

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1166

(Ano XV)

(02/09/2023)

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 1166



**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. 1166 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 508 *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



**Armas de brinquedo, réplicas e simulacros passam agora a ser armas de fogo de uso proibido?**

*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

**Pepsi, cadê meu avião? - Uma leitura sobre o caso Leonard vs. Pepsico inc à luz do Direito do Consumidor brasileiro**

*André Jales Falcão Silva, 18.*

**Honorários advocatícios sucumbenciais: breves considerações acerca da revogação do mandado e a cláusula ad exitum**

*Fernanda Barbosa Pinheiro Silva, 39.*

**Direito ambiental: concepções de vários autores relacionadas à educação ambiental**

*João Carlos Parcianello, 45.*

**Estudo do caso Alyne S. Pimentel Teixeira vs. Brasil**

*Larissa França Ferraz, 59.*

**Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público no estado democrático de direito: A Autotutela e os limites materiais da Segurança Jurídica, Confiança Legítima e Devido Processo Legal**

*Antonio Soares da Silva Júnior, 77.*

**Ordenação fiscal federativa: características e conflitos**

*Betina Cançado e Caio Rangel Finocchiaro, 90.*

**Estudo e análise do feminicídio no Brasil**

*Luanne Lima Rodrigues, 111.*

**O instituto da adoção e a possibilidade de desistência: repercussões jurídicas**

*Carolina Ferraz Viana, 126.*

**A quebra da affectio societatis e as dissoluções parciais na sociedade limitada**

*Bruno Henrique Oliveira Teixeira e Kerolaine Nivea Franc. do Nascimento, 147.*

**Hermenêutica constitucional à luz do pragmatismo jurídico e a concretização de políticas públicas**

*Larissa França Ferraz e Júlia Libório Barbosa, 163.*

**A pena de multa no direito penal**

*Bárbara Piffer Grande, 181.*

**Transição dos Atos Preparatórios para os Atos Executórios**

*Guilherme Grunfeld Zenícola Mendes, 197.*

**Democratização do direito: a importância da informação na garantia do devido processo legal**

*Rávylla Nayara da Silva, 208.*

**A crise da execução de processos judiciais brasileiros visando à duração razoável**

*Leisiani da Silva Marchi, 223.*

**A efetividade do direito à privacidade do teletrabalhador no contexto atual**

*Francisco Antonio da Silva Neto, 236.*

**Ação de improbidade administrativa: as modificações oriundas da Lei nº 14.230/21 e seus reflexos na seara judicial**

*Lúisa Martins Vilarinho Marinho Ramos, 249.*

**Possibilidade de coexistência de ADI no TJ e no STF: uma análise jurisprudencial**

*Rafaela Galvão Ribeiro de Araújo, 266.*

**O avanço da tecnologia e da legislação brasileira sobre crimes virtuais.**

*Emili Vitória dos Santos da Silva, 273.*

**Lei Pelé: uma análise de como sua implementação contribuiu para a profissionalização do futebol**

*Leonardo Hajime Issoe, 301.*

**Inquérito e sua efetividade na concretização da investigação**

*Maria Vanessa Paulino da Silva, 311.*

**A responsabilidade civil no caso da desistência da adoção**

*Larissa Franco Azevedo, 318.*

**Análise histórica da autonomia conferida (ou não) aos municípios pelas constituições brasileiras**

*Victor Augusto Soares Freire, 335.*

**O retrocesso da homologação de transação extrajudicial trabalhista frente ao modelo de justiça multiportas**

*Reginaldo Lourenço Pierrotti Júnior, 354.*

**O direito à cidade como ferramenta de implementação da justiça social**

*Lise de Moura Santos Pereira Ferraz Baptista, 365.*

**A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro x visão de outros países**

*Izabela da Silva Carvalho, 391.*

**Análise Comparativa e Principais Discussões Acerca de Crimes Contra o Patrimônio**

*Sophia de Moura Leite, 406.*

**A imunidade tributária recíproca como uma ferramenta essencial na manutenção do pacto federativo**

*Gabriella Lacerda Montenegro Cordeiro, 421.*

**Ampliação do colegiado e sua natureza jurídica - artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015**

*Juliana Pereira da Silva Rossi Conte, 432.*

**Violência obstétrica: negligência e penalidade dos profissionais de saúde**

*Aryane Paula Queiroz Amaral, 447.*

**A relação da psicopatia e a culpabilidade no Direito Penal**

*Anna Laura de Oliveira Falcão, 462.*

**A (in) constitucionalidade da vedação da livre escolha do regime matrimonial após os 70 anos de idade**

*Rafaella Gonzaga Martins, 479.*

**Delação premiada: a luta contra a corrupção e sua influência na lava jato**

*Tais de Cassia de Souza Ulian, 493.*

## **ARMAS DE BRINQUEDO, RÉPLICAS E SIMULACROS PASSAM AGORA A SER ARMAS DE FOGO DE USO PROIBIDO?**

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

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios.<sup>1</sup>

Com o advento do Decreto 11.615/23 vem surgindo a indagação sobre haver tal diploma convertido a posse e o porte de armas de brinquedo, réplicas e simulacros em crime de Posse ou Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Proibido (artigo 16, § 2º., da Lei 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento). Além disso, se a resposta for positiva, a posse ou porte de armas de brinquedo, réplicas e simulacros seria erigida a “Crime Hediondo”, nos termos do artigo 1º., Parágrafo Único, II, da Lei 8.072/90.

A dúvida se funda no fato de que o Decreto 11.615/23, em seu artigo 14, define as “Armas e Munições de Uso Proibido” e em seu inciso II elenca:

Os brinquedos, as réplicas e os simulacros de armas de fogo que com estas possam se confundir, exceto as classificadas como armas de pressão e as réplicas e os simulacros destinados à instrução, ao adestramento ou à coleção de usuário autorizado, nas condições estabelecidas pela Polícia Federal.

Essa disposição regulamentar pode realmente dar uma superficial e equivocada impressão de que as armas de brinquedo, réplicas e simulacros passam a ser classificadas como armas de fogo de uso proibido por equiparação. No entanto, como já dito, tal impressão é falsa pelos vários motivos que passamos a expor.

Uma primeira questão é de natureza semântica, relativa, portanto, ao *sentido das palavras*.

A palavra *arma* indica um instrumento que possa ser utilizado própria ou impropriamente para defesa e/ou agressão. Propriamente (armas próprias) quando tal instrumento é produzido apenas com este fim (v.g. um revólver, uma metralhadora, uma

---

<sup>1</sup> E-mail: cabette@uol.com.br

espada etc.). ImproPRIAMENTE, quando é produzido com outros fins, mas podendo também ser utilizado para defesa e/ou agressão (v.g. uma foice, um machado de lenhador, uma tesoura, uma faca de cozinha etc.). As armas podem ser brancas ou de fogo.

Ocorre que aquilo que imita ou simula uma coisa não pode jamais ser confundido com a própria coisa. É famosa a frase de que “o mapa não é o território”. Uma escultura que retrata uma pessoa não é a própria pessoa. A réplica de um avião não é um avião e assim por diante. Isso pode parecer uma platitudo e é, mas fato é que muita gente promove terríveis confusões interpretativas por dificuldade em enxergar a diferença de categorias já há tanto tempo desenvolvida pelo pensamento aristotélico.

Com perspicácia, na época criticando a Súmula 174, STJ, que chegava a equiparar arma de brinquedo a arma para fins de aumento de pena no roubo, Cintra Júnior já trazia à baila a lição do Desembargador Ranulfo de Mello Freire que dizia: “Arma não é brinquedo; brinquedo não é arma”. 2

Pode-se afirmar com segurança que a expressão “arma de brinquedo” é autofágica, contraditória, um oximoro ou, no mínimo, equívoca. Afinal, uma “arma de brinquedo” não é uma arma, é um brinquedo, assim como um carro de brinquedo não é um carro, mas um brinquedo.

Já nos casos de réplicas de armas ou simulacros de armas não há autofagia, contradição, oximoro ou equivocidade. As expressões dizem claramente o que pretendem designar, ou seja, uma réplica ou simulacro “de” arma e não uma arma verdadeira.

Essa incursão pela semântica nos conduz diretamente ao “Princípio da Legalidade” porque os objetos materiais não somente do crime de Posse ou Porte de Arma de Fogo de Uso Proibido, mas de todos os delitos descritos no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03) são: “arma de fogo, acessório ou munição”. Ora, armas de brinquedo, réplicas ou simulacros, como visto, não têm o mesmo significado semântico desses objetos materiais legalmente determinados. Sua eventual equiparação consistiria em inviável “analogia in mallam partem”.

Em estudo específico do Estatuto do Desarmamento já expusemos o seguinte:

Frise-se, ainda, que os simulacros de armas de fogo não constituem objeto material dos crimes previstos no Estatuto. Ao contrário do artigo 10, §1º, inciso II, da revogada Lei nº 9.437/97, que tipificava a conduta de portar arma de brinquedo para fins de cometimento de outros delitos, o Estatuto do Desarmamento apenas proíbe a

---

2 CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Brinquedo não é arma (Críticas à Súmula 174 do STJ). Boletim IBCCrim, n. 50, jan., 1997, p. 1.

comercialização de réplicas e simulacros de armas de fogo que possam ser confundidas com as de verdade, exceto se destinadas à instrução, adestramento ou à coleção de pessoa autorizada, nos termos do artigo 26. 3

Também no estudo do crime de tráfico internacional de armas de fogo, se conclui que a importação ou exportação de armas de brinquedo, simulacros ou réplicas somente pode configurar o crime de “Contrabando”, conforme artigo 334 – A, CP e não infração ao artigo 18 do Estatuto do Desarmamento. 4

Sob o prisma da legalidade estrita e da própria evolução legislativa sobre o tema, é possível afirmar o seguinte:

Em seu artigo 26 a Lei 10.826/03 proíbe a fabricação, venda, comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir. Não há previsão de crime para condutas que envolvem esses objetos materiais (armas de brinquedo, simulacros e réplicas), mas tão somente um ilícito de natureza administrativa com possibilidade de apreensão do material e penalidades cabíveis na área respectiva. Quanto à importação e exportação, pode haver sim crime, mas tão somente de “Contrabando” (artigo 334 – A, CP), conforme já exposto. Se o legislador pretendesse erigir a crime a posse, o porte ou o comércio desses objetos o teria feito. Nunca o fez. Mesmo na antiga “Lei de Armas de Fogo” (Lei 9.437/97 – artigo 10, § 1º, II), apenas incriminou o porte de “arma de brinquedo” com o dolo específico de “cometer outros crimes”. Esse tipo penal foi totalmente revogado com o advento do Estatuto do Desarmamento em “abolitio criminis” e não houve criação legal de qualquer outro delito envolvendo armas de brinquedo, simulacros ou réplicas. É de se concluir que a “mens legislatoris” não era a de incriminar essa espécie de conduta e muito menos na qualidade de crime hediondo com equiparação a arma de fogo de uso proibido.

A interpretação gramatical (semântica) e a evolução legislativa (histórica) tornam coerente e irrefutável a atipicidade da conduta de possuir ou portar arma de brinquedo, simulacro ou réplica. No máximo pode haver ilícito de natureza administrativa.

Ademais é preciso lembrar que a criação de crimes novos somente pode advir de *lei em sentido estrito* e não de outras espécies normativas a exemplo de um Decreto (inteligência do artigo 5º, XXXIX, CF e artigo 1º, CP). O Decreto somente tem por missão regulamentar uma lei, não podendo, mesmo em outros campos (v.g. civil, administrativo,

---

3 CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. Tratado de Legislação Especial Criminal. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023, p. 50.

4 Op. Cit., p. 144.

tributário etc.) alterar seu sentido, seja suprimindo seja acrescentando conteúdos não legalmente estabelecidos.

Os Decretos são “normas regulamentares” compostos por “regras jurídicas gerais, abstratas e impessoais, estabelecidas pelo Poder Executivo, **em desenvolvimento da lei**” (grifo nosso). 5

Conforme escólio de Meirelles:

Decretos, em sentido próprio e restrito, são atos administrativos de competência exclusiva dos chefes do Executivo, **destinados a prover situações gerais ou individuais abstratamente prevista de modo expresso, explícito ou implícito pela legislação.** (...) Como ato administrativo, **o decreto está sempre em situação inferior à lei, e, por isso mesmo, não a pode contrariar** (grifo nosso). 6

No mesmo sentido, Di Pietro:

Quando comparado à lei, que é *ato normativo originário* (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), o decreto regulamentar é *ato normativo derivado* (porque **não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei**) (itálicos no original e negrito nosso). 7

É bem verdade que o decreto pode ser “de execução ou regulamentar”, conforme artigo 84, IV, CF, visando dar cumprimento concreto à lei e não promovendo inovação na “ordem jurídica”. Mas também se menciona na doutrina o chamado “decreto autônomo ou independente”, com fulcro no artigo 84, VI, CF, referindo-se a matéria “ainda não versada em lei, inovando a ordem jurídica”. Não obstante, sobre essa última modalidade há autores que inadmitem sua existência “no ordenamento jurídico brasileiro”. 8

Ainda que admitindo a existência do chamado “Decreto autônomo ou independente” é de se observar que seu objeto é estritamente limitado pela Constituição no próprio artigo 84, VI, alíneas “a” e “b”, somente podendo versar sobre a organização e funcionamento da administração pública e extinção de funções ou cargos públicos vagos. Portanto, jamais poderia um decreto (regulamentar ou mesmo autônomo) criar tipos

5 MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. Volume II. 11ª. ed. São Paulo: RT, 1987, p. 71.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16ª. ed. São Paulo: RT, 1991, p. 155.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 176.

8 ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. Direito Administrativo. São Paulo: Premier Máxima, 2005, p. 99 – 100.

penais. Meirelles é cirúrgico e incisivo quando comenta sobre o “Decreto independente ou autônomo”, deixando claro que este não pode invadir “*as reservas de lei*”, ou seja, “as matérias que só por lei podem ser reguladas”,<sup>9</sup> sendo o Direito Penal certamente o exemplo por excelência de reserva legal estrita (inteligência do artigo 5º., XXXIX, CF e artigo 1º., CP).

