposto, segundo o conceito formal, crime é a violação da norma criminal. Porém, a simples prática de um fato definido como crime na lei, por si só, não constitui crime, pois muitos outros aspectos precisam ser analisados, uma vez que o agente pode ter praticado a conduta amparado por uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

---

21 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002. p. 202.

22 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 1, p. 95.

23 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.004. v. 1, p. 237.

Na moderna concepção do Direito, devemos considerar a lei em sentido estrito apenas como princípio de proibição, tendo em vista que toda norma precisa ser interpretada e a proibição contida no tipo não se esgota nele, fazendo-se necessário o exame do sistema global (sociedade). Isso se deve ao fato de que o sentido de uma norma só pode ser apreendido se ela for observada em consonância com os diversos sistemas da sociedade complexa, que se comunicam.

Por outro lado, toda pessoa humana, ao nascer, traz consigo determinados direitos, os quais são denominados direitos subjetivos (*v.g.*, vida, liberdade, integridade física). Com o tempo, ao longo da vida, outros direitos subjetivos vão se acrescentando àqueles, sendo que muitos deles serão protegidos pelo Direito. Daí falar-se em *objeto jurídico*, ou *bem jurídico*, que nada mais é que o direito subjetivo tutelado por determinada norma jurídica.

O *princípio da ofensividade* tem relação mais próxima com a necessidade de o aplicador da lei verificar se o bem jurídico foi afetado, pois ele se traduz em uma idéia de um Direito Criminal “do bem jurídico”.<sup>24</sup> Nesse sentido caminha a doutrina de Roxin, que sustenta “que o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas a bens jurídicos”.<sup>25</sup>

O *conceito analítico ou operacional* de crime é feito segundo a sua composição. Assim, examina-se seus requisitos, ou elementos, para se dizer o que é crime.

Há certa discussão sobre a natureza das partes conceituais que integram o crime. Para Damásio, não seriam propriamente elementos, mas requisitos, isto é, sendo o crime uma unidade que não pode ser fracionada, melhor seria falar em requisitos, uma vez que faltando qualquer deles, não haverá a figura delituosa.<sup>26</sup> Essa discussão é vazia de conteúdo, haja vista que lexicologicamente *requisito* significa *condição necessária para se atingir determinado fim*,<sup>27</sup> e *elemento* é *tudo que entra na composição de alguma coisa*.<sup>28</sup>

Maggiore diz que a questão terminológica não é de muita importância, sendo que a palavra, ou o conceito, não é a substância. Assim, denomina as partes essenciais do crime de *elementos*, *caracteres*, ou *aspectos*. Não obstante, reconhece que o crime resulta de um

24 GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

25 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 29.

26 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1, p. 155.

27 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1.233.

28 Ibidem. p. 506.

todo unitário e monolítico, ainda que ele seja considerado de um ou de outro ângulo visual.<sup>29</sup> Essa é, sem dúvida, a melhor posição.

Depois, a partir da construção clássica, o crime era compreendido por um critério bipartido, representado por um elemento objetivo (ação ou omissão) e outro subjetivo (culpabilidade), o que foi denominado por Ferri de "anatomia jurídica do crime".<sup>30</sup> Somente em 1906 é que se desenvolveu o critério tripartido, pelo qual *crime é a conduta humana típica, antijurídica e culpável*. Este é "o conceito mais aceito pela grande maioria dos penalistas".<sup>31</sup>

No presente texto, interessa o *fato típico*, dividido em: (a) conduta; (b) relação de causalidade; (c) resultado; (d) tipicidade.

Esse último elemento do *fato típico*, a *tipicidade*, é o que nos interessa, tendo relação com a *ilicitude* (denominação mais técnica que a corrente *antijuridicidade*). Sendo sucinto, a *tipicidade* é a adequação do fato concretizado ao *tipo* (este é a descrição do crime na lei).

### 3. TIPICIDADE

Diz-se que fato típico é a conduta humana que se adequa ao tipo, produzindo um resultado (normativo ou naturalístico) proibido pela lei criminal. Dessa forma, são elementos do fato típico: conduta; resultado; relação de causalidade; e tipicidade. Seu estudo passou por diversas transformações, na medida em que evoluímos do causalismo para o finalismo, deste para a doutrina social e, finalmente, para a imputação objetiva. Talvez, dentre os elementos do fato típico, a tipicidade é o que mais sofreu mutações nos últimos anos.

Nesta seção não nos delongaremos, esclarecendo que *tipicidade* é a adequação da conduta concretizada ao tipo (*teoria finalista*). Não obstante, a *teoria social* inseriu um elemento na tipicidade, qual seja, a reprovabilidade social. Daí, para que haja tipicidade, não basta que a conduta concretizada se adequa à descrição contida na lei criminal. É necessário, ainda, que a conduta seja socialmente reprovável. A lei será apenas um indício da ocorrência de crime, tendo em vista que a ela deve ser acrescentado um elemento normativo,<sup>32</sup> que é a adequação social. O que é socialmente adequado não pode ser crime.

29 MAGGIORE, Giuseppe. *Princípios de direito penal*. Bolonha: Nicola, 1937. vol. 1, p. 192.

30 FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 358.

31 LEAL, João José. *Direito penal geral*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 167.

32 Não se olvide que elemento normativo do tipo é aquele que exige o conhecimento de outra norma jurídica, que pode ser alcançada em outras leis ou na sociedade.

Welzel chamou de adequação social, o que, hoje, é visto como sendo *princípio da confiança*. Vejamos os exemplos: imagine-se a punição de Tício, que trafegando dentro do limite de velocidade de segurança, continua na mesma velocidade em uma via de trânsito rápido e venha a colidir com algum veículo que desavisadamente adentra na via sem observar a sinalização de respeito à preferência de Tício. Do mesmo modo, imagine-se a punição de Ticiano, mulher recatada, que pagou para que furassem, nos primeiros dias, as orelhas de sua filha. Em nenhum dos dois casos seria racional pensar na punição, tendo em vista que no primeiro havia o resguardo da lei e no segundo da adequação social, repercutindo diretamente na confiança das pessoas. Destarte, a *adequação social* e a *confiança*, embora existam pessoas que faleem em diferenças ontológicas ou cognitivas, verificamos que tendem ao mesmo sentido.

#### 4. TIPICIDADE CONGLOBANTE

Ainda no campo da tipicidade, não pode deixar de ser comentada a doutrina de Zaffaroni e Pierangeli que criam a teoria da *tipicidade conglobante*. Partindo da noção de que não pode constituir fato típico obedecer a lei, os autores distinguem *tipicidade penal* de *tipicidade legal* e de *tipicidade conglobante*. De acordo com sua teoria, tipicidade penal é gênero, que comporta duas espécies cumulativas: *tipicidade legal* e *tipicidade conglobante*. Veja-se:

...Sintetizando, tipicidade legal e tipicidade penal não são a mesma coisa; a tipicidade penal pressupõe a legal, mas não a esgota; a tipicidade penal requer, além da tipicidade legal, a antinormatividade.<sup>33</sup>

A *tipicidade legal* é aquela traduzida pela adequação do fato concretizado à lei, enquanto que *tipicidade conglobante* é a contrariedade ao direito. Dessa forma, se um oficial de justiça, cumprindo determinação contida em um mandado de busca e apreensão, invade uma casa e subtrai dali um forno microondas, não haverá *tipicidade conglobante* porque ele estará cumprindo a lei. Na verdade, ante tal instituto, ficou esvaziada a excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal (art. 23, inciso III, do CP), uma vez que todo aquele que cumpre seu dever legal, estará fazendo exatamente o que lei manda.<sup>34</sup>

Diante da nova teoria, é necessário distinguir autorização para praticar o ato (excludente de ilicitude), de obrigação legal de o executar (excludente da tipicidade penal).

33 QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 200.

34 ZAFFARONI, Raul Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 551-552.

Assim, se alguém mata em legítima defesa, não estará obrigado a fazê-lo, portanto, atuará com excludente de ilicitude. De outro modo, como tipicidade penal (TP) é junção da tipicidade legal (TL) com a tipicidade conglobante (TC), a ausência de qualquer delas excluirá, não a ilicitude, mas a própria tipicidade, como é o caso do Oficial de Justiça que pratica ato com tipicidade legal (art. 155 do CP), ao subtrair um carro da casa de um devedor inadimplente, mas cumprindo mandado judicial. Destarte, ratificamos, no caso, faltar a tipicidade conglobante. Consequentemente, não haverá tipicidade penal.

O *princípio da adequação social*, desde que foi concebido, se apresenta como um corretivo à tipicidade legal. No entanto, Zaffaroni diz que esta é uma solução asséptica que desemboca em um formalismo estéril. Para ele a tipicidade conglobante “não é – como a teoria da adequação social da conduta” – uma concepção corretiva proveniente da ética social material, e sim uma concepção normativa”.<sup>35</sup> Porém, o autor não esclarece duas possibilidades que podem emergir da adequação social:

- a) a adequação social obriga a pessoa a se conduzir de determinada maneira, mesmo que se afete a tipicidade legal, que constituirá hipótese de atipicidade penal, por faltar tipicidade conglobante;
- b) a adequação social autoriza a pessoa a se conduzir de determinada maneira, mas não a compele a atuar afetando a tipicidade legal. Nesse caso, haverá tipicidade penal, eis que estará presente a tipicidade conglobante. Desse modo, eventual inoportunidade de crime deverá ser tratada no campo da ilicitude ou da culpabilidade, em face de alguma excludente.

A posição de Zaffaroni e Pierangeli, acerca da tipicidade da conglobante, ao nosso ver é confusa, não merecendo acolhimento. Com Paulo Queiroz, afirmo: “Apesar da autoridade daqueles que a defendem, temos que tal teoria, um tanto confusa e desnecessária, não procede”.<sup>36</sup>

Zaffaroni e Pierangeli inserem o consentimento do ofendido dentre as causas de excludentes de tipicidade conglobante, bem como as intervenções cirúrgicas, as práticas perigosas fomentadas e as lesões desportivas. Ao ampliar as hipóteses de atipicidade conglobante os autores acabam destruindo a distinção que eles mesmos dizem ser necessária, no sentido de que *fazer o que a lei autoriza* (excludente de ilicitude) não pode ter o mesmo sentido de *fazer o que a lei manda* (atipicidade conglobante). Desse modo, é melhor nos mantermos fiéis à teoria social (mas com alguns cuidados para evitarmos, por

---

<sup>35</sup> Ibidem. p. 566.

<sup>36</sup> QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.* p. 200.

exemplo, incorrerem em linchamentos) do que falarmos em uma tal tipicidade conglobante.

A teoria da tipicidade conglobante fascinou alguns “operadores do Direito” porque assim poder-se-ia deixar de levar aos tribunais certos casos que evidentemente não constituíam crimes. Suposta vantagem parte da equivocada premissa de que a comprovação do fato típico obriga a instauração do processo, ou seja, o Ministério Público deve denunciar e o Juiz deve receber a denúncia, sendo que quaisquer discussões em torno de excludentes de ilicitude e de culpabilidade devem ser reservadas ao curso do processo. Aqui é oportuna a sábia lição de Afrânio Silva Jardim:

Aqui nos parece residir o equívoco maior, pois a divisão da infração penal em elementos ou requisitos tem uma finalidade meramente metodológica na ciência penal. O crime é um todo indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida a sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, este ‘todo indivisível’. Qualquer presunção, neste particular, somente pode ser reconhecida se estiver determinada na lei, o que não ocorre no direito dos povos cultos.<sup>37</sup>

O exposto me autoriza dizer inócua a teoria desenvolvida por Zaffaroni e Pierangeli. Mais ainda, por incluir o fazer o que a lei autoriza, como excludente da *tipicidade conglobante*, ele tornou sua teoria confusa, ou melhor, a destruiu.

O STJ confunde institutos jurídicos distintos ao tratar o *furto famélico* (*princípio da insignificância*), com reparação do dano superveniente (devolução dos bens), à ausência de *tipicidade conglobante*.<sup>38</sup> Noutro processo, a insignificância da quantidade de psicotrópicos, não foi reconhecida sob o argumento de que não se aplica a inexistência de tipicidade conglobante ao caso.<sup>39</sup>

---

37 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.003. p. 207.

38 STJ. 6ª Turma. AgrReg no REsp 2137893/SP (2022/0165448-6). Min. Jesuíno Rissato. Julgamento, em 22.6.2023. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\_registro=202201654486&dt\_publicacao=30/06/2023>. Acesso em: 13.1.2024, às 19h50.

39 STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 757302/SP (2022/0222383-0). Juiz do TRF1 convocado João Batista Moreira. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\_registro=202202223830&dt\_publicacao=24/04/2023>. Acesso em: 13.1.2024, às 20h.

Ainda no STJ, um importador de sementes para plantio e produção de medicamento, por não dispor de recursos para comprar canabidiol, impetrou *habeas corpus* preventivo. Tendo a ordem sido denegada e o recurso improvido, impetrou novo *habeas corpus* substitutivo do REsp, o qual não foi conhecido e a ordem concedida de ofício por faltar tipicidade conglobante.<sup>40</sup>

## 5. CONFIRMANDO A NOSSA HIPÓTESE

Desde o título deste texto, optamos pela hipótese de que a teoria da tipicidade conglobante é desnecessária. Ao final, entendemos estar a confirmando e, mais ainda, ser a teoria algo mal compreendida e mal aplicada na jurisprudência pátria, especialmente do STJ.

Não é necessária uma nova teoria para deixar de denunciar aquele que age em respeito ao comando legal, visto que uma pessoa só deve ser processada criminalmente por crime (com todos os seus elementos), não apenas pelos elementos objetivos do fato. Quando for evidente o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular do direito do Médico (evidenciado por estado de necessidade ou qualquer outro motivo), obviamente, não deverá haver denúncia ou ela deverá ser rejeitada.

A atipicidade por insignificância não é estar fazendo o que a lei manda, mas agindo nos limites autorizados pela lei. Com isso, a ampliação do conceito de normatividade por estar fazendo o que a lei autoriza, não se coaduna com a doutrina de Zaffaroni e Pierangeli.

---

40 STJ. 5ª Turma. HC 779289/DF (2022/0335886-0). Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento, em 22.11.2022. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\_registro=202203358860&dt\_publicacao=28/11/2022>. Acesso em: 13.1.2024, às 20h10.



## UBERIZAÇÃO E DESAFIOS DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

**ISABELA RIBEIRO NASCIMENTO PEREIRA:**

Acadêmica de Direito da Universidade Estadual do Maranhão <sup>41</sup>

JACKELINE ALVES DA SILVA DEMETRIO<sup>42</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** Apresentar o conceito geral sobre o direito do trabalho brasileiro é o objetivo principal deste trabalho, portanto, definições baseadas em teoria bibliográfica são construídas sobre a uberização e seus desafios neste âmbito. A revisão bibliográfica narrativa é o método utilizado para desenvolver os temas e é realizada por meio de uma abordagem qualitativa e descritiva. Para selecionar os autores citados, foram pesquisados artigos científicos nas bases de dados Scielo, Capes e Google Acadêmico, e consultados livros, periódicos etc. A lista bibliográfica foi desenvolvida com base nos critérios analíticos dos títulos e uma breve leitura do resumo de cada trabalho. Foram considerados materiais em português, inglês e espanhol. A divisão dos períodos ficou determinada entre os últimos 10 anos. As referências utilizadas como base para a criação de discussões sobre a uberização e o direito do trabalho fornecem uma riqueza de conhecimento sobre o tema. Dessa forma, a pesquisa é informativa, responde ao problema de pesquisa originalmente definido e ajuda a definir com clareza as considerações finais.

**Palavras-chave:** Uberização. Direito do trabalho brasileiro. Desafios da uberização.

**ABSTRACT:** Presenting the general concept of Brazilian labor law within the innovations brought about by the uberization phenomenon is the main objective of this work, therefore, definitions based on bibliographic theory are built on uberization and its challenges in this context. The narrative bibliographic review is the method used to develop the themes and is carried out through a qualitative and descriptive approach. To select the cited authors, scientific articles were searched in the Scielo, Capes and Google Scholar databases, and books, periodicals, etc. were consulted. The bibliographic list was developed based on the analytical criteria of the titles and a brief reading of the summary of each work. Materials in Portuguese, English and Spanish were considered. The division of periods was determined between the last 10 years. The references used as a basis for creating

---

41 E-mail: [isa\\_belaribeiro@hotmail.com](mailto:isa_belaribeiro@hotmail.com)

42 Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília UCB (2019), Mestra em Educação pela Universidade Católica de Brasília-UCB (2013), Professora da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA, email: [jaquelineasdemetrio@hotmail.com](mailto:jaquelineasdemetrio@hotmail.com)

discussions about uberization and labor law provide a wealth of knowledge on the topic. In this way, the research is informative, responds to the originally defined research problem and helps to clearly define the final considerations.

**Palavras-chaves:** Uberization. Brazilian labor law. Challenges of uberization.

## 1. INTRODUÇÃO

A transformação da estrutura social do mundo, caracterizada por revoluções tecnológicas, tem levado ao surgimento de novas formas de organização do trabalho. Nesse cenário, o fenômeno da uberificação tem adquirido maior proporção em diversos ramos do mercado. A uberização é um modelo de organização do trabalho caracterizado pela flexibilidade do trabalho por meio da inovação disruptiva.

Por ser novo, é um ponto cego no direito do trabalho, pois as proteções conferidas aos trabalhadores pela legislação trabalhista e consolidadas pela Justiça ocorrem em larga escala no âmbito das formas tradicionais de trabalho. Diante dos cenários apresentados, é necessário revisitar o direito do trabalho em relação às relações trabalhistas existentes no contexto das novas tecnologias. Este estudo acadêmico se propõe, portanto, a analisar como o Direito do Trabalho regula tais relações trabalhistas, levando em consideração os direitos garantidos pela CLT e as proteções constitucionais aos trabalhadores.

O advento das novas tecnologias de informação e comunicação tem provocado mudanças nos mais diversos âmbitos da sociedade, inclusive nas relações de trabalho. Neste caso, tem-se uma tecnologia disruptiva. Os tópicos são inicialmente analisados e ideias para tecnologias disruptivas são introduzidas. Estes são entendidos como criações que são introduzidas no mercado e alteram as configurações existentes. O exemplo mais icônico dessa mudança é quando os motoristas trabalham por meio da plataforma Uber.

O modelo de transporte chegou ao país no contexto da crise. De um lado, há uma demanda por transporte eficiente e de baixo custo, considerando a instabilidade do sistema de transporte público e o alto custo do transporte privado. Por outro lado, o número de desempregados continua a aumentar. Portanto, as pessoas rapidamente obedeceram. Neste contexto, são apresentadas novas exigências para a Lei do Trabalho. É preciso analisar se existe vínculo empregatício entre a empresa e o motorista.

A partir do estudo dos critérios clássicos de caracterização da relação de trabalho, quais sejam: personalidade, onerosidade, não contingência e subordinação, conclui-se que a utilização desses critérios para a caracterização da relação de trabalho exige suficiente criatividade dos juristas para reinterpretá-la à luz das novas configurações do trabalho.

Apresentar o conceito geral sobre o direito do trabalho brasileiro é o objetivo principal deste trabalho, portanto, definições baseadas em teoria bibliográfica são

construídas sobre a uberização e seus desafios neste âmbito. Para atingir esse objetivo geral e demonstrar domínio do assunto, foram desenvolvidos os seguintes objetivos específicos:

- Evidenciar uma contextualização geral acerca da uberização;
- Caracterizar sobre o direito do trabalho no Brasil;
- Determinar os desafios no direito do trabalho brasileiro frente a uberização.

A partir desses objetivos identificados, e considerando o que precisa ser abordado pelo trabalho desenvolvido para atingir essas categorias, pode-se definir a questão de pesquisa: quais os desafios oriundos da uberização para o direito do trabalho brasileiro?

Apesquisa aqui apresentada enriquece os achados da pesquisa contemporânea com um debate sobre uberização e desafios do direito do trabalho brasileiro, levando em consideração as referências científicas mais importantes sobre o tema. Dadas as lacunas existentes e as formas pelas quais elas podem ser abordadas, elas trazem benefícios acadêmicos, profissionais e sociais. Pois, dessa forma, além das respostas às questões colocadas, ele fornece uma referência para novas questões e fornece a base para o surgimento de experimentos. Dessa forma, contribui com a sociedade e atribui melhorias a processos comumente utilizados por grande parte da população. Além disso, contribui para o campo acadêmico ao enriquecer ainda mais o acervo científico de estudos sobre o tema e levantar questões para discussão em pesquisas futuras.

A revisão bibliográfica narrativa é o método utilizado para desenvolver os temas e é realizada por meio de uma abordagem qualitativa e descritiva. Para selecionar os autores citados, foram pesquisados artigos científicos nas bases de dados Scielo, Capes e Google Acadêmico, e consultados livros, periódicos etc.

Segundo Lakatos e Marconi (2017), os materiais suplementares publicados por fontes confiáveis, bem como as próprias revisões bibliográficas, possuem alto grau de confiabilidade e atestado do que suas fontes abordam, o que fornece fundamentação e legitimidade para o uso e relato de dados.

A lista bibliográfica foi desenvolvida com base nos critérios analíticos dos títulos e uma breve leitura do resumo de cada trabalho. Foram considerados materiais em português, inglês e espanhol. A divisão dos períodos ficou determinada entre os últimos 10 anos.

Portanto, de acordo com os objetivos propostos, o desenvolvimento deste trabalho é feito nos seguintes subtemas: Contextualização geral acerca da uberização;

sobre o direito do trabalho no Brasil; os desafios no direito do trabalho brasileiro frente a uberização. Depois de pesquisar e resolver o problema, a pesquisa pode ser concluída e uma lista bibliográfica fornecida.

## **2.REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 Contextualização geral acerca da uberização**

Com o avanço da tecnologia no final da década de 1980, o acesso à internet e os smartphones revolucionaram a forma como as pessoas interagem, se conectam, se comunicam e trabalham. Mas com todas essas mudanças na entrada e avanço da tecnologia em todos os setores, desde serviços, indústria e bens de consumo em geral, um novo mundo do trabalho está surgindo simultaneamente, exigindo o desenvolvimento de tecnologias e sistemas para trabalhadores altamente qualificados para trabalhar nestes âmbitos. Diante dessa nova demanda de trabalho e da atual situação desarticulada da classe trabalhadora e da possibilidade de terceirização da mão de obra, o contexto da flexibilização da legislação trabalhista visa garantir os direitos e obrigações dos trabalhadores e estabelecer vínculo empregatício formal (SILVA e FIGUEIRA, 2016).

Hoje, há uma tendência de enfraquecimento ou mesmo desaparecimento das relações trabalhistas, como é o caso de um modelo adotado por diversas empresas que possui padrões de trabalho replicáveis para outros segmentos de mercado e ocorre cada vez mais na informalidade das relações de trabalho. Nas últimas três décadas, a integração dos indivíduos no mercado de trabalho tornou-se a forma dominante de organização (TEUBER, 2016).

Para sua inserção, o trabalhador deve aprender a se administrar, se empregar e investir em si mesmo. Em particular, deve aprender a ser um empresário: uma pessoa em constante formação que assume sozinho todos os riscos do seu trabalho. Uma das principais referências sobre o tema Uberificação do trabalho no Brasil, o termo pode ser definido como uma nova forma de gerir, organizar e controlar o trabalho, uma tendência mundial. A desindustrialização e o boom do setor de serviços abriram espaço para novas formas de organização, com implicações nas relações industriais e na economia mundial (CASAGRANDE et al., 2021).

Esses fenômenos também se referem ao processo de globalização e à consolidação de projetos políticos, econômicos e ideológicos neoliberais em diversos países. É com o neoliberalismo que se tem a defesa do "Estado mínimo", a radicalização do individualismo, múltiplas reformas fiscais e trabalhistas, reduções nos gastos sociais e aumentos nas privatizações. É também nesse contexto que ganha relevância o enunciado autônomo "seja seu próprio patrão", onipresente no contexto da uberização do trabalho. Os fenômenos analisados neste artigo estão, portanto, também diretamente relacionados

ao processo de reestruturação do capitalismo. A entrada dos indivíduos na força de trabalho é atualmente acompanhada pelo que diversos autores ao redor do mundo têm chamado de “Uberização do trabalho” (SUPIOT, 2014).

Embora o termo se refira diretamente à Uber, devido ao poder que a empresa adquiriu no mercado, a Uberificação está associada à mediação, feita ou não, por meio de plataformas digitais que conectam prestadores de serviço com consumidores, articulando os dados gerados por ambos. Essa interação. Nesse sentido, surge um novo tipo de gestão do trabalho, que consegue registrar detalhadamente as informações de tempos e movimentos dos trabalhadores através do algoritmo desenhado pela plataforma. As avaliações dos consumidores também serão fonte de dados para esse controle de tempo e movimento e, da mesma forma, atestarão a qualidade dos serviços prestados. Na uberização, grupos de consumidores geram informações que são utilizadas para controlar e avaliar grupos de trabalhadores (NETTO e SCOTTI, 2016).