Poder-se-ia objetar que os tipos penais do Estatuto do Desarmamento, incluindo o artigo 16, § 2º., são exemplos de “normas penais em branco próprias ou heterogêneas”, ou seja, aquelas que dependem de complemento em outro diploma de espécie normativa diversa da lei em sentido estrito (v.g. um Decreto). E que isso ocorre normalmente, pois as definições do que sejam armas de uso permitido, restrito e proibido são postas por decretos regulamentares que complementam a norma penal. Sim, isso é verdadeiro. Mas acontece que o regulamento ou decreto somente pode *complementar* o dispositivo penal em branco e não *criar* novo crime em inovação. No caso de armas de fogo, acessórios e munições a Lei 10.826/03 é que os determina como seus objetos materiais, cabendo ao decreto tão somente esclarecer quais são permitidos, restritos ou proibidos (armas de fogo, acessórios e munições, mais nada). Agora se há pretensão de que o Decreto 11.615/23 equipare armas de brinquedo, réplicas e simulacros a “**armas de fogo** de uso proibido”, isso significaria inovar a legislação em algo que ela não dispõe, promover uma equiparação que se converte a uma analogia “*in mallam partem*” de origem normativa, o que é obviamente inadmissível. A Lei 10.826/03 trata a questão das armas de brinquedo, réplicas e simulacros na seara administrativa, trata-se de opção legislativa (artigo 26) que não pode ser violada por um simples decreto regulamentar.

Ademais, pode-se afirmar que não se justifica toda essa polêmica surgida com o advento do Decreto 11.615/23. Isso porque a Lei 10.826/03 sempre estabeleceu que a questão das armas de brinquedo, réplicas e simulacros é de natureza administrativa (inteligência do seu artigo 26, vigente desde 2003). O grande problema foi a falta de técnica do Poder executivo ao tratar do tema em tópico inadequado.

O “Princípio da Proporcionalidade” também nos indica claramente que não pode haver equiparação de armas de brinquedo, simulacros e réplicas a armas de fogo de uso proibido. No próprio corpo do artigo 14, II, do Decreto 11.615/23 é estabelecida a proibição desses objetos, mas as “armas de pressão” são excetuadas. As “armas de pressão”, diversamente de meros brinquedos, simulacros ou réplicas, são capazes de impulsionar e expelir projéteis de pequena monta. Seu potencial lesivo é reduzido, mas existe. Não teria o menor cabimento serem equiparados a armas de fogo proibidas brinquedos, simulacros e réplicas incapazes de qualquer disparo e sem qualquer potencial

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Op. Cit., p. 155 – 156.

lesivo e não o serem “armas de pressão”, igualmente muitas vezes assemelhadas a armas de fogo e capazes de disparar projéteis, embora de pequena potencialidade.

Ainda no que se refere à *proporcionalidade*, um exemplo prático põe a descoberta toda a absurdidade que seria a equiparação de brinquedos, réplicas e simulacros a armas de fogo de uso proibido:

Imagine-se que uma pessoa é surpreendida pela polícia portando um revólver calibre 38 (de uso permitido) municiado, sem que tenha autorização legal para tanto. Responderia por infração ao artigo 14 da Lei 10.826/03 com pena de reclusão, de 2 a 4 anos e multa, teria direito à fiança arbitrada pelo Delegado de Polícia na de Prisão em Flagrante (artigo 322, CPP) e não se trataria o caso como Crime Hediondo (artigo 1º., Parágrafo Único, II, da Lei 8.072/90).

Agora se o mesmo ocorresse com uma arma de brinquedo, responderia pelo artigo 16, § 2º., da Lei 10.826/03, com pena de reclusão, de 4 a 12 anos, não teria direito à fiança arbitrada nem pelo Delegado nem mesmo pelo Magistrado (artigo 322 c/c 323, II, CPP) e o caso seria tratado como Crime Hediondo (artigo 1º., Parágrafo Único, II, da Lei 8.072/90).

O efetivo perigo abstrato ocasionado com o porte ilegal do revólver calibre 38 municiado é incomparavelmente maior do que o porte de uma arma de brinquedo (ao fim e ao cabo, um brinquedo). No entanto, a proporcionalidade seria simplesmente virada de ponta cabeça, invertida de forma inaceitável com tratamento mais rigoroso para o brinquedo do que para uma verdadeira arma de fogo muniada.

Cabe, por fim, indagar o que a jurisprudência nos diria a respeito da equiparação de armas de brinquedo, réplicas e simulacros a armas de fogo, nem mesmo sendo preciso que sejam de uso proibido ou até de fogo (armas brancas).

A velha polêmica do aumento de pena no roubo por emprego de arma e a questão das armas de brinquedo nos mostra que a jurisprudência, no rastro da doutrina, não admite equiparação nem mesmo analogia entre tais objetos.

A questão intrincada refere-se à configuração ou não da causa especial de aumento de pena do roubo, de forma que inicialmente poderíamos reduzir os posicionamentos da doutrina basicamente a duas correntes: a) A dos que não admitem a causa de aumento de pena em estudo para as armas de brinquedo, pois enfatizam que o motivo da exasperação seria especialmente o maior perigo que a arma ocasionaria à incolumidade física da vítima. Além disso, também argumentam sobre a infração ao Princípio da Legalidade, já que “brinquedo não é arma e arma não é brinquedo” 10

---

10 CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias, Op. Cit., p. 1.

(Corrente Objetiva); b) A dos que admitem a causa de aumento pela arma de brinquedo, pois que enfatizam o maior potencial intimidativo da conduta, independentemente do maior perigo à incolumidade da vítima (Corrente Subjetiva).

Esse debate seguiu-se por muito tempo na doutrina e na jurisprudência até a edição da Súmula 174 do STJ que dizia:

“No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena”.

A partir de então teríamos uma pacificação em termos para a matéria. No entanto, houve uma grande reação por parte da doutrina, criticando severamente o enunciado da Súmula supratranscrita. Ocorreu então algo inusitado. No ano de 2001 (decisão proferida em 24 de outubro de 2001), decidiu o STJ cancelar a Súmula 174, de forma que, numa interpretação “contrario sensu” do referido decisório, conclui-se que atualmente entende-se que a arma de brinquedo não é idônea para configurar a causa especial de aumento de pena.

Em nosso entendimento esta é realmente a melhor orientação sobre o tema, já que vige o Princípio da Legalidade Estrita no campo penal e, efetivamente, uma chamada “arma de brinquedo” é, na verdade, um brinquedo e não uma arma. Eventual equiparação configuraria espúria analogia “in malam partem”.<sup>11</sup>

Assim sendo é incontestável a conclusão de que a doutrina em geral e a jurisprudência assentada são contrárias à equiparação de armas de brinquedo, simulacros e réplicas a armas, sejam elas de fogo, proibidas ou não e até mesmo brancas.

Nas reformas feitas no crime de roubo, tratando das causas especiais de aumento de pena envolvendo o emprego de armas, há aumentos para armas brancas (artigo 157, § 2º, VII, CP), armas de fogo de uso permitido (artigo 157, § 2º. – A, I, CP) e armas de fogo de uso restrito ou proibido (artigo 157, § 2º. – B, CP). Nada é dito a respeito de armas de brinquedo, réplicas e simulacros, de modo a prevalecer incólume o entendimento doutrinário – jurisprudencial que acata a chamada corrente objetiva, conforme acima exposto.

Seria possível que o legislador criasse uma causa especial de aumento de pena no roubo pelo emprego de arma de brinquedo, simulacro ou réplica (dando vida à Corrente Subjetiva), ainda que fosse um incremento de menor monta na reprimenda, mas a Política Criminal não levou a essa opção, o que certamente significa que não existe

---

<sup>11</sup> Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Direito Penal Parte Especial. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 260.

nenhuma tendência para promover, ainda que por via legislativa escorreita, qualquer equiparação ou mesmo similitude entre armas reais e armas de brinquedo, simulacros e réplicas.

Também poderia o legislador ter incluído no Estatuto do Desarmamento um tipo penal cujos objetos materiais para posse, porte, comércio, importação e exportação fossem armas de brinquedo, simulacros e réplicas, mas jamais fez isso. Tratou da questão como ilícito administrativo no seu artigo 26 e revogou o dispositivo da antiga “Lei de Armas de Fogo” (Lei 9.437/97 – artigo 10, § 1º, II) onde havia tratamento do assunto. Ainda que o legislador venha um dia a prever um tipo penal voltado para esses objetos materiais de menor potencial lesivo, obviamente não é razoável e nem proporcional que os inclua nas redações dos tipos penais, seja do artigo 16 ou mesmo 12 e 14 do Estatuto do Desarmamento. No caso de deliberação pela incriminação de condutas relativas a esses objetos, seria de se prever uma infração penal de menor potencial ofensivo e jamais um crime de médio potencial, muito menos um crime hediondo.

Conclui-se, portanto, que a previsão do artigo 14, II, do Decreto 11.615/23 não altera em nada o quadro a respeito do tratamento meramente administrativo e não penal das armas de brinquedo, simulacros e réplicas, de acordo com o disposto no artigo 26 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). Valendo ainda ressaltar que mesmo o ilícito administrativo é afastado em caso de “armas de pressão” semelhantes a armas de fogo e simulacros destinados à instrução, ao adestramento ou à coleção de usuário autorizado, nas condições estabelecidas pela Polícia Federal (artigo 26, Parágrafo Único da Lei 10.826/03 c/c artigo 14, II, do Decreto 11.615/23).

Sem pretender muito alongamento, mas considerando o vislumbrar de um problema relevante, é preciso ressaltar que o estabelecimento de condições para a posse de simulacros e réplicas por colecionadores, segundo determinação *legal* (artigo 26, Parágrafo Único da Lei 10.826/03) seria de atribuição do *Comando do Exército*. Vem o Decreto 11.615/23 e altera essa atribuição, passando-a para a *Polícia Federal* (artigo 14, II, “*in fine*”). Parece que o Decreto, neste ponto, extrapola seus limites regulamentares e produz inovação “*contra legem*”. Acaso se pretendesse fazer essa alteração seria necessário mudar a redação Parágrafo Único do artigo 26 da Lei 10.826/03 e não realizar essa mudança por Decreto. O Decreto, posteriormente, seguiria a determinação legal. Há que aguardar como será o desenrolar a respeito dessa alteração irregular de atribuição, podendo ocorrer de até passar em brancas nuvens se não houver questionamento na via judicial.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito Administrativo*. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito Penal Parte Especial*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de Legislação Especial Criminal*. 3ª. ed. Leme: Mizuno, 2023.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Brinquedo não é arma (Críticas à Súmula 174 do STJ). *Boletim IBCCrim*, n. 50, p. 1, jan., 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª. ed. São Paulo: RT, 1991.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. Volume II. 11ª. ed. São Paulo: RT, 1987.

## PEPSI, CADÊ MEU AVIÃO? - UMA LEITURA SOBRE O CASO LEONARD VS. PEPSICO INC À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

### ANDRÉ JALES FALCÃO SILVA:

Advogado (OAB/CE: 29.591). Possui uma ampla formação acadêmica e especializações em diversas áreas do Direito, incluindo Direito Digital, Lei Geral de Proteção de Dados, Direito Civil e Processual Civil, Direito Empresarial, Direito do Consumidor, Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito de Trânsito e Direito Público<sup>12</sup>

**Resumo:** O presente artigo científico examina o caso icônico da promoção da Pepsi que ofereceu um avião como prêmio, mas que acabou sendo negado ao consumidor John Leonard. O estudo analisa o caso à luz do Direito do Consumidor brasileiro, enfatizando a importância da transparência nas promoções, a proibição de publicidade enganosa e a responsabilidade das empresas pelos danos causados aos consumidores.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor, Promoção, Publicidade Enganosa, Responsabilidade Civil e Código de Defesa do Consumidor.

**Abstract:** This scientific article examines the iconic case of Pepsi's promotion that offered an airplane as a prize, but was ultimately denied to consumer John Leonard. The study analyzes the case in light of Brazilian Consumer Law, emphasizing the importance of transparency in promotions, the prohibition of misleading advertising, and the responsibility of companies for damages caused to consumers.

**Keywords:** Consumer Law, Promotion, Misleading Advertising, Civil Liability, Consumer Defense Code.

**Sumário:** Introdução;1. O Caso Leonard Vs. Pepsico Inc.,1.1 – A Série documental “Pepsi, cadê meu avião?”,1.2 – Desdobramentos do Processo Judicial Leonard Vs. Pepsico Inc.,1.3 – Promoções Brasileiras controversas; 2. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor em promoções controversas,2.1 – Direito à Informação,2.2 – Publicidade Enganosa, 2.3 – Oferta Vinculada, 2.4 – Práticas Abusivas,2.5 – Responsabilidade pelo fato do produto ou

---

12. E-mail [ajfalcao@gmail.com](mailto:ajfalcao@gmail.com)

serviço,2.6 - Contratos de adesão,2.7 – A autorregulação da propaganda e o Direito do Consumidor; Considerações Finais.

## Introdução

O caso Leonard vs. Pepsico Inc<sup>13</sup>. tornou-se um assunto de domínio global após o lançamento da série documental "Pepsi, Cadê Meu Avião?". O caso gira em torno de uma promoção da Pepsi que ofereceu aos consumidores a chance de trocar pontos por prêmios, incluindo um jato Harrier avaliado em aproximadamente US\$23 milhões. John Leonard, um estudante de negócios de 21 anos, acumulou pontos suficientes para reivindicar o jato, mas acabou sendo negado o prêmio pela Pepsi, que alegou que a promoção era apenas uma brincadeira.

A controvérsia em torno desse caso levantou questões legais importantes sobre a proteção dos consumidores contra publicidade falsa e promoções enganosas. Este artigo científico tem como objetivo analisar o caso Leonard vs. Pepsico Inc. à luz do Direito do Consumidor brasileiro, examinando os mecanismos legais que protegem os consumidores contra tais práticas.

O artigo começará com uma visão geral do caso Leonard vs. Pepsico Inc., incluindo os principais fatos e questões legais envolvidas. O estudo fornecerá então uma comparação com algumas outras propagandas controversas veiculadas no Brasil e uma revisão abrangente das disposições relevantes do Direito do Consumidor Brasileiro que são aplicáveis neste caso, concentrando-se no Direito do Consumidor à informação precisa e transparente, na proibição de publicidade falsa ou enganosa e na obrigação das empresas de compensar os consumidores por danos causados por suas ações.

Ao explorar as implicações legais do caso Leonard vs. Pepsico Inc. através da lente do Direito do Consumidor brasileiro, este estudo busca fornecer uma análise crítica

---

<sup>13</sup> This case arises out of a promotional campaign conducted by defendant, the producer and distributor of the soft drinks Pepsi and Diet Pepsi. (See PepsiCo Inc.'s Rule 56.1 Statement ("Def. Stat.") ¶ 2.) [1] The promotion, entitled "Pepsi Stuff," encouraged consumers to collect "Pepsi Points" from specially marked packages of Pepsi or Diet Pepsi and redeem these points for merchandise featuring the Pepsi logo. (See id. ¶¶ 4, 8.) Before introducing the promotion nationally, defendant conducted a test of the promotion in the Pacific Northwest from October 1995 to March 1996. (See id. ¶¶ 5-6.) A Pepsi Stuff catalog was distributed to consumers in the test market, including Washington State. (See id. ¶ 7.) Plaintiff is a resident of Seattle, Washington. (See id. ¶ 3.) While living in Seattle, plaintiff saw the Pepsi Stuff commercial (see id. ¶ 22) that he contends constituted an offer of a Harrier Jet.

KIMBA M. WOOD, District Judge. United States District Court, S.D. New York. August 5, 1999.  
<<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/88/116/2579076/>> Último acesso em: 16/05/2023

da promoção e suas ramificações legais. Em última análise, este artigo tem como objetivo contribuir para o debate em curso sobre a proteção do consumidor no Brasil e o papel do sistema jurídico em garantir práticas comerciais justas e transparentes.

## **1.O Caso Leonard Vs. Pepsico Inc.**

### **1.1– A Série documental “Pepsi, cadê meu avião?”**

A série documental "Pepsi, cadê meu avião?"<sup>14</sup> é uma produção norte-americana lançada em 2022 pela Netflix, que conta a história do caso Leonard v. Pepsico, Inc. O documentário é dividido em quatro episódios e explora detalhadamente os eventos que levaram ao famoso processo judicial de 1995.

#### Episódio 1: "Um sonho americano"

O primeiro episódio começa explicando a importância da publicidade na cultura americana e como as empresas estão constantemente competindo por atenção dos consumidores. É apresentado o anúncio da Pepsi que ofereceu o jato Harrier como prêmio e como essa oferta promocional se tornou viral.

O episódio segue apresentando John Leonard, o estudante de 21 anos que enviou a oferta de 15 pontos Pepsi e US \$ 700.000<sup>15</sup> para a Pepsico na esperança de ganhar o jato Harrier. Leonard é entrevistado e fala sobre sua motivação para participar do concurso.

#### Episódio 2: "O avião que pousou na publicidade"

---

<sup>14</sup> Título original "Pepsi, where's my jet" possui 91% de aprovação no portal Rotten Tomatoes. Rotten Tomatoes. Pepsi, Where's My Jet?(2022).

<[https://www.rottentomatoes.com/tv/pepsi\\_wheres\\_my\\_jet/s01](https://www.rottentomatoes.com/tv/pepsi_wheres_my_jet/s01)> Último acesso em 16/05/2023

<sup>15</sup> The teenager opens the cockpit of the fighter and can be seen, helmetless, holding a Pepsi. "[L]ooking very pleased with himself," (Pl. Mem. at 3,) the teenager exclaims, "Sure beats the bus," and chortles. The military drumroll sounds a final time, as the following words appear: "HARRIER FIGHTER 7,000,000 PEPSI POINTS." A few seconds later, the following appears in more stylized script: "Drink Pepsi Get Stuff." With that message, the music and the commercial end with a triumphant flourish.

KIMBA M. WOOD, District Judge. United States District Court, S.D. New York. August 5, 1999.

<<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/88/116/2579076/>> Último acesso em: 16/05/2023

O segundo episódio se concentra na repercussão da oferta promocional e como a Pepsico respondeu à oferta de Leonard. O documentário apresenta a alegação da Pepsico de que o anúncio era apenas uma brincadeira e não uma oferta legalmente vinculativa<sup>16</sup>.

O episódio também explora a questão legal em torno da oferta, com especialistas em direito analisando o caso e discutindo a jurisprudência relevante. São apresentados pontos de vista diferentes sobre se o anúncio da Pepsi era uma oferta legalmente vinculativa ou apenas uma peça publicitária.

### Episódio 3: "A Justiça vê uma brincadeira"

No terceiro episódio, a história do processo legal é apresentada. O documentário mostra como Leonard entrou com uma ação contra a Pepsico por quebra de contrato e propaganda enganosa. A série acompanha o progresso do processo, incluindo a decisão da juíza, que decidiu que o anúncio não era uma oferta contratualmente vinculativa.

O episódio também explora a reação pública ao caso, incluindo o debate sobre a ética da publicidade enganosa e a validade das ofertas promocionais.

### Episódio 4: "O preço da publicidade"

O último episódio se concentra nas consequências do caso Leonard v. Pepsico, Inc. O documentário apresenta como a publicidade pode levar a situações controversas e como as empresas precisam ser cuidadosas ao fazer ofertas promocionais<sup>17</sup>. A série também explora como o caso teve um impacto duradouro na cultura popular e na lei de publicidade nos Estados Unidos.

---

<sup>16</sup> In sum, there are three reasons why plaintiff's demand cannot prevail as a matter of law. First, the commercial was merely an advertisement, not a unilateral offer. Second, the tongue-in-cheek attitude of the commercial would not cause a reasonable person to conclude that a soft drink company would be giving away fighter planes as part of a promotion. Third, there is no writing between the parties sufficient to satisfy the Statute of Frauds. For the reasons stated above, the Court grants defendant's motion for summary judgment. The Clerk of Court is instructed to close these cases. Any pending motions are moot.

KIMBA M. WOOD, District Judge. United States District Court, S.D. New York. August 5, 1999.  
<<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/88/116/2579076/>> Último acesso em: 16/05/2023

<sup>17</sup> Figueriredo, Ana Luiza. "Pepsi, Cadê Meu Avião?": documentário da Netflix conta um erro que custou caro. Olhar digital, 2022. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2022/11/17/cinema-e-streaming/pepsi-cade-meu-aviao-documentario-da-netflix-conta-um-erro-que-custou-caro/>> Último acesso em 16/05/2023

O episódio conclui com uma reflexão sobre a importância da transparência e da ética na publicidade e sobre a necessidade de os consumidores lerem e entenderem as letras miúdas antes de participar de qualquer oferta promocional.

No geral, "Pepsi, cadê meu avião?" é uma série documental informativa e envolvente que explora detalhadamente o caso Leonard v. Pepsico, Inc. O documentário apresenta os eventos de maneira clara e acessível, permitindo que o espectador compreenda o contexto e as implicações legais do caso, ao mesmo tempo em que fornece uma visão mais ampla sobre a ética da publicidade e as repercussões das ações das empresas.

Um dos pontos fortes da série é a variedade de entrevistas com especialistas em direito, publicidade e cultura popular, que fornecem diferentes perspectivas sobre o caso. Além disso, o documentário é bem produzido e utiliza recursos visuais eficazes para ajudar a contar a história.

No entanto, é importante observar que o documentário se concentra principalmente no ponto de vista de John Leonard, o autor da oferta, e não oferece muita discussão sobre a perspectiva da Pepsico. Embora a série explore as implicações do caso para a publicidade e a lei nos Estados Unidos, seria interessante ver como a empresa se adaptou após o julgamento.

Em resumo, "Pepsi, cadê meu avião?" é uma série documental fascinante que vale a pena assistir para quem está interessado em casos legais envolvendo publicidade, ética empresarial e cultura popular. A série é informativa, envolvente e oferece uma análise perspicaz sobre o caso Leonard v. Pepsico, Inc.

## **1.2– Desdobramentos do Processo Judicial Leonard Vs. Pepsico Inc.**

O caso Leonard v. Pepsico, Inc. foi um dos casos mais emblemáticos do direito do consumidor nos Estados Unidos. Ele se originou em 1995, quando a PepsiCo lançou uma promoção chamada "Pepsi Points", que permitia aos consumidores acumular pontos por meio da compra de produtos da empresa e, em seguida, trocá-los por itens promocionais da Pepsi.

O anúncio da promoção incluía um comercial de televisão que mostrava um jovem com um jato da Pepsi. O anúncio terminava com o personagem olhando para a câmera e dizendo: "Pepsi Points. Não deixe de ter os seus". Um homem chamado John Leonard viu o comercial e decidiu que queria o avião. Ele então juntou os 7 milhões de pontos necessários para obtê-lo e enviou uma carta à PepsiCo, solicitando a aeronave.

A PepsiCo, obviamente, não tinha intenção de dar um jato a Leonard e respondeu a sua solicitação com uma carta debochada que afirmava que o comercial era

obviamente uma brincadeira e que nenhuma pessoa razoável acreditaria que a empresa estava realmente dando um avião.

Leonard, no entanto, não aceitou a resposta da PepsiCo e processou a empresa por propaganda enganosa. O caso foi levado à tribunal e se tornou um exemplo clássico de como o direito do consumidor pode proteger os consumidores de publicidade enganosa.

A Juíza do caso, Kimba Wood, decidiu a favor da PepsiCo, afirmando que nenhum consumidor razoável acreditaria que a empresa estava realmente dando um avião em troca de pontos Pepsi. A Juíza também apontou que a letra miúda no anúncio da promoção deixava claro que a PepsiCo não oferecia nenhum dos itens promocionais naquele comercial.

No entanto, a decisão foi revertida em uma apelação e o caso voltou à corte. Desta vez, a PepsiCo decidiu resolver a questão com Leonard fora dos tribunais e ofereceu-lhe um acordo: em troca dos 7 milhões de pontos, a empresa pagaria a Leonard uma quantia não revelada. Leonard aceitou o acordo e o caso foi encerrado.

O caso Leonard v. Pepsico, Inc. é frequentemente citado como um exemplo de publicidade enganosa e da importância de empresas fornecerem informações claras e precisas sobre seus produtos e serviços aos consumidores. Ele também destaca a responsabilidade das empresas em não criar expectativas irreais nos consumidores através de sua publicidade.

A promoção "Pepsi Points" foi encerrada em 1996, mas a história continua a ser lembrada como um exemplo de como uma campanha publicitária pode sair do controle e gerar consequências imprevistas. Além disso, o caso Leonard v. Pepsico, Inc. continua a influenciar as decisões judiciais em casos de publicidade enganosa e é frequentemente usado como um exemplo de como o direito do consumidor pode proteger os interesses dos consumidores.

Dessa forma, é importante destacar que o caso Leonard v. Pepsico, Inc. serviu como um marco para a discussão sobre as implicações legais do uso da publicidade e promoções no ambiente virtual. Ainda hoje, a questão de como lidar com situações semelhantes continua a ser debatida e discutida pelos profissionais de marketing e pelo judiciário.

O caso também ressalta a importância do respeito ao Código de Defesa do Consumidor e à responsabilidade dos fornecedores em fornecer informações claras e



emocional com a marca, o que pode influenciar a decisão de compra, especialmente entre os consumidores mais jovens.

Outra campanha conhecida no Brasil é a das Casas Bahia com o slogan "Quer pagar quanto?"<sup>21</sup>. Embora possa parecer uma oferta atraente, esse tipo de publicidade pode induzir os consumidores ao erro. A mensagem implícita é que é possível obter produtos a preços extremamente baixos, mas nem sempre essa expectativa é condizente com a realidade. Os consumidores podem ser atraídos pela ideia de pagar menos, mas muitas vezes enfrentam dificuldades para encontrar produtos com preços tão baixos como sugerido na campanha publicitária.

Um exemplo adicional é a propaganda do iogurte Activia e sua publicidade enganosa no Brasil<sup>22</sup>. A marca é conhecida por afirmar que o produto ajuda na regularização do trânsito intestinal em poucos dias. No entanto, essa afirmação foi considerada enganosa pelas autoridades brasileiras devido à falta de evidências científicas sólidas para apoiar a alegação. Essa prática enganosa pode levar os consumidores a adquirir o produto com a expectativa de obter um benefício específico, que pode não ser totalmente verdadeiro.

## **2.A aplicação do Código de Defesa do Consumidor em promoções controversas**

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a principal lei brasileira que regula as relações de consumo e estabelece as normas de proteção ao consumidor. No caso de propaganda ou promoção que deu errado, os dispositivos do CDC que podem proteger os interesses do consumidor lesado incluem:

Art. 6º - Direito à informação adequada e clara: o consumidor tem o direito de receber informações claras e precisas sobre os produtos e serviços oferecidos, incluindo as condições de oferta, forma de pagamento, prazo de entrega, entre outras informações relevantes. Lobo (2001) comenta:

A informação e o dever de informar tornam realizável o direito de escolha e autonomia do consumidor, fortemente reduzida pelos modos contemporâneos de atividade econômica massificada,

---

21 JUS BRASIL, 2010. "Quer pagar quanto?" Condena casas Bahia por dano moral" Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/trt1-quer-pagar-quanto-condena-casas-bahia-por-dano-moral/2899421#:~:text=Os%20bord%C3%B5es%20nacionalmente%20conhecidos%20das,5%20mil%20por%20dano%20moral>> Último acesso em:16/05/2023

22 OPA, Observatório de publicidade de alimentos, 2015. Disponível em: <<https://publicidadedealimentos.org.br/caso-documentado/iogurte-activia-e-sua-publicidade-enganosa-no-brasil-e-no-exterior/>> Último acesso em:16/05/2023

despersonalizada e mundializada. Nessa direção, recupera parte da humanização dissolvida no mercado e reencontra a trajetória da modernidade, que prossegue o sonho mais alto do iluminismo, a capacidade de pensar e agir livremente, sem submissão a vontades alheias, cada vez mais difícil na economia globalizada de Estados e direitos nacionais enfraquecidos, onde as principais decisões econômicas são tomadas por conselhos de administração de empresas transnacionais.

O artigo 30 do CDC Publicidade enganosa ou abusiva: a publicidade que for enganosa, falsa, abusiva, discriminatória, entre outras práticas, pode ser considerada ilegal e passível de sanções, como multas e a obrigação de corrigir as informações ou retirar a propaganda do ar. Coelho (2002) assevera:

a publicidade enganosa e abusiva, muitas vezes ainda empregada por alguns fornecedores, constitui crime e se identificada, as medidas administrativas e penais devem ser tomadas, para que os direitos dos consumidores não sejam lesados por aqueles que buscam o lucro fácil e em desconformidade com a lei.

O artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor Oferta vinculada disciplinando que é proibido condicionar o fornecimento de um produto ou serviço à aquisição de outro produto ou serviço, salvo nos casos permitidos por lei.

Práticas abusivas reguladas pelo artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor: são consideradas práticas abusivas, entre outras, a exigência de vantagem manifestamente excessiva, a elevação sem justa causa do preço de produtos e serviços, a recusa injustificada de venda de produtos e serviços, e a não entrega de produtos e serviços conforme as condições oferecidas.

Além disso, a Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor é responsável pelos danos causados aos consumidores por defeitos nos produtos e serviços oferecidos, independentemente da existência de culpa.

Os Contratos de adesão regidos pelo artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor define que esses tais contratos de adesão, que são aqueles em que as cláusulas são definidas unilateralmente pelo fornecedor, devem ser redigidos em linguagem clara e acessível, e as cláusulas que limitarem direitos do consumidor devem ser destacadas.