As plataformas digitais permitem descentralizar o trabalho, mantendo o controle sobre ele. A uberificação renova, assim, formas de controle e desigualdade social. Isso pode ser entendido como o resultado cumulativo de pelo menos 5 anos: cadeias produtivas fragmentadas, inúmeros processos terceirizados e subcontratados e perda gradativa de direitos sociais e trabalhistas (TEUBER, 2016).

É nesse sentido que a uberificação do trabalho é a informalização e desestabilização do trabalho, que organiza muitos trabalhadores que não conseguem trabalho e acabam entrando no mercado informal. Aprofunda-se a precarização do trabalho, pois transfere todo e qualquer custo do trabalho para o trabalhador, que fica impossibilitado de negociar as condições de seu trabalho e o valor de seus serviços ou produtos (FRANCO e FERRAZ, 2019).

Assim, sob o disfarce da economia compartilhada, surgiu o modelo de negócios da empresa de transporte Uber. A popularidade das corporações multinacionais como o maior exemplo e representante da economia colaborativa inspirou o surgimento do neologismo Uberificação. A uberização, maior expressão da terceirização no século XXI, visa retirar a configuração da relação de trabalho e, assim, o reconhecimento dos direitos trabalhistas (DELGADO, 2016).

Embora a mecânica de funcionamento das obras digitais seja bastante semelhante, dadas as especificidades de cada modalidade, o termo Uberização não pode ser usado para descrever todo e qualquer tipo de obra que ocorre por meio da plataforma. A uberização trata das relações capitalistas de extração de mais-valia: não há compartilhamento ou colaboração igualitária entre os participantes, exceto para trabalhadores desfavorecidos, contratos com regras previamente estabelecidas, diretrizes

vinculantes, sem condições de negociar os termos do contrato, por que não há necessidade de pensar no Uber como parte integrante da economia compartilhada (AGUIAR, CESCA e MACEDO, 2017).

Em suma, defina o termo como uma tendência de reorganização do trabalho que traz novas formas de controle, gestão e subordinação. A uberização é o novo e futuro modelo organizacional das empresas em geral, passando a fornecer apenas aos seus “sócios” a infraestrutura necessária para a realização de seus trabalhos, submetendo-os a mecanismos de controle regidos por operações de processamento de dados (CASAGRANDE et al., 2021).

Assim, forma-se um exército de empregados, subordinados a uma empresa, que não estão empregados, não têm segurança, arcam com os riscos e custos de suas atividades e estão prontos para trabalhar. Essa é a ideia de autogestão subserviente, o recrutamento de trabalhadores pelos meios tecnológicos disponíveis de acordo com a necessidade de capital, e a transformação deles em profissionais instantâneos que empregam mão de obra em condições de extrema precariedade. O modelo de negócios da Uber tem sido conceituado como uma forma de terceirização (SILVA e FIGUEIRA, 2016).

A uberização inclui uma nova forma de subcontratação, que difere da terceirização tradicional na medida em que os riscos e custos das atividades econômicas realizadas pelas empresas de aplicativos não são transferidos para suas empresas subordinadas como na terceirização tradicional, mas pelas próprias empresas de aplicativos. plataforma: trata-se de uma nova etapa da terceirização, que, no entanto, ao mesmo tempo que se complementa, também pode concorrer com o modelo anterior de subcontratação de redes compostas pelos mais diversos tipos de empresas (ABÍLIO, 2020).

As empresas que atualmente impulsionam a uberização - aqui serão consideradas empresas de aplicativos - estabelecem mecanismos que transferem riscos e custos não para outras empresas que estão subordinadas a elas, mas para muitos autônomos que estão engajados e podem trabalhar. As relações uberizadas encerram uma nova forma de exploração dos trabalhadores e merecem a atenção do direito do trabalho, responsável pela difícil tarefa de formalização de resguardar os direitos sociais e trabalhistas dos trabalhadores que trabalham nessas condições (CORTEZ, 2014).

A Uber se descreve como uma empresa de tecnologia que opera uma plataforma móvel projetada para conectar motoristas parceiros com usuários com um simples toque na tela do smartphone. Nega veementemente ser empresa de transporte ou serviço de carona pago ou premiado, ressaltando que não é empregador do motorista nem proprietário do veículo utilizado (CORTEZ, 2014).

## **2.2 Sobre o direito do trabalho no Brasil**

Após a abolição da escravidão e a Proclamação da República, iniciou-se um período de leis trabalhistas liberais. O direito do trabalho é um produto típico do século XIX. Só nesse século surgiram as condições sociais que lhe permitiram constituir um novo ramo da jurisprudência comum, com carácter próprio e autonomia doutrinária. As razões que levaram o Estado a dar esse passo decisivo na história do destino humano podem ser resumidas na seguinte ordem: os males e as consequências do liberalismo econômico e político; o maquinário; a concentração da população e do capital; a luta de classes, a consequências da rebelião social; livre acordo entre associações profissionais; guerra (DELGADO, 2016).

Em 1824, a Constituição garantiu a liberdade de trabalho e proibiu as corporações de ofício. Em 1830, foi promulgada a primeira lei que regulamentava os contratos escritos de prestação de serviços por brasileiros ou estrangeiros no Império. Em 1837, previa-se contrato de prestação de serviços entre colonos, especificando justificativa para ambas as partes. Em 1850, foi promulgado o Código Comercial, que previa fachada comercial, salários, nomeação por escrito de funcionários, remuneração de funcionários, relações justas, aviso prévio e muito mais (DELGADO, 2016).

Em 1889, com a abolição da escravidão e a Proclamação da República, a situação econômica começou a alterar-se. Em 1891 teve-se a primeira lei de natureza tutelar e trabalhista que proibia o trabalho de menores de 12 anos no Distrito Federal, com exceção dos menores de 8 a 12 anos como aprendizes. A Lei Sindical dos Profissionais Agrícolas foi promulgada em 1903. Em 1916, o Código Civil entrou em vigor, e seu capítulo sobre o aluguel de serviços regulou os serviços prestados pelos trabalhadores. Em 1930, pela Lei nº 19.443, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio para amparar os trabalhadores do país. Para a grande maioria das doutrinas, esse é o ponto de partida para o direito trabalhista brasileiro, embora já houvesse um ambiente propício para enfrentar a legislação anterior (AGUIAR, CESCA e MACEDO, 2017).

O salário-mínimo foi instituído pela Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936. Em 1º de maio de 1939, pela Lei nº 1.237, foi criado o Tribunal do Trabalho, formalmente instituído em 1º de abril de 1941, com órgãos constituídos pela Comissão, Conselho Regional do Trabalho e Conselho Nacional do Trabalho, que em 1946 passou a ser Regional do Trabalho. Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho (ABÍLIO, 2020).

Em 1943, se obteve o mais importante diploma nessa área, a Código Uniforme do Trabalho (CLT). Combinação de direito individual do trabalho, direito coletivo do trabalho e direito processual do trabalho. A Constituição de 1946 foi promulgada e, apesar de seu carácter social e democrático, conviveu com as ideias corporativistas que consolidaram o corporativismo existente no direito do trabalho. Em 1967, foi aprovada a Lei de Emenda

Constitucional, que alterou a constituição, mas não alterou significativamente os direitos sociais (NETTO e SCOTTI, 2016).

A fase inicial ou escassamente manifestada do direito do trabalho brasileiro compreende o período de 1888 a 1930, em que os vínculos empregatícios se concentravam principalmente na lavoura cafeeira. As características do movimento operário naquela fase ainda não tinham uma organização detalhada e, portanto, não podiam exercer pressão por melhorias. Além disso, esse período é caracterizado pela emergência assistemática de normas, associadas aos chamados problemas sociais. O período de institucionalização do direito do trabalho no Brasil teve início em 1930 (CORTEZ, 2014).

Vale ressaltar que a imagem do Estado intervencionista está amplamente associada a problemas sociais. A revolução de 1930 mostrou ao Brasil um texto legislativo com viés protecionista trabalhista e, então, um instrumento legal responsável por resolver os conflitos existentes nessa situação. Este pano de fundo levou ao surgimento do Código de Trabalho Uniforme em 1943. Acredita-se também que a afirmação deste quadro legislativo destacada no parágrafo anterior seja fruto do quadro político do Estado Novo (CASAGRANDE et al., 2021).

O direito do trabalho nasceu da desigualdade criada pela desvantagem econômica dos trabalhadores. Portanto, os autores supracitados utilizam a ideia de proteção como razão de ser do direito do trabalho. Percebe-se, portanto, a importância do princípio da tutela. A transição entre as duas primeiras fases não é marcada pelo amadurecimento político-jurídico proporcionado pelas fases de sistematização e consolidação. Essa é uma das principais diferenças entre o modelo europeu e o modelo brasileiro. Somente por meio das discussões na Constituinte de 1987/88, que resultaram no texto da Constituição de 1988, o modelo societário foi superado democraticamente (SILVA e FIGUEIRA, 2016).

Refere-se às “contradições antidemocráticas” mantidas no novo modelo constitucional, que não delinea as instituições da sociedade civil e o desenvolvimento democrático do mercado de trabalho. São exemplos: manutenção de sistema de singularidade e enquadramentos sindicais; verificação da obrigatoriedade da contribuição sindical de origem legal; representação classista das empresas na Justiça do Trabalho; e continuidade de amplos poderes normativos judiciais como competidores dos dissídios coletivos estaduais (STICHWEB, 2016).

### **2.3 Os desafios no direito do trabalho brasileiro frente a uberização**

Parece que desde a primeira constituição nacional, responsável por definir a forma do Estado e o sistema de governo, nela se especificou o ramo do direito, especialmente o direito do trabalho. Assim, em busca de um modelo econômico equilibrado, através da



Constituição de 1824, cenários de demanda e mercado especulativo, as empresas artesanais foram extintas do mercado nacional (ABÍLIO, 2020).

Esse movimento nacional é evidenciado pelo surgimento da Lei Áurea, que facilitou a quebra das formas de negócios e relações humanas, levando o Brasil a uma situação de abundante oferta de mão de obra, baixa qualificação e mínimas oportunidades de trabalho. É importante destacar que, como se conhece hoje, desde o início da sociedade, o Estado soube criar, gerir e equilibrar as necessidades do mercado de trabalho por meio de suas decisões. Procedimentos nacionais para garantir a igualdade nas relações de trabalho e parâmetros de dignidade dos trabalhadores em ações/intervenções ou ausência dessa dignidade por descumprimento nacional da legislação masculina do direito do trabalho (AGUIAR, CESCA e MACEDO, 2017).

A existência do direito do trabalho pressupõe a necessidade de trabalhar legal e livremente, o que ocorreu nos tempos modernos, principalmente após a Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo. No entanto, a atuação prévia é importante para a compreensão do tratamento jurídico das relações de trabalho pela sociedade e das mudanças que levam ao surgimento de empregos subordinados (SUPIOT, 2014).

Observou-se que, como parte do aspecto nacional das relações de trabalho e emprego, o Brasil passou a administrar suas leis nacionais em 1919 no âmbito da OIT-OIT e as incorporou à formulação das leis trabalhistas, que foram implementadas na Europa e colaboram para o bem-estar social. mudar e desenvolver novas ferramentas normativas de trabalho em casa. A presença de migrantes em seus países de origem facilita a introdução de modelos internacionais de relações trabalhistas já praticados em outros países, como movimentos sindicais que reivindicam melhores condições de trabalho e salários (FRANCO e FERRAZ, 2019).

A partir de então, o então presidente Getúlio Vargas implementou uma política de governo voltada para o trabalho em 1930. Parece que, apesar das normas esparsas anteriores, somente em 1943 o governo Vargas adotou a Código Uniforme do Trabalho (aprovado o Decreto n.º Carta. Essa evolução eleva os direitos trabalhistas ao patamar constitucional como direitos básicos e fundamentais, sendo, portanto, um direito indisponível (FRANCO e FERRAZ, 2019).

Desde o início dos tempos, os humanos trabalham para viver. Nos tempos primitivos, as atividades laborais limitavam-se à coleta de alimentos, produção de artesanato e armas contra as feras. Nas sociedades pré-industriais – que remontam às origens do homem e terminam no início do período industrial no século XVIII – as relações existentes entre trabalho, tecnologia e tempo ganharam novos contornos à medida que a

ciência avançava em um período muito mais curto Melhorar a produtividade no trabalho (STICHWEB, 2016).

Durante esse período primitivo, a natureza era considerada uma ameaça constante, pois fenômenos ambientais como secas, tempestades e inundações podiam causar grandes impactos que se acreditava serem mensagens divinas ou demoníacas causadas por forças estranhas aos humanos. Assim, a associação de pessoas em sociedades pré-industriais levou ao surgimento de civilizações armadas, que por sua vez produziram conflitos de dominação que resultaram na subjugação de uma civilização a outra (NETTO e SCOTTI, 2016).

Naturalmente, as civilizações derrotadas foram escravizadas e tiveram que trabalhar para as vitoriosas. Nesse sentido, a escravidão é tão antiga quanto a própria história, quando povos derrotados em batalha eram escravizados por conquistadores. Neste caso, toma-se o exemplo dos hebreus, que foram vendidos como escravos desde o início da história. Muitas civilizações antigas empregavam e exigiam trabalho escravo para realizar tarefas mais pesadas e básicas. Exemplos são Roma e Grécia, que possuíam grande quantidade de escravos (ABÍLIO, 2020).

Diante desse fato, durante muito tempo na história, o trabalho foi considerado uma atividade desonrosa por ser um trabalho realizado apenas por escravos. Assim, a primeira forma de trabalho é baseada na relação entre sujeito e objeto. Os escravos eram vistos como seres sem alma, impessoais, equivalentes a coisas, sem quaisquer direitos. Os frutos do trabalho escravo pertencem aos seus senhores sem que eles tenham que pensar nisso (TEUBER, 2016).

Assim, nesse período histórico da sociedade pré-industrial, liberdade e trabalho eram entendidos como conceitos opostos. Após esse período primitivo, a partir da Idade Média, o conceito de trabalho sofreu algumas modificações. Primeiro, a propriedade rural tornou-se a base econômica da época, destacando-se os campos da agricultura e pecuária. Assim, surgiu um novo tipo de sistema de produção: o feudalismo, no qual os camponeses - também chamados de servos - eram subordinados aos senhores feudais (STICHWEB, 2016).

### **3.RESULTADO E DISCUSSÕES**

Objetivou-se demonstrar que a uberização do trabalho não tem poder de afastar os vínculos empregatícios entre os entregadores das empresas do aplicativo, a partir de dados levantados por meio de pesquisa com cerca de cinquenta entregadores da cidade do Recife. a uberificação do trabalho se expande, é considerada. É claro que todos os pressupostos legais e fáticos necessários para confirmar a relação de trabalho são satisfeitos entre o correio e a empresa da plataforma online. Em todo o mundo, a doutrina

e a jurisprudência têm sido consistentes sobre esta questão. Existem até normas nacionais que reconhecem a relação de trabalho entre os correios e as empresas.

Se espera que assim a mídia e a sociedade deixem de ver os entregadores como autônomos, "empresários" porque são trabalhadores e trabalhadoras pertencentes a grandes corporações. Fica claro pelo tratamento dos dados coletados no estudo que os entregadores trabalham intensamente, longas horas além de qualquer padrão de civilização, sem proteção ou qualquer tipo de segurança no trabalho. Portanto, o vínculo empregatício existente entre os correios e as empresas deve ser reconhecido, a fim de limitar sua exploração atual.

É preciso fazer com que cada vez mais os trabalhadores que tecem pelas principais ruas do país, lutando para sobreviver em condições difíceis, se tornem também objeto de proteção trabalhista. As noções simplistas e falaciosas do neoliberalismo, de que "os trabalhadores têm mais liberdade" e que "a tecnologia ajuda a reduzir o trabalho rotineiro" devem ser desmascaradas. Esta consideração não se materializa na realidade. Por fim, os debates sobre o reconhecimento do vínculo empregatício, as lutas dos trabalhadores da Uber e a organização coletiva devem ser inseridos em articulação com os movimentos sindicais tradicionais e os novos movimentos sociais.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Reiterando os objetivos traçados no início do trabalho, é certo que tudo isso foi alcançado ao desenvolver informações relacionadas aos objetivos específicos, que contribuíram para um melhor entendimento dos temas expostos no desenvolvimento do trabalho.

As referências utilizadas como base para a criação de discussões sobre a uberização e o direito do trabalho fornecem uma riqueza de conhecimento sobre o tema. Dessa forma, a pesquisa é informativa, responde ao problema de pesquisa originalmente definido e ajuda a definir com clareza as considerações finais.

A conclusão é que o conceito de Uberização do trabalho pode ser definido como um novo modelo de trabalho, teoricamente mais flexível, onde os profissionais prestam serviços sob demanda, sem vínculo empregatício. No processo de supercrescimento, a mão de obra é muito explorada por essas grandes corporações que dominam o mercado; e os trabalhadores raramente têm direitos ou proteções, pois há pouca ou nenhuma legislação específica ou responsabilidade para quem se inscreve.

Nesse sentido, o avanço da 'Uberização do trabalho' deve ser enfrentado por meio de legislação no contexto dos novos modelos organizacionais e de remuneração do

peçoal como forma de promover novas oportunidades de geração de trabalho e renda. De qualquer forma, porém, ainda há a necessidade de continuar as pesquisas sobre o tema, a fim de enriquecer o que todos os resultados científicos já trouxeram e tirar melhores conclusões sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, L. C. **Uberização e juventude periférica: desigualdades, autogerenciamento e novas formas de controle do trabalho**. São Paulo. Novos Estudos. 2020

AGUIAR, F. F.; CESCA, R.; MACEDO, M. **O impacto das universidades na economia através do empreendedorismo: uma revisão sistemática de literatura**. Espacios. 2017.

CASAGRANDE, L.; et al. **The uber driver is not an entrepreneur**. São Paulo. Ram. Revista de Administração Mackenzie. 2021

CORTEZ, N. **Regulation disruptive innovation**. Berkley Technology Law Journal Berkeley Tech. L. J, 2014

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FRANCO, D. S.; FERRAZ, D. L. S. **Uberização do trabalho e acumulação capitalista**. Cadernos Ebape.Br, [S.L.]. 2019.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2017.

NETTO, M.; SCOTTI, G. **O direito do trabalho e o Estado Democrático de Direito: uma reflexão sobre o individual e o coletivo no exercício da autonomia do trabalhador**. São Paulo, 2016

SILVA, S.; FIGUEIRA, L. **A proteção na cultura jurídica trabalhista: revisão conceitual**. São Paulo, 2016.

STICHWEB, R. **El concepto de sociedad mundial: génesis y formación de estructuras de un sistema social global**. 2016.

SUPIOT, A. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado atual**. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TEUBER, G. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo na globalização**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

## **A MÍDIA E A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO BRASILEIROS: AUMENTO DO FEMINICÍDIO NO CENÁRIO DA PANDEMIA COVID-19**

**ARIEL LOHANA GARCIA ROCHA:**  
Graduanda do Curso de Direito do Centro  
Universitário Luterano de Manaus /  
CEULM.43

**RESUMO:** Os telejornais podem ser um agente de mudança e transformação cultural que ajuda a promover o reconhecimento e respeito pelos direitos humanos das mulheres. A violência contra as mulheres tende a aumentar em qualquer emergência, incluindo epidemias. O estresse, a ruptura das redes sociais e de proteção, o aumento das dificuldades econômicas e a diminuição do acesso aos serviços podem exacerbar o risco de as mulheres sofrerem violência. Pensando nisso o trabalho analisou os impactos da mídia em relação à violência contra as mulheres nos meios de comunicação brasileiros e o aumento do feminicídio no cenário da pandemia covid-19. A metodologia adotada baseou-se na pesquisa bibliográfica, documental e análises dos conteúdos de telejornais brasileiros. Identificou-se que sem consciência da existência da normalização da violência contra as mulheres pela mídia, as sobreviventes e todos os afetados podem permanecer vítimas de uma cultura normalizadora. No caso do COVID-19, o isolamento, a restrição de movimentos e as medidas de permanência em casa para conter a propagação da infecção têm um impacto particularmente agudo nas mulheres. As chances de mulheres e seus filhos serem expostos à violência aumentam drasticamente, pois os membros da família passam mais tempo em contato próximo e o estresse doméstico se intensifica, e o risco aumenta ainda mais quando as famílias também precisam lidar com possíveis perdas econômicas ou de emprego.

**Palavras-chaves:** Violência. Mulher. Mídia. Pandemia.

### **1 INTRODUÇÃO**

A violência contra as mulheres é agora reconhecida como um dos desafios mais sérios à saúde e inclusão social de mulheres e meninas em todo o mundo. Definida como 'qualquer ato de violência que resulte ou possa resultar em dano físico, sexual ou psicológico ou sofrimento às mulheres', é uma questão prevalente e generalizada com impactos individuais e comunitários de longo alcance. No Brasil, estimativas recentes indicam que uma em cada três mulheres sofreu violência física desde os 15 anos e uma em cada cinco sofreu violência sexual. A maioria das mulheres é vítima de violência perpetrada

---

43 E-mail: [ariellohanarocha98@gmail.com](mailto:ariellohanarocha98@gmail.com)

por alguém que conhece, na maioria das vezes um atual ou ex-parceiro masculino. Os danos da violência são amplos e incluem efeitos deletérios sobre a saúde física e mental.

Os meios de comunicação influenciam a percepção que construímos da realidade e são agentes - não os únicos - da socialização: o seu papel é significativo na construção do conhecimento, valores, atitudes e pontos de vista. Por meio da notícia, os meios de comunicação não apenas refletem a realidade (reprodução), mas também participam de sua construção e criação (produção).

A "realidade midiática" não é fiel à realidade, pois tira dela apenas alguns fragmentos e oferece ao público um certo olhar, uma descrição dessa realidade modelada de acordo com a linha editorial de cada meio. Por isso, propõe-se que a informação veiculada no noticiário não seja neutra e que se construa o que se denomina "efeito realidade".

A imprensa escrita e o telejornalismo desempenham um papel fundamental na formação de opiniões sobre os diferentes fatos da realidade. Problemas sociais apenas se tornam parte dos problemas públicos quando têm visibilidade na mídia e são construídas como tal. Para que um problema seja considerado de interesse público e político, sua presença na mídia é essencial.

Acredita-se que a mídia de notícias, especialmente, desempenhe um papel crítico na formação da opinião pública. A forma como as notícias são enquadradas, incluindo como os indivíduos e eventos são retratados, pode influenciar as respostas pessoais, políticas e de justiça social. Embora haja uma ênfase crescente no potencial da mídia para desempenhar um papel na prevenção da violência contra as mulheres, pesquisas anteriores sugerem que o conteúdo dos relatórios de notícias frequentemente deturpa o problema. Por exemplo, embora existam várias maneiras de incorporar e promover a compreensão das construções sociais da violência masculina perpetrada na cobertura de notícias (por exemplo, reconhecendo fatores sociais e de gênero subjacentes), descobriu-se que poucos relatos da mídia o fazem. A cobertura de notícias que se concentra em incidentes ou eventos distintos localizados em lugares e momentos específicos (enquadramento episódico) tende a eliciar atribuições de responsabilidade individualistas em vez de sociais, obscurecendo assim de seu público a noção de que a violência contra as mulheres é um sistema social, um problema.

O estudo desse assunto mostra-se relevante a toda sociedade, principalmente às mulheres, para estarem ciente de seus direitos bem como o Direito Humano, de cada cidadão, e também aos operadores do Direito, tanto os acadêmicos quanto os que já atuam, para que saibam a influência dos meios de comunicação e a forma como estes podem auxiliar na diminuição do índice da violência doméstica.

Assim, o objetivo do presente artigo é analisar os impactos da mídia em relação à violência contra as mulheres nos meios de comunicação brasileiros e o aumento do feminicídio no cenário da pandemia covid-19.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 A mulher como gênero**

A abordagem de gênero tornou-se inevitável nos discursos de desenvolvimento. Segundo Roichman (2020), não é coincidência que os discursos para o avanço das mulheres sejam dominantes hoje em dia. Por um lado, as ações de desenvolvimento realizadas nos últimos 30 anos sempre tenderam a criar encargos adicionais para as mulheres sem abri-las a espaços políticos e estratégicos de decisão. Por outro lado, é no contexto da crise e do fracasso estatal que as mulheres são mais frequentemente chamadas para suas possíveis contribuições, a fim de quebrar o impasse no desenvolvimento.

Hermann (2015) destaca que gênero como conceito refere-se aos papéis e responsabilidades de mulheres e homens, conforme determinado pela sociedade. Está ligado à maneira como somos percebidos e pensados a pensar e agir como homens e mulheres de acordo com a organização da sociedade e não por causa de nossas diferenças biológicas.