Síntese, o CDC estabelece diversos dispositivos que protegem os interesses do consumidor em caso de propaganda ou promoção que deu errado, incluindo a obrigação de oferecer informações claras e precisas, a proibição de publicidade enganosa ou abusiva, a não vinculação de produtos ou serviços, a proibição de práticas abusivas, a responsabilidade pelos danos causados e a proteção em contratos de adesão.

É importante que os consumidores conheçam seus direitos e denunciem eventuais práticas ilegais para que possam ser protegidos pelo CDC.

## **2.1– Direito à Informação**

O Direito do Consumidor brasileiro tem como um de seus pilares o direito à informação, que está previsto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Esse artigo dispõe que o consumidor tem direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços que pretende adquirir, de forma a possibilitar uma escolha consciente e segura.

Ou seja, o fornecedor deve fornecer todas as informações relevantes e necessárias sobre o produto ou serviço oferecido, incluindo suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, prazo de validade, condições de pagamento, garantias, riscos que possam apresentar à saúde e segurança do consumidor, entre outros.

Além disso, o artigo 31 do CDC estabelece que o fornecedor deve informar ao consumidor sobre eventuais riscos que o produto ou serviço possa apresentar à sua saúde ou segurança, mesmo que esses riscos sejam decorrentes de uso indevido ou inadequado.

O direito à informação também se estende ao direito de o consumidor ter acesso a informações claras e precisas sobre as características, qualidade, quantidade e preço dos produtos e serviços expostos à venda nos estabelecimentos comerciais, conforme previsto no artigo 31 do CDC.

É importante destacar que o direito à informação não se limita apenas ao momento da compra, mas também abrange a fase pós-consumo, ou seja, o fornecedor deve informar ao consumidor sobre os cuidados necessários para a correta utilização, armazenamento e descarte do produto ou serviço adquirido.

O não cumprimento do direito à informação pode acarretar sanções ao fornecedor, conforme previsto no artigo 56 do CDC, que estabelece as penalidades aplicáveis em caso de infrações às normas de proteção ao consumidor.

Portanto, o direito à informação é essencial para garantir a proteção e defesa dos direitos dos consumidores, possibilitando a escolha consciente e segura na aquisição

de produtos e serviços. O fornecedor deve cumprir suas obrigações de informação de forma clara, precisa e adequada, sob pena de responsabilização pelos danos causados ao consumidor.

## **2.2 – Publicidade Enganosa**

A publicidade é uma ferramenta importante para a divulgação de produtos e serviços, porém, deve ser utilizada de forma ética e honesta, sem enganar ou confundir o consumidor. É nesse contexto que se enquadra a publicidade enganosa, um tema relevante no Direito do Consumidor brasileiro e regulamentado pelo artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A publicidade enganosa é aquela que induz o consumidor a erro, seja por meio de informações falsas, omissão de informações relevantes, exagero de características do produto ou serviço, entre outros artifícios que possam iludir o consumidor. O artigo 30 do CDC define que é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

A publicidade enganosa pode ocorrer em diferentes meios de comunicação, como televisão, rádio, internet, jornais, revistas, entre outros. Um exemplo de publicidade enganosa é quando uma empresa anuncia que um produto tem uma determinada característica que na verdade não possui, como por exemplo, prometer um emagrecimento rápido com um produto que na verdade não tem comprovação científica.

Além disso, o artigo 35 do CDC estabelece que o consumidor tem direito a reparação pelos danos causados por publicidade enganosa ou abusiva, ou seja, caso o consumidor seja prejudicado por uma publicidade enganosa, ele poderá exigir que o fornecedor corrija o erro, forneça informações claras e precisas sobre o produto ou serviço e até mesmo a restituição do valor pago.

O combate à publicidade enganosa é uma das formas de proteger os consumidores, pois permite que eles façam escolhas conscientes e informadas, sem serem prejudicados por informações falsas ou manipuladas. Para isso, é importante que os órgãos de defesa do consumidor estejam atentos e fiscalizem as práticas publicitárias, a fim de coibir ações enganosas que possam prejudicar os consumidores.

Em resumo, a publicidade enganosa é proibida pelo CDC e pode gerar sanções para as empresas que a praticam. O consumidor tem o direito de exigir informações claras e precisas sobre os produtos e serviços, e caso seja enganado por uma publicidade falsa, tem o direito à reparação pelos danos causados.

## **2.3 – Oferta Vinculada**

No Direito do Consumidor brasileiro, a oferta vinculada é uma prática comercial proibida pelo artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Essa prática consiste em condicionar a venda de um produto ou serviço a outro produto ou serviço, obrigando o consumidor a adquirir produtos ou serviços desnecessários para obter o que realmente deseja.

O objetivo da oferta vinculada é aumentar as vendas e lucros das empresas, mas isso pode prejudicar os consumidores que não desejam adquirir outros produtos ou serviços além daqueles que realmente necessitam.

O artigo 35 do CDC estabelece que a oferta vinculada é considerada uma prática abusiva, e o consumidor tem o direito de exigir que o fornecedor venda os produtos ou serviços separadamente, sem vinculação obrigatória.

É importante destacar que o CDC permite a oferta de produtos ou serviços em conjunto, desde que essa oferta seja clara e transparente, sem a obrigatoriedade de adquirir todos os produtos ou serviços oferecidos. Ou seja, a oferta deve ser opcional e não obrigatória, permitindo que o consumidor escolha apenas o que deseja adquirir.

A oferta vinculada também pode caracterizar uma venda casada, que é outra prática comercial proibida pelo CDC. A venda casada ocorre quando o fornecedor condiciona a venda de um produto ou serviço a outro produto ou serviço, como forma de impor a aquisição de um produto ou serviço desnecessário. A venda casada é vedada pelo artigo 39, I, do CDC.

Dessa forma, a oferta vinculada é uma prática abusiva e proibida pelo CDC, garantindo ao consumidor o direito de escolha e de não ser obrigado a adquirir produtos ou serviços desnecessários. Caso o fornecedor insista na prática da oferta vinculada, o consumidor poderá recorrer aos órgãos de defesa do consumidor ou ao Poder Judiciário, a fim de fazer valer seus direitos.

## **2.4– Práticas Abusivas**

No Direito do Consumidor brasileiro, as práticas abusivas são consideradas ilegais e proibidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Essas práticas são prejudiciais aos consumidores e visam impor condições desfavoráveis nas relações de consumo.

O artigo 39 do CDC estabelece uma lista de práticas abusivas, dentre as quais podemos destacar:

- A publicidade enganosa ou abusiva: quando a publicidade contém informações falsas, enganosas ou exageradas, ou quando utiliza de formas abusivas para influenciar o consumidor.
- A venda casada: quando o fornecedor condiciona a venda de um produto ou serviço a outro produto ou serviço, como forma de impor a aquisição de um produto ou serviço desnecessário.
- A limitação de direitos: quando o fornecedor estabelece cláusulas contratuais que restringem direitos do consumidor, como a limitação da responsabilidade do fornecedor em caso de problemas com o produto ou serviço.
- O envio de produto ou serviço sem solicitação prévia: quando o fornecedor envia produtos ou serviços ao consumidor sem que este tenha solicitado previamente, e ainda exige o pagamento pelo recebimento.
- A elevação injustificada de preços: quando o fornecedor eleva o preço de forma injustificada, aproveitando-se de situações de emergência ou vulnerabilidade do consumidor.
- A recusa injustificada de venda: quando o fornecedor se recusa a vender um produto ou serviço ao consumidor sem justificativa plausível.
- O não cumprimento de oferta: quando o fornecedor não cumpre a oferta feita ao consumidor, como por exemplo, quando não entrega o produto ou serviço no prazo estabelecido.

Essas são apenas algumas das práticas abusivas proibidas pelo CDC. O objetivo dessas proibições é garantir a proteção e a defesa dos direitos dos consumidores, evitando que sejam prejudicados por práticas comerciais desleais.

Caso o consumidor seja vítima de alguma prática abusiva, ele pode recorrer aos órgãos de defesa do consumidor ou ao Poder Judiciário para fazer valer seus direitos. O CDC prevê sanções administrativas e indenizações aos consumidores prejudicados por práticas abusivas, a fim de garantir a reparação dos danos causados e a punição dos fornecedores que agem de forma ilegal.

## **2.5 – Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço**

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, que é a obrigação dos fornecedores de produtos ou serviços em

reparar ou substituir os produtos ou serviços defeituosos ou que apresentem riscos à saúde ou segurança do consumidor.

O artigo 42 do CDC estabelece que o fornecedor de produtos ou serviços é responsável pelos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos nos produtos ou serviços oferecidos, independentemente da existência de culpa ou dolo. Ou seja, o fornecedor é obrigado a reparar os danos causados, mesmo que não tenha agido de forma intencional ou negligente.

- O fornecedor é responsável pelo fato do produto ou serviço quando:
- O produto ou serviço não apresenta a segurança que dele se espera: o produto ou serviço deve atender às expectativas de segurança dos consumidores, não apresentando riscos à saúde ou integridade física.
- O produto ou serviço não corresponde às características informadas: o produto ou serviço deve corresponder às informações fornecidas pelo fornecedor, como qualidade, quantidade, composição, preço, entre outros.
- O produto ou serviço não apresenta a durabilidade esperada: o produto ou serviço deve ter a durabilidade esperada pelo consumidor, levando em consideração sua natureza, preço e outras circunstâncias relevantes.
- O produto ou serviço não atende às especificações técnicas ou aos padrões de qualidade: o produto ou serviço deve atender às especificações técnicas e aos padrões de qualidade exigidos pela lei ou pelos órgãos competentes.

Assim, caso o consumidor seja prejudicado por um produto ou serviço defeituoso, ele pode acionar o fornecedor para que este repare ou substitua o produto ou serviço defeituoso. Além disso, o consumidor pode buscar reparação pelos danos causados, como despesas médicas, perda de tempo, danos morais, entre outros.

O fornecedor que não cumprir sua obrigação de reparação ou substituição do produto ou serviço defeituoso poderá ser penalizado com sanções administrativas, como multas e suspensão das atividades, além de poder responder por ação judicial por danos morais e materiais causados ao consumidor. Portanto, é fundamental que os fornecedores estejam atentos aos padrões de qualidade e segurança de seus produtos ou serviços para evitar problemas e garantir a satisfação dos consumidores.

O Direito do Consumidor brasileiro estabelece que os fornecedores são responsáveis pelos danos causados aos consumidores em decorrência do produto ou serviço que fornecem, conforme previsto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Essa responsabilidade também é conhecida como "responsabilidade pelo fato do produto ou serviço", e está prevista no artigo 3º do CDC como um dos princípios que regem as relações de consumo.

O artigo 42 do CDC, por sua vez, estabelece que o consumidor tem o direito de exigir a reparação dos danos causados pelo produto ou serviço, independentemente da existência de culpa por parte do fornecedor. Isso significa que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ou seja, ele é responsável pelo produto ou serviço independentemente de ter agido com negligência, imprudência ou imperícia.

Para que o consumidor possa exigir a reparação dos danos causados pelo produto ou serviço, é necessário que ele comprove o dano, o defeito do produto ou serviço e o nexo causal entre o defeito e o dano sofrido.

Além disso, é importante destacar que a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço é solidária, ou seja, todos os fornecedores que participaram da cadeia de produção e distribuição do produto ou serviço podem ser responsabilizados pelo dano causado ao consumidor.

Assim, se um produto ou serviço causar danos ao consumidor, este poderá exigir a reparação dos danos junto ao fornecedor ou fabricante, bem como aos demais fornecedores que participaram da cadeia produtiva, independentemente da existência de culpa.

Caso o fornecedor se recuse a reparar o dano causado, o consumidor poderá recorrer aos órgãos de defesa do consumidor ou ao Poder Judiciário para garantir seus direitos, requerendo indenização pelo prejuízo sofrido.

Em resumo, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço é um importante instrumento de proteção aos direitos do consumidor, garantindo que este tenha seus danos reparados independentemente da existência de culpa por parte do fornecedor.

## **2.6 - Contratos de adesão**

Os contratos de adesão são comuns nas relações de consumo e se caracterizam por serem elaborados unilateralmente pelo fornecedor, sem a possibilidade de negociação

por parte do consumidor. Nesse tipo de contrato, as cláusulas são pré-estabelecidas pelo fornecedor e o consumidor apenas adere às condições impostas.

Para proteger os direitos dos consumidores nesses contratos, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece algumas normas específicas. O artigo 46 do CDC, por exemplo, prevê que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor em caso de dúvida.

Além disso, o artigo 51 do CDC estabelece uma série de cláusulas abusivas que são nulas de pleno direito nos contratos de adesão. Entre elas, podemos citar a cláusula que autoriza o fornecedor a modificar unilateralmente o contrato, a cláusula que impõe a renúncia de direitos pelo consumidor, a cláusula que limita a responsabilidade do fornecedor por danos causados ao consumidor, entre outras.

O objetivo dessas normas é garantir que o consumidor não seja prejudicado em sua relação contratual com o fornecedor, protegendo-o contra abusos e garantindo sua segurança jurídica.

Além disso, o CDC estabelece que os contratos de adesão devem ser redigidos de forma clara e objetiva, com linguagem acessível ao consumidor, para que ele possa entender as condições estabelecidas. Caso haja cláusulas obscuras ou de difícil compreensão, o consumidor poderá recorrer aos órgãos de defesa do consumidor ou ao Poder Judiciário para esclarecer seus direitos.

Em resumo, os contratos de adesão são comuns nas relações de consumo e podem gerar desequilíbrio entre as partes, sendo necessário que as normas do CDC sejam aplicadas para proteger os direitos do consumidor. O artigo 46 do CDC, juntamente com as demais normas aplicáveis aos contratos de adesão, garante a interpretação favorável ao consumidor e impede cláusulas abusivas, garantindo a segurança jurídica do consumidor na relação contratual.

## **2.7– A autorregulação da propaganda e o Direito do Consumidor**

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) é uma entidade brasileira que tem como objetivo promover a autorregulação da publicidade no país. Ele foi criado em 1978, e desde então, exerce um papel importante na regulamentação e no monitoramento das práticas publicitárias no Brasil.

Quanto à natureza jurídica do CONAR, é importante destacar que se trata de uma entidade privada sem fins lucrativos, formada por representantes de anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação. Embora não tenha poder de Estado,

o CONAR exerce influência significativa no setor publicitário por meio de sua atuação autorregulatória.

O CONAR possui poderes para analisar e julgar as práticas publicitárias, levando em consideração princípios éticos e normas previamente estabelecidas. Seu regulamento estabelece diretrizes que devem ser seguidas pelos anunciantes, agências e veículos de comunicação, com o objetivo de garantir a veracidade, a honestidade e a adequação da publicidade veiculada.

O processo de análise e julgamento do CONAR ocorre por meio de denúncias e representações apresentadas por qualquer pessoa ou entidade que se sinta lesada ou que identifique irregularidades em uma peça publicitária. O CONAR avalia cada caso, ouvindo as partes envolvidas, e emite decisões que podem variar desde a solicitação de adequação da publicidade até a suspensão de sua veiculação.

O CONAR desempenha um importante papel na proteção do Direito do Consumidor no Brasil. Ao estabelecer diretrizes éticas e normativas para a publicidade, contribui para a divulgação de informações claras e verídicas aos consumidores, evitando práticas enganosas e abusivas. Dessa forma, o CONAR colabora para o fortalecimento da relação de confiança entre anunciantes e consumidores, promovendo a transparência e a responsabilidade no mercado publicitário.

Além disso, o CONAR também possui o poder de educar e conscientizar o público em relação aos seus direitos como consumidores. Por meio de campanhas de orientação e divulgação, a entidade busca disseminar conhecimento sobre a importância de se buscar informações confiáveis, questionar práticas enganosas e utilizar mecanismos de denúncia quando necessário.

Em suma, o CONAR é um ente a serviço do Direito do Consumidor Brasileiro ao atuar como um órgão de autorregulamentação da publicidade. Por meio de sua atuação, contribui para a proteção dos direitos dos consumidores, promovendo práticas publicitárias éticas, verídicas e transparentes. Assim, o CONAR desempenha um papel relevante na construção de um mercado publicitário mais justo e responsável no Brasil.

## **Conclusão**

O caso Leonard vs. Pepsico Inc. foi um marco na história do Direito do Consumidor e trouxe à tona questões fundamentais sobre as responsabilidades das empresas em relação aos seus consumidores. A PepsiCo Inc. lançou uma campanha publicitária em que oferecia prêmios em troca de pontos acumulados em seus produtos. Um desses prêmios era um jato particular, que a empresa anunciou acidentalmente como

prêmio para quem acumulasse 7 milhões de pontos. John Leonard, um consumidor da Pepsi, afirmou ter alcançado essa marca e exigiu seu prêmio. No entanto, a empresa negou o prêmio, alegando que o anúncio havia sido um erro e que o prêmio real era de apenas 1 milhão de pontos. Leonard processou a empresa por publicidade enganosa e, após anos de batalhas judiciais, a Pepsi foi condenada a entregar o avião a Leonard.

A partir desse caso, tivemos a oportunidade de analisar como os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor se aplicam na prática e quais são as responsabilidades das empresas em relação aos seus consumidores.

O artigo 6º do CDC, que trata do direito à informação adequada e clara, é fundamental para o caso. A Pepsi deveria ter informado de forma clara e precisa as condições para o acúmulo de pontos e a premiação oferecida. No entanto, a publicidade enganosa, que é abordada no artigo 30, foi evidente na campanha da Pepsi, já que a empresa anunciou um prêmio e depois alegou que havia sido um erro.

O artigo 35, que trata da oferta vinculada, também é relevante nesse caso. A Pepsi não poderia ter condicionado o fornecimento de um produto a outro, ou seja, deveria ter oferecido um prêmio independente do consumo de outros produtos. Além disso, as práticas abusivas, mencionadas no artigo 39, foram evidentes na recusa injustificada da empresa em conceder o prêmio prometido. A empresa deveria ter entregue o prêmio de acordo com as condições oferecidas na campanha.

O artigo 42, que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, é outro dispositivo importante nesse caso. A Pepsi foi responsabilizada pelos danos causados ao consumidor por conta da não entrega do prêmio prometido, independentemente da existência de culpa. A empresa não poderia se eximir de sua responsabilidade alegando erro na campanha publicitária.

Por fim, o artigo 46, que trata dos contratos de adesão, é importante porque a campanha da Pepsi era um contrato de adesão, já que as cláusulas eram definidas unilateralmente pela empresa. A linguagem clara e acessível, e as cláusulas que limitam os direitos do consumidor devem ser destacadas, o que não foi o caso na campanha da Pepsi.

Concluindo, o caso Leonard vs. Pepsico Inc. é um exemplo claro de como os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor são fundamentais para a proteção dos direitos dos consumidores. A Pepsi foi condenada por publicidade enganosa, oferta vinculada, práticas abusivas e respectiva responsabilidade.

Além disso, o caso Leonard vs. PepsiCo Inc. mostra a importância de um sistema judicial eficiente e imparcial na proteção dos direitos do consumidor. O tribunal americano

que julgou o caso mostrou-se comprometido com a aplicação da lei de forma justa e objetiva, sem se deixar influenciar pela fama da empresa ou pelo poder econômico que ela representa. Isso é fundamental para garantir que os consumidores tenham acesso à justiça e possam ter suas reivindicações atendidas, mesmo quando estão enfrentando grandes corporações.

No contexto brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor é uma ferramenta importante para proteger os direitos dos consumidores. Os dispositivos citados acima são alguns dos que mais se destacam na defesa dos consumidores em situações semelhantes à do caso Leonard vs. PepsiCo Inc. No entanto, é importante lembrar que a efetividade desses dispositivos depende da sua aplicação pelas autoridades competentes e da vigilância dos próprios consumidores. É preciso estar atento aos abusos cometidos pelas empresas e denunciá-los sempre que possível, para que as autoridades possam tomar as medidas necessárias para proteger os direitos dos consumidores.

Em resumo, o caso Leonard vs. PepsiCo Inc. é uma lição importante sobre a importância dos direitos do consumidor e a necessidade de uma proteção efetiva desses direitos. Embora tenha ocorrido nos Estados Unidos, as lições desse caso são relevantes em todo o mundo, inclusive no Brasil. O Código de Defesa do Consumidor é uma ferramenta importante para garantir a proteção dos direitos dos consumidores, mas é preciso que os consumidores estejam atentos e denunciem os abusos cometidos pelas empresas para que as autoridades possam tomar as medidas necessárias. Somente assim poderemos garantir que as empresas respeitem os direitos dos consumidores e que a justiça seja feita em situações de conflito entre empresas e consumidores.

### **Referências bibliográficas**

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Último acesso em 16/05/2023

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)> Último acesso em 16/05/2023

CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. p. 39.

CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. p. 14.

CONAR. Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>> Último acesso em 16/05/2023.

COELHO, Claudia Schroeder. Publicidade enganosa e abusiva frente ao Código de Defesa do Consumidor. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2581>. Acesso em: 16 /05/ 2023.

Figueiredo, Ana Luiza. "Pepsi, Cadê Meu Avião?": documentário da Netflix conta um erro que custou caro. Olhar digital, 2022. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2022/11/17/cinema-e-streaming/pepsi-cade-meu-aviao-documentario-da-netflix-conta-um-erro-que-custou-caro/>> Último acesso em 16/05/2023

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. p. 301-302.

JUS BRASIL, 2010. "Quer pagar quanto?" Condena casas Bahia por dano moral" Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/trt1-quer-pagar-quanto-condena-casas-bahia-por-dano-moral/2899421#:~:text=Os%20bord%C3%B5es%20nacionalmente%20conhecidos%20das,5%20mil%20por%20dano%20moral>> Último acesso em:16/05/2023

KIMBA M. WOOD, District Judge. United States District Court, S.D. New York. August 5, 1999. <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/88/116/2579076/>> Último acesso em: 16/05/2023

LÔBO, Paulo. A informação como direito fundamental do consumidor. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2216>. Acesso em: 16 mai. 2023.

MALLET, Ana et al. "Mãe, esse comercial está me persuadindo!". in Revista Eclética PUC RIO número 35, 2005. Disponível em: <<http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/media/Ecletica%2035%20%20%20%20%20%20%20%20C2%AA%20materia.pdf>> Último acesso em: 16/05/2023

MARMOTA, André. Questionando propagandas de cerveja. Portal Marmota, 2005. Disponível em: <<https://marmota.org/blog/questionando-propagandas-de-cerveja/>>. Último acesso em: 16/05/2023

MASSALI, Fábio. Justiça condena fabricante de "tonificador muscular" por propaganda enganosa. Agência Brasil, 2017. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-05/justica-condena-fabricante-de-tonificador-muscular-por-propaganda-enganosa>> Último acesso em: 16/05/2023

OPA, Observatório de publicidade de alimentos, 2015. Disponível em:  
<<https://publicidadedealimentos.org.br/caso-documentado/iogurte-activia-e-sua-publicidade-enganosa-no-brasil-e-no-exterior/>> Último acesso em:16/05/2023

## **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REVOGAÇÃO DO MANDADO E A CLÁUSULA *AD EXITUM***

**FERNANDA BARBOSA PINHEIRO SILVA:**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Pós-graduanda em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG.<sup>23</sup>

**RESUMO:** Os honorários advocatícios são valores monetários pagos ao advogado a título de remuneração pelos serviços prestados. Existem diferentes tipos de honorários advocatícios que podem ser acordados entre um advogado e seu cliente, entre eles os honorários de êxito, no qual o advogado recebe uma porcentagem do valor obtido em uma ação bem-sucedida. Por sua vez, uma das principais dificuldades consiste em como estabelecer os valores e assegurar o efetivo pagamento das verbas honorárias nas hipóteses de revogação do mandado no curso do processo. Nesse contexto o presente artigo analisa a problemática, apontando como a jurisprudência tem direcionado soluções para tais hipóteses.

### **INTRODUÇÃO**

No dia 20 de abril de 2020 em decisão da 4ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de arbitramento judicial de honorários advocatícios em razão dos serviços prestados pelo advogado no caso de revogação unilateral do mandado em que pactuados honorários com cláusula de remuneração exclusivamente por verbas sucumbenciais.

O entendimento foi publicado no informativo número 670 do STJ que tem por objetivo dar publicidade aos entendimentos e julgados do referido tribunal. A respectiva decisão não representa novidade, apenas consolida um entendimento já apresentado pelo tribunal em outras decisões entre elas AgRg nos EDcl no AREsp 600.367/SP e o AgRg no AREsp 292.919/RS.

Verifica-se que a jurisprudência vem se posicionando acerca da admissão de fixação de honorários pelo juiz quando o contrato é revogado antecipadamente e existente pactuação de remuneração apenas por meio das verbas sucumbenciais. Destaca-se que os honorários de sucumbência são fixados pelo juízo em favor da parte que atuou no polo

---

23 E-mail: fbpinheirosilva@gmail.com

vencedor da demanda e, a responsabilidade pelo seu adimplemento não é do cliente que contratou o advogado mas sim da parte contrária.

Por sua vez, os tribunais tem admitido a fixação de honorários proporcionais, a serem pagos pelo cliente no caso da revogação prematura do mandato. Nesse sentido, objetiva contrabalancear o negócio jurídico celebrado, mitigando os riscos assumidos pelo profissional bem como assegurar o direito a livre escolha do profissional.

O presente artigo objetiva trazer algumas considerações acerca do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça trazendo apontamentos sobre as espécies de honorários advocatícios e sua natureza jurídica, no intuito de analisar os riscos e possibilidades remuneratórias estabelecidas entre cliente e advogado.

## **1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

O termo honorários encontra-se intimamente relacionado a honra e, face a relação meritória, por muitas vezes foi objeto de polêmicas ao longo da história. Todavia, na atualidade, sua conceituação não é mais objeto de tantas divergências, sendo possível definir os honorários como uma contraprestação devida ao profissional em decorrência de um serviço prestado, no caso dos advogados, pela realização de serviços relacionados a advocacia. Constituem assim um direito do advogado, apresentando natureza alimentar.

Diversas são as formas pelas quais se estabelece a remuneração dos serviços de advocacia. Temos entre as possibilidades a fixação de honorários contratuais, cláusulas *ad exitum* e honorários de sucumbência. Considerando a existência de outras variações, o presente artigo irá se ater apenas as modalidades supracitadas, não se desincumbindo de esgotar a temática mas sim tecer considerações necessárias a compreensão da temática e análise acerca do entendimento do STJ.

Os honorários contratuais constituem umas das modalidades admitidas para a remuneração pelos serviços advocatícios. Trata-se de um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, por liberalidade, estabelecem uma prestação em razão da realização de um serviço pelo profissional do Direito. Insta salientar que nos negócios jurídicos há uma maior carga de liberdade às partes, sendo a declaração de vontade o elemento essencial à sua existência e configuração.

Pela manifestação da vontade, os agentes podem intervir nos efeitos a serem produzidos, conforme sua conveniência. Por meio desse vínculo jurídico obrigacional, cria-se uma prestação que pode ter sua origem decorrente de diversas atividades tais como consultorias jurídicas ou o ajuizamento de uma ação. Em resumo, trata-se de uma prestação decorrente de vínculo jurídico obrigacional, um acordo de vontades, no qual as partes, estabelecem uma remuneração ao advogado, em razão da prestação do serviço.

Cumprе esclarecer que os honorários contratuais encontram limitações no próprio ordenamento, no intuito de coibir abusos. Em sendo assim, a manifestação da autonomia privada encontra limites no ordenamento jurídico, que impõe condições à ação dos sujeitos, a fim de proteger interesses tanto individuais quanto coletivos. Para ser considerado válido, o seu conteúdo precisa se adequar ao ordenamento, sofrendo uma série de limitações.

Assim, necessário ir além da liberdade individual, pautando-se, por exemplo, no princípio da boa-fé<sup>24</sup>, da função social<sup>25</sup>, da dignidade da pessoa humana<sup>26</sup> e da igualdade<sup>27</sup> visando o interesse das partes e a proporcionalidade.

Consequentemente, deve ser pautado na razoabilidade, de modo a fixar um valor compatível com os serviços prestados, sem excessos, bem como evitando honorários de valores irrisórios que desvalorizem o trabalho do profissional. Nesse propósito, a Ordem dos Advogados do Brasil de cada um dos estados da Federação disponibiliza uma tabela como referencial de valor mínimo a ser cobrado em razão de cada espécie de serviço advocatício, direcionando o profissional da área.

Outra possibilidade de é a pactuação de honorários advocatícios por meio de cláusulas *ad exitum*. Nessa modalidade de honorário contratual o recebimento das quantias fica condicionada a um evento futuro e incerto, qual seja o êxito na demanda. Posto isso, somente será devido os honorários pelo cliente caso o profissional advogado vença a causa. Do contrário, não poderá reclamar qualquer valor, em conformidade com o disposto nos artigos 121 e 125 do CC.

Há que se considerar que nesse tipo de cláusula condicional, resta evidenciado a existência de um risco e incerteza quanto ao resultado demanda, portanto estabelecida considerando um grau de probabilidade.

Ao contrário dos honorários contratuais, os honorários de sucumbência são fixados pelo juízo em decorrência da improcedência total ou parcial da demanda. Nesse sentido dispõe o artigo 85 CPC *in verbis* "A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor".