Esses papéis e responsabilidades se referem aos diferentes trabalhos feitos por homens e mulheres, suas necessidades práticas e estratégicas, seus diferentes níveis de acesso aos recursos e as diferentes esferas nas quais eles podem tomar decisões e exercer controle sobre recursos e benefícios. Esses papéis e responsabilidades são determinados social e culturalmente e podem diferir de uma comunidade para outra, de um país para outro.

Para Silva (2014), o gênero pode ser definido como um conjunto de papéis socialmente determinados e culturalmente variáveis que homens e mulheres desempenham em suas vidas diárias. Refere-se à relação estruturalmente desigual entre homens e mulheres, como se manifesta no nível micro (dentro da família) e no nível macro (por exemplo, no mercado de trabalho). Ela se enraíza nos valores tradicionais observados por nossas diferentes sociedades e tem repercussões na lei e nas políticas de desenvolvimento de nosso país.

Caicero-Roas et al. (2019), o gênero é uma noção dinâmica e é influenciado por mudanças sociais; às vezes é uma função da idade dos atores, seu nível de educação, sua origem social e antecedentes, religião, etc. No entanto, embora gênero seja uma noção muito variável, ele contém um denominador comum: a opressão universal das mulheres.

Enquanto tais teorias pretendem dar validade científica, elas são de fato visões parciais e distorcidas justificativas ideológicas para o *status quo*. Eles tentam justificar sistemas de desigualdade, exploração e dominação como inevitáveis, inescapáveis e imutáveis.

A abordagem de gênero implica que os problemas das mulheres são abordados pela diferenciação entre características sexuais. Os Estudos de Gênero podem ser “entendidos como um corpus de saberes científicos que têm por objetivo proporcionar características e metodologias para análise das representações e condições de existência de homens e mulheres em sociedades passadas e futuras.” (YANNOULAS et al, 2012, p. 426).

É necessário inicialmente entrar no campo da conceitualização, evitando equívocos entre sexo e gênero.

A palavra sexo provém do latim, *sexus* e refere-se à condição orgânica que distingue o macho da fêmea. Sua principal característica reside na estabilidade através do tempo. A categoria de gênero provém do latim *genus* e refere-se ao código de conduta que rege a organização social das relações entre homens e mulheres. Sua principal característica está na mutabilidade. (YANNOULAS et al, 2012, p. 427)

Percebe-se, portanto, que esse conceito é limitado, não esgota em si a totalidade do significado. *Sexo*, refere-se à dimensão biológica e *gênero* à dimensão cultural, embora os limites entre ambos não sejam estanques, já que as referências textuais aos dois níveis se imbricam muitas vezes na bibliografia sobre o assunto.

O conceito de gênero como assinala Teles (2015) que as relações de gênero e os papéis atribuídos a mulheres e homens (e à família) são determinados em grande parte por estruturas econômicas, a natureza do Estado e suas orientações sociais, religião, cultura e a estreita relação entre todos esses elementos, que podem mudar.

De acordo com o que aponta Andrade (2009), os relacionamentos entre homens e mulheres começam no nível do círculo familiar, onde são modelados, e depois ajudam a moldar outros relacionamentos em níveis mais altos. Como resultado, a família é a menor unidade social que oferece uma interpretação sociológica significativa das relações de gênero. No nível familiar, existem vários níveis de relacionamento que fornecem uma grande quantidade de informações sobre as relações de gênero.

Para Hermann (2015, p. 61) “no espaço doméstico, as relações patriarcais promovem a opressão das mulheres, atuando internamente nessa dimensão, mas alcançando todas



as outras, com variantes inerentes a cada sociedade”.

Em suma, a análise da dimensão de gênero possibilita estudar os múltiplos estratos nas relações sociais e identificar o homem e a mulher, o indivíduo e a comunidade, bem como as complexas interconexões que mantêm entre si.

## **2.2 Origem da opressão e subordinação da mulher**

Segundo Martins (2007), por algum tempo, os homens eram os possuidores de riqueza, enquanto a linhagem permanecia sempre baseada em um princípio matrilinear. Para resolver essa contradição, a tribo se desintegrou gradualmente para dar lugar à família nuclear. As mulheres foram gradualmente forçadas à monogamia, para que os homens pudessem ter certeza da paternidade de seus filhos - e, portanto, legar suas propriedades apenas a si mesmos.

Gomes (2018) destaca que com o modelo patrilinear nasceu o primeiro dever da mulher: como esposa, ela teve que dar à luz para perpetuar a linhagem e permitir a transmissão da herança do homem. As tarefas domésticas tornaram-se um assunto "privado" e a mulher ficou confinada à casa da família. O homem também assumiu o comando em casa; a mulher foi degradada e reduzida à servidão; ela foi transformada em escrava de sua luxúria e em um instrumento simples para a produção de crianças.

Engels explicou que a emancipação da mulher depende de sua participação na produção em larga escala social. No entanto, a gestão privada do trabalho doméstico é um obstáculo a essa participação. Para remediar isso, é necessário "tornar o trabalho doméstico privado em uma indústria pública". É impossível sob o capitalismo porque é contra os interesses da classe dominante (COSTA, 2017).

Somente uma sociedade socialista permitirá o estabelecimento de um número suficiente de creches, escolas, cantinas e lavanderias públicas acessíveis a todos, gratuitamente. Ao mesmo tempo, o declínio gradual do tempo de trabalho para homens e mulheres criará as condições para uma vida familiar mais livre e gratificante. Desenvolvimento maciço de serviços públicos, menor jornada de trabalho: estas são as medidas que criarão as condições materiais para uma genuína libertação das mulheres (VECCHIATTI, 2008).

A emancipação das mulheres vai além das diferenças salariais e da distribuição das tarefas domésticas. O sexismo, o legado de milhares de anos de opressão, pesa sobre bilhões de mulheres. É perpetuado pela própria existência da família burguesa. É para defender este último que a ideologia dominante exerce pressão sobre as mulheres que não procuram parceiros homens estáveis, que demoram a ter filhos ou que preferem suas

carreiras à vida familiar. Induz a alienação no trabalho precário, abuso e violência sexual (VECCHIATTI, 2008).

No entanto, a família burguesa não é uma norma simples ou uma construção cultural da qual poderíamos decretar a abolição. Está ligado à sociedade capitalista baseada em desigualdades; em última análise, é útil para a reprodução deste sistema. Somente com o derrube do capitalismo a família burguesa começará a se desintegrar, dando lugar a novas formas de organização familiar, produtos de uma sociedade sem classes e livre de qualquer relação de dominação (SILVA, 2014).

De acordo com Pimentel e Di Giorgio (2013) o discurso de "naturalização" realizado pelo dominante é, ao mesmo tempo, um discurso de estigmatização que visa desvalorizar os diferentes grupos oprimidos; esse estigma leva ao fato de que os indivíduos são atribuídos a uma identidade única e perseguidos ou, pelo menos, mal tratados, em nome dessa identidade única; Nas sociedades ocidentais, o modelo de referência tem sido, e ainda muito amplamente, o do homem, branco, burguês, cristão, heterossexual.

Somente uma pessoa com tais características pode reivindicar ser um indivíduo e falar pela humanidade. Todos os outros, negros, judeus, gays, trabalhadores migrantes e seus filhos, mulheres (estes últimos também podem se concentrar neles, muitos desses "estigmas") devem e devem ainda ser justificados para gozar dos mesmos direitos do que os dominantes.

Pimentel e Di Giorgio (2013, p. 45) assinalam que "às filhas era reservado o mesmo destino das mães quando não lhes restava o celibato ou a vida religiosa". De acordo ainda com a autora, todos os passos familiares eram dados de forma minuciosamente pensada e elaborada de forma a preservar e se possível aumentar o patrimônio da família, fosse esse material ou moral.

Toda essa repressão à personalidade própria do indivíduo trouxe à tona, paulatinamente, o desejo de liberdade, o desejo de amar e ser amado, o desejo de realização fosse pessoal ou profissional, desejos esses que sempre existiram, se não abertamente ao menos no íntimo do indivíduo. Desejos que eram compartilhados tão somente via pensamento ou escritos secretos, pois outra forma não era permitida e sequer ousada pelos participantes. Quando num rompante de coragem o indivíduo se rebelava contra as convicções paternas, certamente a pena era o exílio da entidade familiar.

Segundo Dahal (2010) durante muito tempo, as mulheres, para existir, tiveram que se conformar com dois grandes estereótipos: a sedutora ou a boa mãe. Para uma mulher, isso pode envolver jogar o jogo da "feminilidade" e a sedução tradicional, tentando se adequar aos cânones da "beleza" para agradar e capturar a proteção do dominante. Embora as lutas das mulheres tenham conseguido afrouxar o nó desses estereótipos, elas

continuam a persistir em grande parte do planeta e de forma mais insidiosa nas sociedades ocidentais.

A divisão de trabalho entre homens e mulheres não é em si um arranjo desigual ou opressor e só parece inevitável devido à diferença na biologia. No entanto, devemos questionar em que ponto e por que essa divisão se tornou uma relação de dominação - e opressão. Por que mulheres corajosas, com seus corpos superiores que lhes permitem ter e alimentar bebês, se tornam as oprimidas? É importante definirmos cuidadosamente o que é que as mulheres são "natural" ou biologicamente construídas para dar à luz e amamentar jovens (CERQUEIRA, 2018).

Devemos rejeitar outros atributos ditos naturalmente femininos, como a capacidade de cuidar de bebês, trocar fraldas, cuidar deles quando estão doentes, supervisionar seu desenvolvimento e educação, etc. Essas coisas, os homens são igualmente capazes ou realizadores. No entanto, muitas mulheres não estão fisicamente bem e são incapazes de trabalhar durante a gravidez, lactação e durante períodos de outros problemas menstruais. Essa vulnerabilidade deve ter influenciado sua sujeição (SILVA, 2014).

### **2.3 A lei Maria da Penha e a violência de gênero**

A legislação brasileira sobre violência doméstica e intrafamiliar contra mulheres entrou em vigor no ano de 2006 com o título de "Lei 11.340 - Lei Federal de Violência Doméstica ou Familiar contra Mulher", denominada de Lei Maria da Penha. Esta lei tem como objetivo coibir a violência doméstica e familiar contra mulheres.

Segundo Dias (2014) e Cavalcanti (2006), a Lei Maria da Penha se constitui num importante aparato político e jurídico contra as práticas de violência doméstica, que muitas vezes foram ocultadas. Porém, de acordo com Cunha (2010) e Dias (2014), certamente ela não resultará na igualdade almejada.

Uma legislação brasileira específica para esses casos seria parte de uma estratégia de evidenciar a violência contra mulheres, um elemento simbólico importante (RIFIOTIS, 2007). Isso porque este tipo de violência é um problema social complexo e somente a medida jurídica não irá coibir esta prática.

A Lei Maria da Penha, Lei nº. 11.340/06, rompe com o sistema vigente, em muitos aspectos. Desde o ponto de vista do valor proteção à família, inserido na Constituição Federal, que abarca aspectos de nova perspectiva social, no que concerne ao tratamento de que sempre foi merecedora a mulher, até aspectos de direito material e, especialmente, aspectos de direito processual.

De acordo com Dias (2014), as principais formas de violência contra mulher são:

a) Violência física, configurada por qualquer ato de agressão em que qualquer parte do corpo, algum objeto, arma, substância ou elemento para restringir, imobilizar ou causar danos ou gravidade física de outra pessoa, direcionada para sua submissão ou controle;

b) Violência psicológica ou emocional, originada para esse padrão de comportamento, ambas as ações por omissão, de caráter repetitivo, consistindo em proibições, restrições, condições de intimidação, ameaças, atitudes de desvalorização ou abandono, capaz de provocar danos em quem os recebe, deterioração ou diminuição da autoestima e uma afetação à sua estrutura de personalidade;

c) Violência sexual, definida como o padrão de conduta que consiste em atos ou omissões que infringem a provocação e humilhação da sexualidade, indução de práticas sexuais indesejadas e atitudes destinadas a exercer controle, manipulação ou domínio sobre outra pessoa, bem como crimes contra a liberdade e o desenvolvimento psicosssexual normal;

d) Violência econômica, causada por ações ou omissões cuja ilegitimidade manifesta implique dano, perda, transformação, subtração, desocultação, ocultação ou retenção de ativos, ferramentas de trabalho, documentos para o qual as vítimas não conseguem cobrir suas necessidades básicas, com o propósito de coagir a autodeterminação de outra pessoa.