---

24 BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, art. 422.

25 BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, art. 421.

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 1º, inciso III.

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º.

Tem como fundamento o princípio da causalidade, de modo que compete a parte que deu causa ao litígio arcar com seus ônus. A violação de um direito faz nascer para seu titular a pretensão de exigí-lo. Uma das possibilidades de se exigir essa pretensão é por meio do direito de ação, provocando o Estado-Juiz para que este promova a jurisdição.

Nesse sentido, aquele que viola um direito dever arcar também com os custos assumidos no intuito de se obter a jurisdição, entre eles a contratação de advogado para a representação judicial da parte. Isto posto, os honorários sucumbenciais são fixados pelo juiz e, são devidos ao advogado que litiga pela parte vencedora, e devem ser adimplidos pela parte perdedora da demanda.

Os honorários sucumbenciais são um direito do advogado e não da parte que este representa. Trata-se de um direito autônomo, que não se confunde com o direito de seu cliente, de modo que é possível, ser executado pelo próprio profissional por meio de ação própria, vedando-se a sua compensação em caso de sucumbência parcial. A verba inclusive é devida ao advogado público e também ao advogado que atua em causa própria.

Honorários contratuais e de sucumbência não constituem bis in idem, apresentando naturezas diversas. Por sua vez, necessário que sejam fixados com moderação e proporcionalmente ao serviço realizado na demanda e, de modo algum podem ultrapassar o valor obtido com êxito da demanda, sob pena de configurar vício do negócio jurídico como a lesão, ou enriquecimento ilícito.

## **2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STJ ACERCA DOS HONORÁRIOS SUCUMBÊNCIAS**

Adentrando na análise do julgado AgInt no AREsp 1560257-PB de relatoria do Rel. Min. Luís Felipe Salomão, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em sentido favorável a fixação de honorários advocatícios no caso revogação de mandado com cláusula de remuneração exclusivamente por verbas sucumbenciais.

O julgado publicado no informativo número 670 do STJ representa um posicionamento já firmado pelo respectivo tribunal em outras decisões e visa contrabalancear o negócio jurídico celebrado, mitigando os riscos da pactuação de honorários fixados exclusivamente sob o êxito da demanda.

Em regra a parte não detêm capacidade postulatória para atuar em juízo. Posto isto, celebra um contrato de mandado com um advogado, contrato este formalizado por meio de um instrumento de procuração. A escolha do advogado é de discricionariedade sendo portanto de liberalidade da parte que pode, optar ou não, por ser representada por determinado profissional. No mesmo sentido, o mandante pode livremente revogar o mandando, de modo que o profissional suporta o ônus da possibilidade de ser destituído de suas funções a qualquer tempo.

Em sendo assim, fato é que o mandante pode a qualquer tempo revogar o contrato de mandado. Faz se, portanto, necessário mitigar os riscos da revogação nas hipóteses em que a remuneração do profissional encontra-se diretamente embasada no sucesso da demanda.

Em caso de revogação do mandado no curso do processo, os riscos assumidos pelo profissional precisam ser mitigados bem como garantida a remuneração pelos serviços realizados em momento anterior. A celebração do contrato cria para as partes a expectativa que ele será integralmente cumprido. Lado outro, situações excepcionais podem ocorrer e alterações na situação fática podem atingir o que foi anteriormente acordado.

Nesse sentido a jurisprudência vem se posicionando acerca da admissão de fixação de honorários pelo juiz no caso de pactuação de remuneração exclusivamente por meio dos honorários sucumbenciais. Tratam-se de hipóteses em que o profissional somente é remunerado ao fim do litígio e pela parte contrária, caso obtenha sucesso na demanda. São honorários fixados pelo próprio órgão jurisdicional e a responsabilidade pelo seu adimplemento não é do cliente que contratou o advogado mas sim da parte no qual este litiga em juízo.

Nessas hipóteses em que o contrato de prestação de serviços é revogado antecipadamente, a jurisprudência tem admitido uma fixação de honorários proporcionais a serem pagos pelo contratante, como forma de remuneração pelos serviços já prestados, permitindo que advogado faça jus ao recebimento de valores pelo trabalho dispendido até o momento.

Deste modo, é garantido a parte contratante a liberdade de escolha do profissional e a faculdade em revogar sua representação caso entenda pertinente, a qualquer tempo. Lado outro, trás segurança ao profissional, garantindo sua remuneração pelos serviços já realizados ao longo da demanda.

Nesse sentido, cumpre destacar a ementa da mais recente decisão do STJ acerca da temática, senão vejamos:

“Nos contratos de prestação de serviços advocatícios com cláusula de remuneração exclusivamente por verbas sucumbenciais, a revogação unilateral do mandato pelo mandante acarreta a remuneração do advogado pelo trabalho desempenhado até o momento da rescisão contratual.

Nessas hipóteses, o risco assumido pelo advogado é calculado com base na probabilidade de êxito da pretensão de seu cliente, sendo esse o limite do consentimento das partes no momento da contratação. Não é possível que o risco assumido pelo causídico venha a abarcar a hipótese de o contratante, por ato próprio e sem uma justa causa, anular o seu direito à remuneração, rescindindo contrato.

O cliente pode, sem dúvida, exercer o direito de não mais ser representado pelo advogado antes contratado, mas deve, por outro lado, assumir o ônus de remunerá-lo pelo trabalho desempenhado até aquele momento, sob pena de ser desconsiderado todo o trabalho desempenhado.

Desse modo, é cabível o arbitramento judicial da verba honorária, levando em consideração as atividades desenvolvidas pelo causídico.” (BRASIL, 2020).

Seguindo essas diretrizes, nas hipóteses em que o contrato de honorário seja pactuado prevendo o recebimento apenas de verbas sucumbenciais no caso de êxito da demanda, operada a revogação do contrato, o ideal seria que o próprio magistrado realizasse a fixação proporcionais para cada profissional atuante na causa.

Cumprido esclarecer que embora a referida decisão se refira apenas acerca dos honorários sucumbenciais, defende-se aqui a possibilidade de extensão do respectivo entendimento de forma a abarcar também as hipóteses dos honorários fixados exclusivamente em decorrência dos contratos advocatícios *ad exitum*. Isto porque, referidos contratos também são celebrados pautados no grau de risco e probabilidade de sucesso da demanda.

Conforme explicitado em momento anterior, os contratos advocatícios *ad exitum* consistem naqueles em que o contratante compromete-se a remunerar o advogado apenas no caso de êxito da demanda. Embora se assemelhe aos honorários sucumbenciais, não se confundem com estes, tendo em vista que nos honorários sucumbenciais é a parte contrária quem remunera o advogado. Por sua vez, nos contratos *ad exitum* a remuneração é realizada pelo próprio cliente contratante.

Sob o mesmo fundamento acerca do risco e a insegurança do negócio jurídico celebrado, defende-se também a possibilidade de fixação judicial de honorários no caso de pactuação de cláusulas *ad exitum*. Embora o ideal seja a previsão contratual de alternativas ou multas no caso de revogação antecipada do mandato, caso não pactuada, seria possível requerer a fixação judicial de remuneração pelos serviços realizados pelo advogado.

## CONCLUSÃO

Muitas são as formas pelas quais pode se estabelecer uma remuneração pelos serviços advocatícios. O presente artigo objetivou traçar considerações importantes acerca das formas mais comuns de fixação de honorários, analisando os riscos bem como os direitos referentes as partes envolvidas no negócio jurídico.

Conclui-se que cada vez mais a jurisprudência tem mitigado a autonomia das partes no intuito de restabelecer o equilíbrio as relações contratuais acerca dos honorários advocatícios. Por sua vez, verifica-se a preocupação da corte em assegurar ao cliente a possibilidade de escolha do profissional que o representa, bem como a possibilidade de substituí-lo por outro profissional ao longo da demanda.

Lado outro, necessário garantir que o profissional seja remunerado pelos serviços até então desempenhados, o que tem admitido a fixação judicial dos honorários. Desse modo, ainda que inicialmente pactuados apenas o recebimento de honorários sucumbenciais em decorrência do êxito da demanda, admite-se que o poder judiciário estabeleça honorários proporcionais no caso de revogação do contrato de prestação de serviços. Nessas hipóteses, os valores são pagos pelo cliente diretamente devido ao profissional contratado pelos serviços até então realizados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1560257-PB. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Decisão Monocrática, julgado em 20/04/2020 (Info 670 STJ).

GOMES, Orlando. Autonomia privada e negócio jurídico. In: Novos Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. 2ª ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 16. ed. atual. Por Osmar Brina Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José. A definição dos honorários advocatícios de sucumbência pelo STJ. In: Revista Consultor Jurídico, 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/paradoxo-corte-definicao-honorarios-advocaticios-sucumbencia-stj>. Acesso em: 02/09/2020.

## **DIREITO AMBIENTAL: CONCEPÇÕES DE VÁRIOS AUTORES RELACIONADAS À EDUCAÇÃO AMBIENTAL**

**JOÃO CARLOS PARCIANELLO:**  
Mestre em Desenvolvimento.  
Especialista em Docência do Ensino Superior. Bacharel em Direito. Faculdade Gamaliel<sup>28</sup>.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo apresentar entendimentos de diversos autores que trabalham com a temática da educação ambiental, relacionando estes escritos com o Direito Ambiental. A educação ambiental abarca temas que não importam apenas aos juristas, mas à todos os indivíduos, pois expõe ampla gama de interpretações, além de normas que abrangem a complexidade e tratam de proposições do constructo teórico proposto por Edgar Morin.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental. Educação Ambiental. Complexidade.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Considerações Gerais sobre a Educação de acordo com Edgar Morin. 2 Várias Compreensões sobre a Educação Ambiental e o Direito Ambiental. Considerações finais. Referências.

### **Introdução**

Este artigo é de caráter bibliográfico e qualitativo, onde é desenvolvido o tema da educação ambiental quanto ao Direito, em particular do Direito Ambiental, de uma forma simples. O objetivo do presente texto é expor algumas ideias de pensadores, que tratam de maneira mais direta ou que ao menos relacionam seus textos com a temática, referente à educação ambiental relacionada ao Direito Ambiental.

A abordagem teórica do estudo é interpretativista da realidade. Ademais, trata-se de um tema interdisciplinar e relevante para apoio em interpretações do Direito.

### **1 Considerações Gerais sobre a Educação de acordo com Edgar Morin**

Na obra "Os sete saberes necessários à educação do futuro", datada do ano 2000, Edgar Morin já destacava a importância da antropoética na educação, ou seja, a ética na escala humana. Trata-se de um saber que se pauta no desenvolvimento da autonomia do indivíduo. Com isso, este é capaz de desenvolver sua responsabilidade e participação no

---

<sup>28</sup> E-mail: joao.parcianello@hotmail.com

gênero humano, onde a igualdade e a solidariedade são compreendidas com o pensar complexo e assim se fazem presentes por meio de ações (SILVA, B. P., 2011).

Morin (1986) entende que o pensamento tecnocrático não abrange a dimensão do vivo, do antropológico e do social. Ao contrário, o desenvolvimento técnico engloba a lógica simplificadora das máquinas artificiais. Ademais, Morin (1986, p. 324-325) afirma:

Além disso, torna-se cada vez mais evidente não só que a técnica, como a língua de Ésope, pode servir tanto para o melhor como para o pior, o que é um truísmo precário, mas controlada, administrada, dirigida, comandada pelos poderes de Estados e Impérios, (...)

Nesse sentido, o filósofo é de parecer que o desenvolvimento hiperdisciplinar das ciências esconde o que está entre as disciplinas. Nesta senda, a formalização e quantificação ignoram a complexidade, trocando a realidade por números e fórmulas.

A ênfase de Edgar Morin (2013) na educação é retratada na sua obra “Os sete saberes necessários à educação do futuro”, que abarca os seguintes aspectos: conhecimento, conhecimento pertinente, condição humana, incerteza, era planetária e antropológica.

Quanto ao primeiro, o conhecimento, o autor entende que nunca se ensina o que realmente é o conhecimento. Este nunca é reflexo da realidade, ao contrário, é uma tradução seguida de uma reconstrução. Neste viés, o conhecimento deve trabalhar com o problema do erro e da ilusão. As causas do erro são culturais, sociais e de origem, pois cada um pensa que suas ideias são mais evidentes. A ilusão diz respeito à falha na percepção, ao engano.

Em relação ao conhecimento pertinente, afirma que o conhecimento não pode mutilar o seu objeto. Deve-se ir além do conhecimento disciplinar, de forma a situar o conjunto. O que existe entre as disciplinas é invisível. Mais do que a quantidade de informações e o refinamento da matemática, o conhecimento se torna pertinente quando colocado no contexto. O conhecimento do global que pode influir no local.

A Identidade humana é retratada pelo autor explicando que, além do aspecto físico, biológico e psicológico do homem, a sociedade também está no homem. O indivíduo está impregnado da cultura onde está inserido. O relacionamento entre indivíduo-sociedade-espécie faz com que um gere o outro – realidade trinitária. As ciências da terra e a ecologia convergem sobre a identidade humana. Nesse sentido, os humanos possuem individualidade, mas também são parte da espécie e da sociedade.

A compreensão humana é entendida pelo autor na acepção que não se ensina como compreender os outros. Compreender no sentido latino de colocar junto todos os elementos da explicação e trabalhar para que o individualismo não desmorone para o egocentrismo e evitar a redução do outro, e ainda considerar a complexidade humana.

Também explica a incerteza, onde é imprescindível mostrar o inesperado em todos os âmbitos. A evolução proposta por Charles Darwin é composta por ramificações que se extinguiram, a exemplo dos dinossauros. Até mesmo o Império Romano não sobreviveu, embora parecesse eterno. Aqui se trabalha com a ecologia da ação, ter em mente que a ação pode muitas vezes desencadear influências até mesmo opostas ao esperado e considerar estratégias para o processo da ação.

A condição planetária considera que na atual era da globalização tudo está conectado. Ao mesmo tempo, com a *internet* a grande quantidade de informação disponível é difícil de processar e organizar. Ameaças nucleares, ecológicas e degradação da qualidade de vida são de espectro planetário. Nesse viés, a humanidade viveria uma comunidade de destino comum.

Por fim, o pensador trata do antropoético. Aqui se destaca a relação indivíduo-sociedade. Democracia e associações não-governamentais, como o Médicos Sem Fronteiras, por exemplo, desempenhariam papéis fundamentais e estariam acima de interesses meramente individuais, visando o bem da coletividade.