Segundo Dias (2014) a Lei Maria da Penha elenca um rol de medidas contra o homem agressor e assegura à mulher o direito a uma vida sem violência. Dentre essas medidas estão as Medidas Protetivas de Urgências, disposto no artigo 22 da Lei 11.340/2006 - Maria da Penha.

Tais Medidas Protetivas de Urgências tem como finalidade proteger a mulher contra as ofensivas do autor de violência doméstica, estabelecem a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, proibição de determinadas condutas, como aproximar-se da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Bem como o direito de a mulher reaver seus bens e cancelar procurações feitas em nome do agressor. E principalmente, a violência psicológica passa a ser caracterizada também como violência doméstica (DIAS, 2014, p. 48).

De acordo com Gomes (2008) o Brasil triplicou a pena para agressões domésticas contra mulheres e aumentou os mecanismos de proteção às vítimas. A Lei Maria da Penha aumentou de um para três anos o tempo máximo de prisão – o mínimo foi reduzido de seis meses para três meses.

A nova lei, de acordo com Cavalcanti (2006), modifica o Código Penal e permite que os agressores sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada. Também acabam com as penas pecuniárias, aquelas em que o réu é condenado a pagar cestas básicas ou multas. A Lei de Execução Penal altera o artigo 152 para a Lei 11.340/06 – Maria da Penha no artigo 45, permitindo o juiz determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Segundo Cavalcanti (2006) e Dias (2014) a mulher poderá também ficar seis meses afastada do trabalho sem perder o emprego se for constatada a necessidade de manutenção de sua integridade física ou psicológica.

O Brasil passa a ser o 18.º da América Latina a contar com uma lei específica para os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, que fica assim definida: qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O texto define as formas de violência vividas por mulheres no cotidiano: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (CAVALCANTI, 2006).

A Lei Maria da Penha entrou em vigor em setembro de 2006. Desde então, foram registradas 864 prisões em flagrante em todo o país. A esse número somam-se 77 prisões preventivas determinadas por juízes de direito (idem.).

De acordo com Cavalcanti (2006), as diferenças regionais ainda aparecem como principal obstáculo para a plena execução da lei. Em um ano, a Região Sudeste instaurou 4.570, a Região Sul com 4.895, a Região Centro-Oeste 3.501 processos contra agressores. No entanto, o Nordeste inteiro, foram apenas 369 processos instaurados, confirmando, assim a velha discriminação geográfica que sofre o Brasil, a partir do período colonial.

Portanto, no que concerne a esse ponto, a lei determina um novo tratamento à mulher. Impõe mais rigor ao homem abusador e maior proteção à mulher, assim aplicando o valor proteção à família, constante da Constituição Federal, pois é indiscutível a preponderância da mulher no âmbito familiar.

Cerqueira (2018) destaca que no Brasil, a violência é considerada causa importante de morbidade, atingindo principalmente as mulheres jovens em idade reprodutiva. É difícil, entretanto, estabelecer a prevalência da violência sexual porque os casos denunciados são

apenas uma pequena proporção do total. Uma das causas que contribui para o baixo índice de denúncias é que a maioria das agressões ocorre em ambientes familiares ou são praticadas por pessoas conhecidas, onde existe um vínculo sentimental ou hierárquico entre os agressores e as vítimas. Outra causa é que, quando esse tipo de violência ocorre fora da família e por desconhecido da vítima, surge o medo de vingança, a sensação de culpa, o desconhecimento dos direitos e o descrédito na justiça.

Na cidade de Manaus, as ações para o combate à violência infelizmente ainda não são ações integradas da justiça, educação, ação social e saúde, juntamente com a sociedade civil. Os serviços oferecidos à sociedade manauara restringem-se principalmente ao atendimento de mulheres agredidas sexualmente, sejam crianças, adolescentes ou adultas, para atender às suas necessidades imediatas e protegê-las dos riscos de gravidez, de doenças sexualmente transmissíveis e das consequências psicológicas da violência (MARTINS, 2007).

## **2.4 A mídia e a violência contra a mulher**

A violência contra a mulher, onde a violência doméstica se insere como a forma mais representativa de violência contra as mulheres, constitui uma violação dos direitos humanos e é frequentemente baseada em dados históricos e desigualdades estruturais de gênero. Atualmente é considerado crime público, punido por Lei, conforme a Lei Maria da Penha, anteriormente apresentada (FAÇANHA, 2021).

A importância da mídia na prevenção, conscientização e divulgação deste problema social é reconhecida nacional e internacionalmente. A atual Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não discriminação contempla, entre outros, o Plano de Ação pela Igualdade entre Mulheres e Homens e o Plano de Ação para a Prevenção e Combate à Violência contra a Mulher e Contra a Violência Doméstica. Nestes documentos é expressa a necessidade de se promover uma cultura midiática livre de sexismo e estereótipos, nos quais a igualdade entre homens e mulheres é endossada.

No Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, por exemplo, pouco se discute a respeito da influência dos programas de conteúdo violento sobre os telespectadores, e há pouca pesquisa para se desvendar os efeitos mais propriamente psicológicos da veiculação da violência pela mídia. Sem que alguns setores releguem totalmente a questão da influência da veiculação da programação violenta sobre a sua prática, o que a televisão e os jornais mostram e expõem ao conhecimento e ao debate não é propriamente a violência dos filmes ou dos programas ficcionais, mas aquela real das ruas, mostradas nos telejornais, a que estão sujeitos, principalmente, os moradores das grandes metrópoles (RONDELLI, 2000, p. 145).

Um fator a ser destacado no quesito jornalismo, tem sido o silenciamento bastante observado na realidade brasileira, não necessariamente na exposição de casos, pois na atualidade os casos de violência doméstica são divulgados diariamente, porém quando se menciona o silenciamento, é sobre a situação da vítima após a agressão, observa-se que não há uma leitura completa sobre os casos, e o agressor, principalmente com altas posições na sociedade, logo tem sua vida e rotina voltada ao normal, enquanto que a vítima é que tem sua rotina alterada, incluindo os danos causados, física e psicologicamente.

A problemática da exclusão das mulheres tem um caráter histórico e continua presente na sociedade contemporânea ao refletir sobre desigualdades de gênero, é possível afirmar que a voz dominante não é feminina quando lançamos luz a essa questão no campo do jornalismo, há de se perceber um cenário de invisibilização e silenciamento (MARINO, 2018, p. 1).

Woitowicz (2007, p. 5) afirma que os casos de agressões contra a mulher passam a chamar atenção do público quando estes se tornam públicos com mais frequência “a partir destas ações, que começaram a dar visibilidade às agressões que aconteciam nos espaços público e privado, o tema da violência contra a mulher virou praticamente sinônimo de violência doméstica”.

Observa-se no geral que são telejornais que usam o sensacionalismo, e que quando se trata de grandes nomes o caso, mal é pronunciado, ou tem uma nota curta e superficial. Segundo Ribeiro (2013, p. 9) “podemos afirmar que o assunto violência tem grande destaque no telejornal, mas sempre de forma superficial ou sensacionalista”.

Acredita-se que para que a vítima se sinta segura, o telejornal deve apresentar também a vida do agressor após a denúncia, assim como a punição pelo crime e assim como também as suas perdas, com esse comportamento o telejornal consegue auxiliar na cobrança por justiça, para que o crime não fique impune e a vítima possa então se sentir segura (OKABAYASHI et al., 2020).

Para Pazzini (2019, p. 14) “É importante uma atenção às narrativas midiáticas que materializam a relação entre o jornalismo e a violência contra mulheres, com intenção de apresentar novos modos de abordagem aos casos já existentes”.

Além de fazer campanhas de denúncias, e mostrar alguns casos, deve-se enfatizar um pouco mais a fala da vítima, pois nota-se que ao ser entrevistada, as perguntas sempre são breves e a entrevista segue para o advogado da mesma que na maioria dos casos explica toda a situação, dar voz a quem de fato conviveu, pode encorajar a outras vítimas

a denunciar, e fazer com que as punições sejam cada vez mais cabíveis e severas (MARANHÃO, 2020; MARQUES et al., 2020).

## 2 METODOLOGIA

- A metodologia é o momento em que os pesquisadores explicam os métodos empregados durante a realização da pesquisa. É por meio da definição da metodologia que será exercida que todo o corpo de análises ganha forma e se definem.

- O presente estudo adotou uma abordagem metodológica qualitativa, com o emprego de pesquisa bibliográfica.

- Ressalta-se que a pesquisa bibliográfica foi fundamental no processo de conhecimento e apropriação das referências teóricas sobre o tema. Por meio desta técnica abordar-se-ão, através de diversos autores, as questões históricas que permeiam ações de violência e como são danosas em larga escala para as mulheres, além de destacar legislações específicas. E ainda foram identificados os processos que tornam a temática relevante nos meios de comunicação.

- Utilizou-se como intermediário a abordagem qualitativa que está mais relacionada no levantamento de dados sobre o índice da violência doméstica e feminicídio assim como o que a mídia faz para que este reduza, e como as mulheres têm sido tratadas em matérias sobre violência.

- Em relação à análise dos dados, foram analisadas matérias jornalísticas veiculadas na mídia com grande impacto na sociedade. Foi realizado um levantamento de reportagens exibidas nos telejornais sobre o tema violência contra a mulher e feminicídio. Os dados brutos das matérias jornalísticas receberão tratamento, tendo como base a análise de conteúdo.

- De acordo, com Bardin (2009) estabelece uma definição para a Análise de Conteúdo como um conjunto de técnicas de análise de comunicação visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, quantitativos ou não que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção, recepção destas mensagens.

- Foi realizada a análise dos dados seguindo as etapas proposta por Bardin (2009): 1) Pré-análise; 2) Exploração do Material e 3) Tratamento dos Resultados, Inferência e Interpretação.

- Por fim, nesta última fase, os dados foram tratados em busca de interpretações guiadas pelos objetivos propostos. A partir dos recortes das matérias



jornalísticas, realizou-se então interpretações e discussões, tomando-se como fase referencial teórico pertinente ao objetivo deste estudo.

### 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Conforme pontuado nos procedimentos metodológicos, optou-se pela análise de notícias veiculadas nos principais telejornais brasileiros que abordassem as questões de violência contra a mulher e que tiveram grande impacto na sociedade.

#### 3.1 O caso Eloá

O primeiro caso escolhido ocorreu em 2008 no estado de São Paulo: a estudante Eloá Pimentel, de 15 anos, foi brutalmente assassinada pelo seu ex-namorado Lindemberg Alves com tiros na cabeça e na virilha após ser mantida em cárcere em sua própria casa. O motivo do crime se deu ao fato de que Lindemberg não aceitava o término do relacionamento. Este caso teve grande repercussão pela mídia.



Figura 1: Cobertura do caso Eloá pelos telejornais brasileiros.

Fonte: Rede Globo, 2020.

Durante quatro dias, as câmeras da Globo filmaram a janela por onde a jovem estabelecia mínima comunicação com o mundo externo. Mesmo mantendo distância, a equipe da Editoria São Paulo conseguiu registrar uma cena que mudou a forma de se contar essa história.

No Jornal da Record, de 14 de outubro de 2008, o Caso Eloá ganhou evidência. A âncora, Adriana Araújo, deu destaque na chamada: “Mais de 30 horas de tensão em São

Paulo”. Complementou, informando que “Lindemberg mantém duas jovens em sequestro em Santo André”. A repórter, Taís Furlan, direto de Santo André, entrou com a matéria. Destacou que Lindemberg Farias atirara contra a multidão e contra a polícia. Mantinha “desde ontem, às 13h30min, a sua ex-namorada, Eloá, e sua amiga Nayara, sequestradas”. Tudo, porque ele não se conformava com “o fim do namoro”.

Ao analisar o discurso dos apresentadores, a presença da expressão “crime passionai” – e expressões similares – era recorrente. Lindemberg só agiu daquela forma “por amor”. A forma com que esses discursos são construídos para impossibilitar que espectador assimile violência de gênero a outras formas de violência, que são consideradas mais graves.

Uma teoria da violência cega quanto ao gênero e sem lentes feministas resulta inevitavelmente na apresentação da perspectiva patriarcal dominante. Conseqüentemente, a forma como os sujeitos masculinos percebem a violência é exibida, tornando a teoria parcial. Uma perspectiva feminista, entretanto, fornece uma compreensão mais profunda da violência, analisando como ela está conectada e inserida nas estruturas patriarcais de poder. Como argumenta Scott (1990, p. 72), “O poder de gênero molda a dinâmica de cada interação”. Desta forma, as normas de gênero moldam e são moldadas por estruturas de poder, além disso, o posicionamento dos sujeitos humanos dentro dessas estruturas é central para toda a teoria feminista.

A violência está inerentemente ligada ao poder e, sem dúvida, não há ato de violência que não cruze com o gênero, caracterizada em todos os momentos reportados do caso Eloá, que mostra Lindemberg Farias sempre evidenciando seu poder sobre a vítima. No entanto, as teorias feministas que examinam a violência específica de gênero tendem a permanecer dentro dos limites do binário feminino masculino. Se a lente feminista deve oferecer uma compreensão mais completa da violência no cenário global, o espaço feminista precisa ser aberto para incluir a análise da violência dirigida a indivíduos ou grupos cujas identidades de gênero não estão em conformidade com as construções de gênero estabelecidas.

### **3.2 O caso Malala**

Os telejornais brasileiros também evidenciaram muito o caso de Malala Yousafzai. Em 9 de outubro de 2012, membros do Talibã atacaram a tiros um ônibus que levava meninas para casa depois de mais um dia letivo, em Swat, uma região ultraconservadora no norte do Paquistão. O alvo era uma das estudantes, Malala Yousafzai, que então tinha 15 anos e defendia publicamente o direito à educação para as meninas.



Figura 2: Cobertura do caso Malala pelos telejornais brasileiros.

Fonte: Rede Bandeirantes, 2020.

Em destaque no Jornal da Band News, a notícia foi amplamente difundida, destacando que, baleada na cabeça, Malala sobreviveu ao atentado, que chocou o Paquistão, mesmo com a onda de violência e repressão por parte dos militantes do Talibã. Ela foi retirada do país com sua família e levada ao Reino Unido. O atentado do Talibã contra Malala ganhou o noticiário mundial e diversos países se mobilizaram para auxiliar a jovem e sua família.

Um estudo descobriu que a cobertura aparentemente positiva da mídia sobre a ativista feminista Malala Yousafzai está na verdade repleta de suposições paternalistas sobre as mulheres em países muçulmanos. Ficou evidente também que o destemido e eloquente ativista foi reduzido a uma vítima passiva pela mídia. Em alguns casos, ela era simplesmente referida como “atirou em uma garota do Paquistão”. O Ocidente costuma ser culpado de retratar as mulheres em países muçulmanos como passivas e vítimas. Malala Yousafzai desafia esse estereótipo em todos os sentidos, e é por isso que se buscou analisar esse caso.

A palavra feminista foi usada apenas duas vezes, e em nenhuma das ocasiões para se referir a Yousafzai, apesar de sua campanha incansável pelo direitos das meninas e mulheres jovens. A suposição subjacente que isso demonstra é que uma mulher paquistanesa não pode ser feminista. Um jornalista até aconselhou Yousafzai sobre como se vestir e se comportar em sua nova escola em Birmingham, para que ela não parecesse muito nerd. Parece surpreendente que uma jovem que está a centímetros de perder a vida lutando por seu direito à educação esteja sendo aconselhada a moderar sua ambição, caso isso a faça parecer antipática ou atraente para os meninos. No mínimo, isso sugere que

Malala Yousafzai tem muito que nos ensinar sobre a luta para sermos julgados pelo intelecto e pelas habilidades, e não pelo gênero.

Outra contradição interessante que a pesquisa identificou foi na cobertura da mídia sobre a mudança de Yousafzai para o Reino Unido e o tratamento médico que ela recebeu. Embora os jornais tenham expressado orgulho pelos cuidados que ela recebeu, eles também fizeram questão de enfatizar que todas as suas despesas seriam pagas pelo governo do Paquistão. Um jornalista disse: "A esmagadora demonstração de apoio e admiração por Malala Yousafzai nos meses após o ataque representou uma oportunidade real de reexaminar algumas das suposições que fazemos sobre as mulheres muçulmanas e também sobre o tipo de pessoa que migra para o Reino Unido em busca de segurança. Infelizmente, parece que a oportunidade foi perdida. "

É importante enfatizar que o objetivo do estudo não é sobre os indivíduos e o vocabulário que eles usam. Trata-se de identificar padrões matérias veiculadas em telejornais diferentes, o que nos diz muito sobre como nós, como nação, nos representamos no jornalismo e como representamos outras culturas e países. Nesse caso, o que fica claro é que, em nossa sociedade, é muito mais fácil rotular Malala Yousafzai de 'vítima' do que chamá-la de poderosa, sobrevivente ou mesmo feminista.

Esse caso nos remete a outro aspecto fundamental da opressão das mulheres na sociedade capitalista e que tem raízes em sistemas anteriores, é a falta de direitos democráticos. Isso afeta mulheres de todas as classes. Em sistemas sociais, como a escravidão e o feudalismo, a massa das pessoas não tinha direitos democráticos e, na verdade, pertenciam em grande parte a outros humanos. O capitalismo inicial estendeu uma promessa inspiradora de liberdade de todas as restrições feudais, esta igualdade de pessoas tendo raízes materiais nas relações de produção capitalistas. Todas as pessoas devem ser livres e iguais para vender sua força de trabalho e a classe dominante para comprá-la. Os trabalhadores assalariados devem ser livres em um duplo sentido. Eles não são apenas proprietários livres de sua força de trabalho, não servos ou escravos, mas também livres de qualquer outra forma de utilizar sua força de trabalho para sua própria conta, por exemplo, visto que não possuem terras. Na realidade, porém, o capitalismo é compatível com um mercado de trabalho estratificado e um sistema político não democrático. O artigo separado sobre direitos reprodutivos dá algumas indicações de como as mulheres foram especificamente oprimidas dessa maneira (PISCITELI, 2004).

Dado o caráter contraditório da igualdade na sociedade capitalista, as lutas por direitos democráticos têm potencialmente uma séria importância revolucionária. Quanto mais os direitos democráticos são estendidos, mais o caráter econômico e social opressor do capitalismo é revelado. A falta de igualdade como grupo constitui a base para o movimento de mulheres que une mulheres de diferentes classes. A maioria das mulheres envolvidas em tal movimento desenvolve uma compreensão da diferença entre a

igualdade burguesa e a igualdade socialista real, o que dá origem a um movimento de mulheres orientado para o socialismo.

A posição especial das mulheres na sociedade capitalista, portanto, tem dois aspectos definidores. Em primeiro lugar, mulheres e homens são diferentes no que diz respeito aos aspectos materiais da reprodução social. Isso afeta mulheres de diferentes classes de maneira diferente. Em segundo lugar, as mulheres, como outros grupos, não têm direitos democráticos plenos, e isso afeta mulheres de todas as classes. Enquanto o capitalismo sobreviver, o trabalho doméstico será necessário para a reprodução da força de trabalho, desempenhado de forma desproporcional por mulheres e muito provavelmente acompanhado por um sistema de supremacia masculina.

### 3.3 O caso de Mércia Nakashima

A advogada Mércia Mikie Nakashima, de 28 anos, foi afogada dentro do próprio carro, trancada na represa de Nazaré Paulista, interior de São Paulo, em 23 de maio de 2010. Mércia desapareceu após participar de um almoço em família em Guarulhos. O trajeto da casa da avó, onde aconteceu o almoço, até a casa dela era de no máximo dez minutos, porém Mércia não chegou em casa. Segundo familiares, antes de sair Mércia recebeu um telefonema do ex-namorado e também ex sócio em um escritório de advocacia, Mizaél Bispo de Souza, considerado o principal suspeito do crime.



Figura 3: Cobertura do caso Mércia pelos telejornais brasileiros.

Fonte: Rede Record, 2020.

No dia 10 de junho de 2010, através de uma denúncia anônima feita diretamente à

família da vítima, o carro da advogada foi encontrado na represa da cidade de Nazaré Paulista. O veículo estava submerso a uma profundidade de aproximadamente 6 metros, tinha o vidro do motorista aberto e estava com os pertences da advogada. No dia seguinte, o corpo de Mércia foi encontrado na mesma represa.

O caso Mércia Nakashima ganhou grandes proporções após o citado e, principalmente, em sua fase de julgamento. Pode-se dizer que foi mais noticiado que os outros dois casos. Isso se deu especialmente por ter sido o primeiro júri popular com transmissão ao vivo no Brasil. Muitas pessoas que antes sequer tiveram contato com o universo jurídico passaram a se inteirar de cada detalhe de um júri, seus componentes e fases, instigando ainda mais o burburinho em torno do assunto e aumentando a comoção social.

A violência específica de gênero é reconhecida desde o século XVIII, com a primeira referência oficial ao feminicídio no discurso jurídico britânico após a publicação do *Law Lexicon* de John Wharton (1848). No entanto, o feminicídio não foi desenvolvido como uma teoria feminista até que ressurgiu em conjunto com o feminismo de segunda onda na década de 1970, quando Diana Russell (1977) usou o termo no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres. A estrutura do feminicídio é altamente valiosa porque comunica algo que linguagem como assassinato e homicídio não pode. Como Radford aponta: "Você não pode se mobilizar contra algo sem nome" (1992, p. 7). Nesse sentido, a teoria do feminicídio chama a atenção para as estruturas de poder patriarcais que impõem o domínio masculino sobre a corporificação feminina e a vida social. O ato de femicídio com complexos fatores econômicos, culturais e geográficos, revelando que a violência está embutida nas estruturas patriarcais de poder. Em sociedades onde as mulheres são menos valorizadas e possuem menos direitos do que os homens, elas são inevitavelmente mais vulneráveis à violência e à morte. Assim como, mulheres com menos poder aquisitivo ou menos estudos são mais tendentes à sofrerem com a violência (PISCITELI, 2001).

Aplicar a estrutura do feminicídio ao assassinato de mulheres, como no caso de Mércia, e à disparidade nas proporções globais de gênero permite o reconhecimento de crimes de gênero que visam especificamente as mulheres. A teoria do feminicídio também coloca as vítimas dentro das estruturas de poder patriarcal da economia e da política, permitindo uma visão mais profunda de como a violência está conectada ao patriarcado e à masculinidade. O feminicídio, portanto, destaca a relação complexa entre violência, economia, política e ideologia de gênero. A responsabilidade global de prevenir o feminicídio também deve ser considerada, particularmente quando se considera a conexão entre o feminicídio e o capitalismo neoliberal e as condições econômicas de pobreza que ele cria.

Mais de um terço dos estados do país não divulga a raça das mulheres vítimas de violência. E, mesmo entre os que divulgam, os dados apresentam falhas, já que, em boa

parte, o campo aparece como “não informada”. Considerando apenas os dados disponibilizados de forma completa, os números apontam que cerca de 75% das mulheres assassinadas no primeiro semestre deste ano no Brasil são negras. O percentual diminuiu para quase 50%, no entanto, do total de vítimas de agressões cometidas por companheiros em casa e estupros<sup>44</sup>.

### 3.4 O caso de Mariana Ferrer

Um caso de violência foi o sobre o julgamento do empresário André de Camargo Aranha, que estuprou em 2018 a influencer Mariana Ferrer. Alguns dos telejornais destacaram dois pontos importantes: que a vítima foi humilhada durante a audiência pelo advogado de defesa e a sentença de “estupro culposo”. Com as reportagens e com o vazamento das gravações da audiência, o caso, que em setembro já havia alcançado os trend topics do Twitter com a hashtag #justiçapormariferrer, voltou a ser destaque na imprensa nacional. A cobertura do caso também evidenciou os outros homens presentes na audiência: o advogado de defesa Cláudio Gastão da Rosa Filho, o promotor de justiça Thiago Carriço de Oliveira e o juiz da audiência Hudson Marcos.



Figura 4: Cobertura do caso Mariana pelos telejornais brasileiros.

Fonte: Rede Globo, 2020.

A sentença de estupro sem intenção foi um dos primeiros pontos que repercutiu, fontes especialistas foram consultadas pelos veículos de imprensa para analisar a sentença e os termos estupro sem intenção e estupro culposo. Também foi apontado que essa sentença abre um precedente perigoso para o judiciário brasileiro. A vítima ser humilhada

<sup>44</sup> Informações extraídas de: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-homicidios-ja-as-brancas-compoem-quase-metade-dos-casos-de-lesao-corporal-e-estupro.ghtml>. Acesso em: 23 mai. 2022.

e seu depoimento questionado com agressividade foi outro ponto que ganhou destaque nos jornais.