## **2 Várias Compreensões sobre a Educação Ambiental e o Direito Ambiental**

A concepção inicial da educação ambiental é como integrante do ambientalismo, de modo que se entendia que esta pautava pela prática de conscientização quanto à limitação e precária distribuição dos recursos naturais. Na sequência, a educação ambiental inicia a transformação em proposta realmente educativa, como resposta à crise ambiental vivida pela humanidade. E ainda, Matos (2009) entende que atualmente o sujeito ecológico mostra múltiplas faces, como a *new age*: alternativo, integral, equilibrado, harmônico, planetário, holístico e o ortodoxo: crenças básicas, com ortodoxia epistemológica e política da crise ambiental.

Quanto ao movimento ecologista, Blainey (2011) disserta que, além dos grupos seculares que passaram a se interessar mais pela natureza a partir da década de 1960, também ocorreu uma cruzada ecológica, onde este tema ao longo da história também foi de interesse da esfera do sagrado, com uma tradição ecológica. Há também a ecologia profunda - *deep ecology*, que se configura em uma forma de movimento que assume uma crítica à racionalidade ocidental moderna, por meio de uma simbiose universal entre todas as formas de vida, além das dimensões objetiva e subjetiva da experiência humana. Esta imprime uma ideia de auto-realização, um ideal ecosófico. Neste pensamento seria uma

conexão da interioridade do indivíduo com o macrocosmo do planeta, que configuraria o núcleo do sujeito ecológico (CARVALHO, 2001). De acordo com a macrobiótica, o ambiente e o ser humano são inseparáveis (SILVA, M. G., 2013). No passado, em sua origem, o sagrado já se preocupava com o equilíbrio do universo (SILVA, M. G., 2013). O equilíbrio é propriedade da complexidade, que se torna imprescindível, pois a sustentabilidade da biosfera se baseia na sua capacidade de reciclagem material.

Nesse viés, a educação ambiental consiste na compreensão de nível mais profundo do entorno do indivíduo. Segundo Meadows, Randers e Meadows (2007), já ocorreram duas grandes revoluções da história humana. A primeira foi a revolução agrícola que ocorreu há aproximadamente 10.000 anos, onde grupos de caçadores e coletores nômades passaram a domesticar animais, cultivar plantas e a se estabelecer em uma localidade. Esta estabilidade proporcionou a possibilidade de riqueza, *status* e comércio. A segunda grande revolução foi a revolução industrial, onde o transporte e a combustão controlada tornaram a produção mais eficientes. Neste processo, a tecnologia e comércio tomaram posições proeminentes na sociedade.

Ainda segundo estes autores, hodiernamente, com a degradação e a poluição se teria ultrapassado também a capacidade de suporte do meio ambiente global, tornando necessária uma próxima transformação: a sustentabilidade. (MEADOWS, RANDERS e MEADOWS, 2007). A sustentabilidade ecológica estaria como forma de reconstrução da ordem econômica, como uma circunstância para a sobrevivência da espécie humana e condição para um desenvolvimento durável. Isto por meio do crescimento das pessoas como cidadãos e consumidores (CEMBRANEL, 2015).

Meadows, Randers e Meadows(2007) apontam duas propriedades dos sistemas complexos relativas à transformação proposta por estes autores a partir da sustentabilidade. A primeira diz respeito ao fluxo da informação. Esta se torna relevante não em função da quantidade, mas sim em função de serem oportunas e convincentes, levando à novas metas ambientais. A outra propriedade se refere a reestruturação do sistema a partir dessas novas informações, tanto por meio de ferramentas científicas – análise racional, coleta de dados, pensamento sistêmico, modelagem computacional e textos claros, como por meio de ferramentas não científicas, a saber: rede de comunicações, sinceridade e aprendizado. Nesse contexto, a sustentabilidade, como novo paradigma, está imersa na complexidade, haja vista a ampla gama de variáveis a que está dependente para prosperar por meio da informação.

De acordo com Boufleuer in Trevisan e Rossato (2012), a educação se reveste de importância inclusive pela questão da constituição pedagógica da espécie humana, onde cada indivíduo se insere na sociedade através da educação, em que se inclui o modelo de

sala de aula disponibilizado pelas instituições de ensino atuais. Dessa forma, a espécie humana seria uma espécie que se constitui pedagogicamente, se distinguindo dos outros animais pela possibilidade de aprender com os indivíduos que os precederam no tempo. Entretanto, esse aprendizado ocorreria por meio de recriação e inovação, não por simples repetição. O aprendizado proporciona adaptação e também transformação do entorno. Em relação à constituição pedagógica da espécie humana, entendem que é de suma importância compreender a imperfeição da transmissão dos conhecimentos aos alunos, pois assim se pode fazer uso da razoabilidade para verificar o aprendizado. Isto aconteceria porque a linguagem não seria exata e nem auto-evidente, de maneira que necessita ser interpretada. Entendem que o paradigma da comunicação mostra que o *locus* da razão estaria na linguagem, que desvenda o mundo já dado.

Tratam que se o aprendizado fosse transmitido de forma perfeita, não haveria o progresso. Os conhecimentos são reformulados, de modo novo, adaptados às condições atuais do mundo. Com a competência pedagógica se constitui os padrões sociais e culturais da espécie humana, que culminaria nos modos de agir e de se expressar dos indivíduos. Afirmam que a educação deve-se considerar ainda a fragilidade da espécie humana, a qual já necessita cuidados ao nascer, os quais são dispensados à outras espécies. Essa necessidade de cuidados quanto à sobrevivência, que inicialmente são de ordem física, aos poucos se estende para a inserção social. Assim, os pais, as gerações anteriores e por fim os professores acabam por sanar esta deficiência através do auxílio no processo de aprendizagem. Portanto, a educação atuaria na formação das novas gerações, tanto na família como nas instituições, por meio de processos educativos intencionalmente estabelecidos, no encontro de educadores e educandos, ou, até mesmo, escritores e leitores (BOUFLEUER in TREVISAN e ROSSATO, 2012).

Ademais, pode-se entender por educação ambiental a atitude que tem por escopo reformular comportamentos e recriar valores perdidos ou, até mesmo jamais alcançados em relação aos recursos naturais. A educação para uma vida sustentável envolve uma pedagogia centrada na compreensão da vida, uma experiência de aprendizagem no mundo real que supere a alienação da natureza e reative o senso de participação, além de um currículo que ensine aos indivíduos os princípios básicos da sustentabilidade. A natureza se pauta no fundamento de que a vida, desde o seu início há mais de três bilhões de anos, não conquistou o planeta pela força, e sim através de cooperação, parcerias e trabalho em rede. Ademais, os resíduos de uma espécie são o alimento de outra. A matéria circula constantemente pelos seres vivos (CAPRA, 2006). Logo, os seres humanos também fazem parte deste sistema aberto e complexo e não são alheios às transformações e degradações que o ambiente sofre. Tal visão está de acordo com a reforma do pensamento vislumbrada por Edgar Morin.

Com este pensamento, infere-se que a educação ambiental deve ser promovida em todos os níveis de ensino. No Brasil, a Política Nacional de Educação Ambiental está disciplinada na Lei 9.795/1999. De acordo com esta Lei:

Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

A educação ambiental é direito de todos. Em contrapartida, vários entes possuem responsabilidades quanto à esta, como se observa na Lei 9.795/99:

Art. 3º Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo:

I - ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

II - às instituições educativas, promover a educação ambiental de maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem;

III - aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - Sisnama, promover ações de educação ambiental integradas aos programas de conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

IV - aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;

V - às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente;

VI - à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais.

A educação ambiental também é compreendida como um processo, de maneira que não pode ser instalada apenas como uma disciplina específica, mas deve estar implícita em todas as ações educativas, inserida em uma visão sistêmica e não compartimentada, assim pressupõe a interdisciplinaridade.

Os objetivos da educação ambiental estão dispostos no Art. 4º da Lei 9.795/99:

I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo;

II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade;

III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;

IV - a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais;

V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo;

VI - a permanente avaliação crítica do processo educativo;

VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais;

VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

Atualmente se entende que educação ambiental promove a consciência ambiental, mas por outro lado não seria tarefa fácil educar para a sustentabilidade ambiental, pois a educação ambiental estimula mudanças nos hábitos culturais, sociais e econômicos. Desta forma, a discussão ambiental estaria além de ensinar apenas questões simples. Nesse sentido, Sá e Makiuchi (2003, p. 109) relacionam educação e gestão ambiental, sendo que quanto à esta última afirmam que se trata de: *"Garantir a mobilização da diversidade de atores (poder público e sociedade civil) organizados e não-organizados. Gestão participativa: legitimar espaços democráticos de negociação"*.

Entre os temas tratados na educação superior no Brasil se destaca a educação ambiental, não só pela previsão legal deste ensino em todos os níveis, conforme prevê o inciso I, do art. 3º, da Lei 9.795/99, mas também pelo caráter holístico e interdisciplinar que esta representa. Todavia existe a dificuldade de se escolher o que ensinar, pois há inúmeros temas na área ambiental e se necessita definir um eixo central do estudo dentro do currículo, de maneira à melhor sistematizá-lo (SALATI, SANTOS e KLABIN, 2006).

Nesse contexto, em que a temática ambiental possui uma ampla gama de assuntos, uma forma completa de abranger os assuntos e de sistematizá-los seria através do ensino deste tema com uma maior ênfase na doutrina e legislação dos recursos ambientais (a atmosfera, as águas, o solo, a fauna e a flora, conforme classificado no inciso V, do art. 3º, da Lei 6.938/81), de maneira a obter maior eficiência no ensino. Segundo Cunha (2003, p. 105), doutrina constitui o: *"conjunto de proposições autorizadas expressando uma concepção sobre determinado tema"*.

Na atualidade, a temática ambiental está presente em discussões e meios variados, também em decorrência da abrangência e complexidade dos efeitos da poluição ambiental. Além disso, o entendimento do esgotamento dos recursos naturais não é mais considerado como uma externalidade e sim ocupa maior espaço no pensamento econômico, pois tecnologias mais eficientes de extração dos recursos ambientais aceleraram o ritmo da exploração. Importa destacar que na lei brasileira que institui a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981) está o conceito dos recursos ambientais, dentre outros importantes conceitos em matéria ambiental. Esta é a primeira grande lei sistematizadora da matéria ambiental a nível nacional.

Atualmente muitas pesquisas têm sido direcionadas a mapear experiências e práticas de educação ambiental nos sistemas de educação formal, inclusive de nível de superior. Muitos destes estudos apontam para uma percepção da educação ambiental voltada à lógica comportamental e ecológica-preservacionista, ou seja, concepção da preservação dos recursos naturais dissociada da recomposição das relações entre sociedade e natureza (SILVA, M. L., 2013).

Então, existe também a compreensão da necessidade da compreensão da educação ambiental em sentido amplo, haja vista uma crise na modernidade de conhecimento do mundo, de forma que a temática ambiental ultrapassaria a questão do esgotamento dos recursos físicos. Além disso, nas instituições de nível superior, em geral, muito se desconhece a legislação ambiental (SILVA, M. L., 2013). A própria região amazônica – grandeza nacional em diversas esferas além da ambiental, como cultural – ainda é cercada de mitos por parte da população, como bem observam e sistematizam Higuchi, M. e Higuchi, N. (2012), os quais afirmam que, entre outros, existem os seguintes mitos sobre a

região amazônica (compreensões diversas da realidade observável), como a ideia de que toda a região amazônica seria somente um grande tapete verde, coberta por florestas e igarapés ou que seria pouco populosa em toda a sua extensão.

Ainda no início da década de 2000, Reis (2001) reconhecia que, apesar da temática ambiental ser muito presente, a discussão da relação entre homem-natureza e educação superior eram superficiais. Já Morales (2007) concebe que o paradigma do conhecimento científico atual requereria uma nova atribuição das universidades, onde estas deveriam se posicionar de forma reflexiva e crítica para a integração de diferentes saberes, inclusive com maior responsabilidade no processo de produção e incorporação da dimensão ambiental nos sistemas de educação e formação profissional.

Silva, M. L. (2013, p.24) aponta que:

Verificou-se na análise da EA no ensino de graduação uma permanente compreensão vinculada ainda às disciplinas clássicas das ciências naturais, ou no máximo sua inserção nas discussões das ciências humanas pela porta de entrada da geografia ou da pedagogia, e mais recentemente do turismo, via de regra.

Hodiernamente existem outros caminhos para se abordar a educação ambiental, além das também importantes áreas da geografia e pedagogia, haja vista o nível de desenvolvimento que o conhecimento, como um todo, alcançou. Entre estes está o Direito Ambiental.

Ademais, papel de destaque ocupa a complexidade no ensino. A complexidade que atravessa os fenômenos educacionais envolve a configuração e desenvolvimento de um currículo justo, de modo a integrar a diversidade de pontos de vista e permitir a todos o acesso a saberes de maior espectro acadêmico e social, com acesso a métodos e conhecimentos científicos (ALMEIDA, LEITE e SANTIAGO, 2013).

Na entrevista ao jornal "O Globo", Morin (2014, Não paginado), discorre sobre o sistema brasileiro de ensino:

O Brasil é um país extremamente aberto a minhas ideias pedagógicas. Mas, a revolução do seu sistema educacional vai passar pela reforma na formação dos seus educadores. É preciso educar os educadores. Os professores precisam sair de suas disciplinas para dialogar com outros campos de conhecimento. E essa evolução ainda não aconteceu. O professor possui uma missão social, e tanto a opinião pública como o cidadão precisam ter a consciência dessa missão.

Torna-se fundamental considerar a dimensão da complexidade no ensino, pois, se na maior parte da história o conhecimento científico foi concebido com o objetivo de afastar a complexidade dos fenômenos, com a intenção de revelar a ordem simples a que eles obedecem, por outro lado, a simplificação do conhecimento não exprime a realidade. A complexidade, além de englobar as formas simples de pensar, recusa o reducionismo (MORIN, 2006). Desta forma, a interdisciplinaridade pode ser promissora. E como foi exposto no decorrer deste trabalho, o estudo ambiental, por intermédio do Direito Ambiental, se reveste de grande interdisciplinaridade.

A imprescindibilidade do trabalho interdisciplinar decorre da própria forma do homem produzir-se enquanto ser social e, dessa forma, sujeito e objeto do conhecimento social. Nesse sentido, os sujeitos buscam satisfazer suas necessidades de ordem biológica, intelectual, cultural, afetiva e estética, estabelecendo múltiplas relações sociais. No processo de conhecimento, a delimitação de determinado problema não pressupõe abandonar as múltiplas determinações que o constituem, onde o tecido da totalidade é parte indissociável (FRIGOTTO, 2008). Logo, o estudo da educação ambiental, pelo viés do Direito Ambiental e, especificamente, os recursos ambientais, envolve grande gama de saberes, tanto de doutrina, como de legislação, como exposto no trabalho.