### **3.5 A violência contra a mulher na pandemia**

Conforme dados divulgados pela ONU Mulheres (2020), o confinamento levou a aumentos das denúncias ou ligações para as autoridades por violência doméstica de 30% no Chipre, 33% em Singapura, 30% na França e 25% na Argentina. Em todos os países, obrigados a decretar medidas de restrições aos deslocamentos para frear a propagação do vírus, muitas mulheres e crianças se viram presas em residências pouco seguras.

No Brasil, 497 mulheres perderam suas vidas desde o início da pandemia e com a necessidade de confinamento. Foi um feminicídio a cada nove horas entre março e agosto, com uma média de três mortes por dia. São Paulo, com 79 casos, Minas Gerais, com 64, e Bahia, com 49, foram os estados que registraram maior número absoluto de casos no período. No total, os estados que fazem parte do levantamento registraram redução de 6% no número de casos em comparação com o mesmo período do ano passado. Os dados são do segundo monitoramento "Um Vírus e Duas Guerras", feito por parceria entre sete veículos de jornalismo independente, que visa monitorar a evolução da violência contra a mulher durante a pandemia. A atualização revelou que entre maio e agosto foram mais 304 casos de feminicídio, 11% a menos do que o mesmo período de 2019. O primeiro levantamento da série, divulgado em junho, mostrou que nos meses de março e abril, quando iniciou o confinamento da população por causa do vírus, 195 mulheres foram mortas em 20 estados. O segundo monitoramento, como no primeiro, analisou os dados pelo número da população feminina desses 20 estados. O índice médio do país foi de 0,34 feminicídios por 100 mil mulheres. Portanto, 13 estados estão acima da média: Mato Grosso (1,03), Alagoas (0,75), Roraima (0,74), Mato Grosso do Sul (0,65), Piauí (0,64), Pará (0,62), Maranhão (0,47), Acre (0,44), Minas Gerais (0,43), Bahia (0,39), Santa Catarina (0,38), Distrito Federal (0,37) e Rio Grande do Sul (0,34) (BRASIL, 2021).

O confinamento, por sua vez, cria as condições ideais para que os elementos da violência de gênero sejam potencializados: isola ainda mais as mulheres, aumenta o controle por meio do fechamento formal do lar, facilita a impunidade aumentando as barreiras para que as mulheres possam sair da violência e cria um contexto que facilita o uso de qualquer uma de suas formas ao menor estímulo.

Estudos revelam que essa é uma situação comum após uma catástrofe ou desastre, e que os agressores se aproveitam das circunstâncias em que a mobilidade é limitada para aumentar a violência contra a mulher. Nesses tipos de cenários, como os estudados após diferentes desastres (terremoto no Haiti, incêndios na Austrália, tsunami no Japão), a pesquisa mostrou um aumento da violência de gênero com componentes: aumento da



violência anterior ao desastre e aparecimento da violência de gênero em relacionamentos em que antes não existia. E tudo isso sem aumento do número de reclamações.

Os dados que aparecem em diferentes informações jornalísticas sobre a evolução da violência de gênero durante estes dias de quarentena confirmam a situação, com um aumento de 37% no número de chamadas para o disque denúncia e uma diminuição das reclamações. Tudo isso em um cenário em que aumentaram os elementos que aumentam o risco de violência contra a mulher, entre eles o consumo de álcool, com aumento nas vendas de 84,4%, e a pornografia, que aumentou 61,3%. Em suma, pode-se dizer que o confinamento aprisiona as mulheres na violência e libera os agressores para usá-lo.

O confinamento, portanto, ocorreu em um contexto caracterizado por um aumento da violência de gênero, que se manteve nesse período, segundo os primeiros dados que surgiram e que são comuns em situações semelhantes, como aquelas que acompanham desastres e catástrofes.

Neste contexto, a análise das consequências do confinamento na violência de gênero deve ter em conta a dimensão médico-legal e a dimensão clínica, e integrar com elas o impacto nos menores que vivem nesses lares.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A violência contra a mulher é um grave problema social e é uma consequência da dominação ancestral que o homem exerce sobre a mulher, e isso tem profundas raízes sociais e culturais. Desta forma, o estudo buscou levantar uma reflexão sobre como nos telejornais há um fluxo constante de imagens e expressões que alimentam exatamente esse padrão, mostrando visão distorcida da mulher como vítima, objeto, figura de sexo frágil e dominada. Isso foi ilustrado nos casos ilustrados no capítulo da análise de conteúdo. No entanto, há que se ressaltar que muitas mulheres ainda não desenvolvem sororidade uma com as outras e ficam, muitas vezes, a favor dos homens, criticando as posturas por elas adotadas.

Apesar dos avanços alcançados nos últimos anos, em que se observa, para parte dos profissionais, uma maior conscientização sobre os aspectos discriminatórios de mulheres na mídia, deletar mensagens que contribuem para a criação deste estereótipo feminino, certamente deve ser o ponto de partida prioritário para poder enfrentar com sucesso o problema de violência contra as mulheres. É, portanto, uma tarefa global, que vai além de um foco correto em uma notícia sobre maus-tratos.

É importante ampliar a representação de mulheres com imagens positivas que refletem a verdadeira realidade. Deve ser lembrado que existem mulheres juízas,

engenheiras, astronautas, ministras, e que isso também deve se refletir em uma imagem da mulher veiculada pela mídia. É uma forma de se aproximar da realidade e ampliar o campo de representação das mulheres para evitar que a violência seja superestimada. A urgência informativa: pouca ou nenhuma reflexão. O imediatismo necessário para preparar informações para os telejornais faz reflexão sobre a notícia de maus tratos às vezes escassos ou inexistentes, com todos os riscos que isso acarreta na avaliação de reunir, pesar versões e testemunhos e investigar as causas e circunstâncias das notícias.

A escassa formação audiovisual do público tendo o espetáculo como referência, e a busca por um público acima das considerações éticas, nos coloca ocasiões antes de perversões informativas que não contribuem para uma melhor compreensão do problema. Chamar a atenção para os aspectos mais dramáticos e buscar a espetacularidade pode aumentar a comiseração pelas vítimas, mas é importante fazê-la ao mesmo tempo, antes que a perspectiva global se perca. No caso da televisão, existe uma mensagem verbal e uma mensagem não verbal. Certos tipos de cenários, fantasias ou encenação não ajudam a dar à questão da violência contra as mulheres a importância que ela merece.

À medida que a mídia continua a perpetuar as representações da violência contra as mulheres como trivial e cômica, ele será ainda mais normalizada e dessensibilizada à vista do público. Além disso, a representação incorreta de violência contra as mulheres como romântica e atraente traduz que a violência é aceitável. Minimizar a gravidade deste tipo de violência pode levar a resultados preocupantes, como subnotificação de registros de casos; isso pode afetar a quantidade de indivíduos que procuram tratamento e resultar em vítimas de violência contra as mulheres não reconhecidas e mal atendidas. À medida que os pesquisadores investigam as intervenções para violência contra as mulheres em nível individual e familiar, seu trabalho deve continuar a informar psicólogos clínicos e outros profissionais de saúde mental sobre as sequelas associadas a ela. Os médicos também devem se educar por meio de educação continuada e outras fontes de informação sobre os problemas associados à violência contra as mulheres. Ainda, eles também devem compreender como a sociedade em geral pode influenciar a natureza da violência contra as mulheres; se a mídia impacta a cultura, ela também deve promover mensagens precisas sobre violência contra as mulheres. Sem consciência da existência da normalização da violência contra as mulheres pela mídia, as sobreviventes e todos os afetados podem permanecer vítimas de uma cultura normalizadora. Além disso, a capacidade dos médicos de se educarem sobre os fatores que podem perpetuar o ciclo permitirá que prestem serviços aos clientes afetados por este tipo de violência de uma maneira mais holística.

A declaração de quarentena gerou um impacto negativo na segurança das mulheres. O confinamento aumentou os comportamentos de controle dos agressores, incluindo práticas de isolamento social. Limites à mobilidade física aumentaram potencialmente a vulnerabilidade das mulheres que sofrem violência de gênero.

Além do isolamento familiar e social, o acesso a sistemas de proteção, segurança e apoio pode ser limitado. Por exemplo, é sabido que os serviços de saúde são muitas vezes a primeira saída para as mulheres. No entanto, na atual situação de emergência, as barreiras que tradicionalmente dificultam a detecção efetiva da violência de gênero (falta de tempo, pouca capacitação para lidar com o problema, desconforto em discutir questões delicadas) são exacerbadas pela sobrecarga dos serviços de saúde motivado pela pandemia.

Este trabalho não encerra aqui, servindo como ponto de partida e continuação para que novas pesquisas sejam implementadas na intenção de alcançar novos conhecimentos acerca da temática abordada.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliane Roberta de. Processo de luto diante da separação amorosa. **Trabalho de Conclusão de Curso** (curso de Psicologia). Universidade do Vale do Itajai, 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliane%20Roberta%20de%20Andrade.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa, Portugal; Edições 70, LDA, 2009.

BRASIL, **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL, **Lei Maria da Penha** lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.104**, de 9 de Março de 2015. 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: 09 out. 2021.

BRASIL. **A violência doméstica fatal**: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília: 2015. Disponível em: [https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/publicacao\\_femicidio.pdf/](https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/publicacao_femicidio.pdf/). Acesso em: 17 nov. 2021.

CAICEDO-ROA, M. et al. Femicídios na cidade de Campinas, São Paulo, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 35, n. 6, 2019.

CAVALCANTI, Stela Valéria de Farias. **Violência Doméstica Contra a Mulher**. Análise da Lei "Maria da Penha", nº 11.340/06. Podivm: Bahia, 2006.

CERQUEIRA, I. B. F. Entre conceitos e legislações: análises e reflexões sobre feminicídio, mulheres negras e violação de direitos humanos. 2018. 121 f. **Dissertação** (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

COSTA, B. Feminicídios e patriarcado: produção da verdade em casos de agressores autoridades da segurança e defesa do Estado. 2017. 72 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. 2 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DAHAL, ToveStang. **O Direito das Mulheres** - Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista, Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014.

FAÇANHA, J. Feminicídio: estudo sobre as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no âmbito da Lei n. 13.104/2015.. 2021. 143 f. **Tese**( Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa**. CluJus, Brasília-DF: 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver2.16124>>. Acesso em: 09 out. 2021.

GOMES, I. S. Feminicídios: um longo debate. **Revista Estudos Feministas**, v. 26, n. 2, 11 jun. 2018.

GRECO, Rogério. **Feminicídios: Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**.(2020). Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>> Acesso em: 10 out. 2021.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: Lei com nome de mulher**. Campinas, SP: Servanda, 2015.

MARANHÃO, R. A violência doméstica durante a quarentena da COVID-19: entre romances, feminicídios e prevenção. **Brazilian Journal of Health Review**, v. 3, n. 2, p. 3197-3211, 2020.

MARINO, Caroline. Mulheres, espaço e voz no telejornalismo brasileiro: análise das representações do gênero no JN. **SBPJor** – Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo 16º Encontro Nacional de Pesquisadores em Jornalismo FIAM-FAAM / Anhembi Morumbi – São Paulo – Novembro de 2018.

MARQUES, Emanuele Souza et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. 1-20, 2020.

MARTINS, Rosimeire de Carvalho. **Sofrimento e resiliência**: o impacto do abuso sexual na saúde de jovens mulheres vitimadas em Manaus, 2007.

OKABAYASHI, N. et al. Violência contra a mulher e feminicídio no Brasil - impacto do isolamento social pela COVID-19. **Braz. J. Hea. Rev.**, Curitiba, v. 3, n. 3, p.4511-4531 may./jun. 2020.

PIMENTEL, Silvia; DI GIORGI, Beatriz. **A Figura/Personagem Mulher em Processos de Família**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2013.

RIFIOTIS, Theophilos. Violência, Judicialização das Relações Sociais e Estratégias de reconhecimento. **Anais da V Reunião de Antropologia de Mercosul**: Porto Alegre, 2007 (CD-ROM).

ROICHMAN, C. Faca, peixeira, canivete: uma análise da lei do feminicídio no Brasil. **R. Katál.**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 357-365, maio/ago. 2020 I

SILVA, Marlise Vinagre. **Violência contra a mulher**: quem mete a colher. São Paulo: Cortez, 2014.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2015.

\_\_\_\_\_. **O que são direitos humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Da constitucionalidade e da conveniência da Lei Maria da Penha. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1711, 8 mar. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11030>>. Acesso em: 10 nov. 2020..

VELLOSO, Renato Ribeiro. **Violência contra a mulher**. (2017). Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org.br/artigos/artigo323.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2021.

YANNOULAS et al. Feminino e academia. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Brasília, v.81, n. 199, , p. 425-451, set/dez 2012.