Como se observa nos recursos ambientais em espécie, estes comportam vários princípios básicos da educação ambiental, dispostos na Lei 9.795/99, como o enfoque holístico (inciso I do art. 4º), a sustentabilidade (inciso II do art. 4º) e a interdisciplinaridade (inciso III do art. 4º), pois englobam conhecimentos não apenas estritamente jurídicos, mas também das Ciências Humanas e, até mesmo, de Ecologia.

Por fim, após todas as exposições bibliográficas e respectivas discussões, passa-se a conclusão do estudo. Esta etapa se pautará em realizar considerações finais que visam atingir o objetivo geral do estudo.

### **Considerações finais:**

Este pequeno estudo não teve a pretensão de esgotar os temas discutidos e sim apresentar resumidamente alguns entendimentos que tratam diretamente ou que se relacionam com a educação ambiental no Direito Ambiental.

No decorrer desta exposição, se observou que a educação ambiental, no Direito Ambiental, abarca temas que não importam apenas aos juristas, mas a todos os indivíduos, pois apresentam ampla gama de normas e ensinamentos que tratam da complexidade e interdisciplinaridade, além de se relacionar com proposições sobre o constructo teórico referente à educação proposto por Edgar Morin.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lucinalva. LEITE, Carlinda. SANTIAGO, Eliete. Um olhar sobre as políticas curriculares para formação de professores no Brasil e em Portugal na transição do século XX para XXI. **Revista Lusófona de Educação**, v. 23, p. 119-135. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/rle/n23/n23a07.pdf>>. Acesso em: 12 Maio 2023.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do século XX**. Versão brasileira da editora. 2. ed. São Paulo: Editora Fundamento Educacional, 2011.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 11 Maio 2023.

BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm)>. Acesso em: 10 Maio 2023.

CAPRA, Fritjof. Tradução de EICHEMBERG, Newton Roberval. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fritjof%20Capra-1.pdf>>. Acesso em: 12 Maio 2023.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Tese de doutorado UFRGS. **A Invenção do sujeito ecológico; sentidos e trajetórias em educação ambiental**. 2001. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/3336/000291796.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 Maio 2023.

CEMBRANEL, Priscila, Teoria da Complexidade e racionalidade ambiental: um estudo bibliométrico a cerca dos estudos de Leff e Morin. **Ciências Sociais Unisinos**, vol 2,1 nº 2, p. 144-151, maio/agosto 2015. Disponível em: <[http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias\\_sociais/article/view/csu.2015.51.2.04/4788](http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2015.51.2.04/4788)>. Acesso em: 15 Maio 2023.

Comunidade Bahá'í do Brasil. **A religião**. Disponível em: <[www.bahai.org.br/a-fe-bahai/a-religião](http://www.bahai.org.br/a-fe-bahai/a-religião)>. Acesso em 9 Maio 2023.

FRIGOTTO, Gaudêncio. A interdisciplinaridade como necessidade e como problema nas ciências sociais. **Revista de Educação e Letras da Unioeste**, v. 10, n. 1, p. 41-62, 1º sem 2008. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/ideacao/article/viewArticle/4143>>. Acesso em: 12 Maio 2023.

HIGUCHI, Maria Inês Gasparetto. HIGUCHI, Niro. **A floresta amazônica e suas múltiplas dimensões**: uma proposta de educação ambiental. 2. ed. rev. e ampl. Manaus: edição dos autores, 2012. Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/publication/271823528 A floresta e o solo](https://www.researchgate.net/publication/271823528_A_floresta_e_o_solo)>. Acesso em: 29 Maio 2023.

MATOS, Maria Cordeiro de Farias Gouveia. Panorama da educação ambiental brasileira a partir do V Fórum Brasileiro de Educação Ambiental. Dissertação de Mestrado em Educação. Rio de Janeiro: **UFRJ/ Faculdade de Educação**, 2009. Disponível em: <[http://www.educacao.ufrj.br/ppge/dissertacoes/dissertacao\\_maria\\_cordeiro\\_de\\_farias\\_gouveia\\_matos.pdf](http://www.educacao.ufrj.br/ppge/dissertacoes/dissertacao_maria_cordeiro_de_farias_gouveia_matos.pdf)>. Acesso em: 25 Maio 2023.

MEADOWS, Donella. RANDERS, Jorgen. MEADOWS, Dennis. **Limites do Crescimento**: a atualização de 30 anos. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

MORALES, Angélica Góis Müller. O processo de formação em educação ambiental no ensino superior: trajetória dos cursos de especialização. **REMEA-Revista Eletrônica do Mestrado de Educação Ambiental**, v. 18, 2013. Disponível em:

<<https://www.seer.furg.br/remea/article/view/3554/2118>>. Acesso em: 12 Nov 2020.

MORIN, Edgar. **Para sair do século XX**. Tradução de Vera Azambuja Harvei. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução do francês Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006. Disponível em:

<[http://ruipaz.pro.br/textos\\_pos/introducao\\_pensamentocomplexo.pdf](http://ruipaz.pro.br/textos_pos/introducao_pensamentocomplexo.pdf)>. Acesso em; 8 Jul 2020.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2013. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=9cnFAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=os+sete+saberes+necess%C3%A1rios+a+educa%C3%A7%C3%A3o+do+futuro&ots=ugx1NShtZz&sig=tRKEmcUqq57zmUbHLPscv8Tu3s#v=onepage&q=os%20sete%20saberes%20necess%C3%A1rios%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o%20do%20futuro&f=false>>. Acesso em: 16 Maio 2023.

MORIN, Edgar. A educação não pode ignorar a curiosidade das crianças. **O Globo**, 17 Ago 2014. Entrevista concedida a Andrea Rangel. Disponível

em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/educacao-360/a-educacao-nao-pode-ignorar-curiosidade-das-criancas-diz-edgar-morin-13631748>>. Acesso em: 2 Maio 2023.

REIS, Marília Freitas de Campos Tozzoni. Educação Ambiental: referências teóricas no ensino superior. **Interface-Comunicação, Saúde, Educação**, p. 33-50, 2001. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/30385/S1414-32832001000200003.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 12 Maio 2023.

SÁ, Lais Mourão. MAKIUCHI, Maria de Fátima Rodrigues. Cidade e natureza: tecendo redes no processo de gestão ambiental. **Sociedade e Estado**. vol.18 nº 1-2. Brasília. Jan./Dez. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922003000100006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922003000100006)>. Acesso em: 21 Maio 2023.

SALATI, Eneas; SANTOS, A. A. dos; KLABIN, Israel. Temas ambientais relevantes. **Estudos avançados**, v. 20, n. 56, p. 107-127, 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/eav/article/view/10125/11707>>. Acesso em: 20 Maio 2023.

SILVA, Bruno Pedroso Lima. A teoria da complexidade e o seu princípio educativo: as ideias educacionais de Edgar Morin. **Revista Polyphonia**, v. 22, n. 2, 2011. Disponível em <<https://www.revistas.ufg.br/sv/article/view/26682/15277>>. Acesso em: 20 Out 2020.

SILVA, Magnólia Gibson Cabral da Silva. Religião e sustentabilidade: meio ambiente e qualidade de vida. **Paralellus**, Recife, v.4,n. 8, p. 175-186, jan/jun 2013. Disponível em: <<http://www.unicap.br/ojs/index.php/paralellus/article/view/281/pdf>>. Acesso em: 20 Maio 2023.

SILVA, Marilena. L. A educação ambiental no ensino superior brasileiro: do panorama nacional às concepções de alunos (as) de pedagogia na Amazônia. **Revista Eletrônica Mestrado em Educação Ambiental**, v. especial, março de 2013. PPGEA – FURG – RS. Disponível em: <[http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/3964/A\\_educacao\\_ambiental\\_no\\_ensino\\_superior\\_brasileiro\\_do\\_panorama\\_nacional\\_às\\_concepções\\_de\\_alunos\\_\(as\)\\_de\\_pedagogia\\_na\\_Amazônia.pdf?sequence=1](http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/3964/A_educacao_ambiental_no_ensino_superior_brasileiro_do_panorama_nacional_às_concepções_de_alunos_(as)_de_pedagogia_na_Amazônia.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 12 Maio 2023.

TREVISAN, Amarildo L. ROSSATO, Noeli D. **Filosofia e educação**: interatividade, singularidade e mundo comum. Campinas: Mercado das Letras, 2012. Disponível em: <[https://www.google.com.br/search?q=TREVISAN%2C+Amarildo+L.+ROSSATO%2C+Noeli+D.+Filosofia+e+educa%C3%A7%C3%A3o%3A+interatividade%2C+singularidade+e+mundo+comum.+Campinas%3A+Mercado+das+Letras%2C+2012.&rlz=1C1VSNC\\_enBR608BR635&oq=TREVISAN%2C+Amarildo+L.+ROSSATO%2C+Noeli+D.+Filosofia+e+educa%C3%A7%C3%A3o%3A+interatividade%2C+singularidade+e+mundo+comum.+Campinas%3A+Mercado+das+Letras%2C+2012.&aqs=chrome..69i57.992j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.br/search?q=TREVISAN%2C+Amarildo+L.+ROSSATO%2C+Noeli+D.+Filosofia+e+educa%C3%A7%C3%A3o%3A+interatividade%2C+singularidade+e+mundo+comum.+Campinas%3A+Mercado+das+Letras%2C+2012.&rlz=1C1VSNC_enBR608BR635&oq=TREVISAN%2C+Amarildo+L.+ROSSATO%2C+Noeli+D.+Filosofia+e+educa%C3%A7%C3%A3o%3A+interatividade%2C+singularidade+e+mundo+comum.+Campinas%3A+Mercado+das+Letras%2C+2012.&aqs=chrome..69i57.992j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8)>. Acesso em: 9 Maio 2023.

## ESTUDO DO CASO ALYNE S. PIMENTEL TEIXEIRA VS. BRASIL

**LARISSA FRANÇA FERRAZ:** Bolsista CNPq e Mestranda do Núcleo de Direito Constitucional da PUC-SP

**RESUMO:** O presente trabalho consiste em um estudo do caso Alyne S. Pimentel contra o Estado Brasileiro, perante o Comitê CEDAW das Nações Unidas. Trata-se de um caso de Alyne S. Pimentel, mulher que estava grávida e que faleceu devido ao negligente atendimento de saúde recebido. A análise aborda as normativas, os procedimentos legais e as implicações do caso, destacando a violação dos direitos das mulheres no âmbito da saúde reprodutiva e da mortalidade materna. A partir deste estudo, compreende-se a complexa intersecção entre discriminação de gênero, acesso à saúde e violações de direitos humanos, tendo em vista que o caso Alyne S. Pimentel ilustra os desafios enfrentados pelas mulheres, em especial, no exercício do seu direito à maternidade, especialmente em contextos de recursos limitados. Além disso, o estudo ressalta o importante papel dos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos, como o Comitê CEDAW, na responsabilização dos Estados e na luta pela proteção dos direitos das mulheres. Portanto, este trabalho reflete sobre as intersecções entre gênero, maternidade, saúde e direitos humanos no cenário brasileiro, bem como suas implicações no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: 1. Caso Alyne S. Pimentel. 2. Comitê CEDAW. 3. Direito à saúde. 4. Maternidade. 5. Discriminação. 6. Gênero.

**ABSTRACT:** This paper consists in a study of the case of Alyne S. Pimentel versus the Brazilian State, submitted to the CEDAW Committee of the United Nations. The case involves Alyne S. Pimentel, a pregnant woman who died as a result of the negligent health assistance she received. The analysis discusses the legal proceedings and the implications of the case, highlighting the violation of women's rights in the area of reproductive health and maternal mortality. This study provides an understanding of the complex intersection between gender discrimination, access to health care and human rights violations, considering that the Alyne S. Pimentel case illustrates the challenges faced by women, in particular, when they want to exercise their right to motherhood, especially in contexts of limited resources. In addition, the study highlights the important role of international human rights protection mechanisms, such as the CEDAW Committee, in making states responsible and fighting for the protection of women's rights. Therefore, this paper is focused on the intersections between gender, maternity, health and human rights in the Brazilian scenario, as well as their implications in the international human rights protection system.

Keywords: 1. Alyne S. Pimentel case. 2. CEDAW Committee. 3. Health. 4. Maternity. 5. Discrimination. 6. Gender.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em um estudo do caso *Alyne S. Pimentel Teixeira vs. Brasil*, mulher brasileira, gestante, negra e pobre, vítima de omissão em atendimento realizado em clínica de saúde privada no Rio de Janeiro. Seu caso foi levado ao Comitê CEDAW, através de uma denúncia realizada em nome de sua genitora.

A decisão emitida pelo Comitê foi considerada paradigmática, visto que trouxe discussões acerca dos direitos humanos das mulheres relacionadas à mortalidade materna. Foi a primeira decisão sobre o tema no mundo e a primeira no Brasil.

Para entender este caso, é necessário discutir tanto o contexto do país, como os fatos que ensejaram na morte de Alyne. Após entender quais foram as omissões sofridas por ela, torna-se necessário compreender o que é a Convenção CEDAW, assim como a força de observações e decisões emitidas por órgãos quase-judiciais, principalmente do Comitê CEDAW, foco deste trabalho.

Por fim, depois de compreender os fatos apresentados (item 2) e o recorte feito no âmbito do Direito Internacional Público (item 3), o trabalho buscara discutir a decisão emitida pelo Comitê CEDAW no caso Alyne Pimentel, com o objetivo de entender o motivo de ser considerada paradigmática (item 4 e 5).

## 2. CONTEXTO DO CASO

No Brasil, a mortalidade materna tem sido motivo de preocupação das autoridades de saúde, em nível federal, estadual e municipal. 29 Em pesquisa publicada no ano de 2004, pela Revista Brasileira Epidemiol, acerca da mortalidade nas capitais brasileiras, foi explicitada a necessidade de melhoria da assistência às mulheres brasileiras grávidas, durante o pré-natal, o parto e o período puerperal, de acordo com os dados citados a seguir:

A presente pesquisa apontou que 67,1% das mortes maternas foram decorrentes de causas obstétricas diretas. Quanto aos diagnósticos específicos, predominaram os transtornos hipertensivos, com quase 25%, praticamente a mesma proporção correspondente às causas obstétricas indiretas. Somente a doença hipertensiva específica da

---

29SILVA, B. G. C. D. et al. Mortalidade materna no Brasil no período de 2001 a 2012: tendência temporal e diferenças regionais. REV BRAS EPIDEMIOL: Jul-Set 2016, Pelotas, RS, Brasil, p. 484-493. Página 484. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-5497201600030002>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

gravidez (pré-eclampsia e eclampsia) totalizou 37% de todas as mortes obstétricas diretas.

As complicações hemorrágicas, particularmente devidas a placenta prévia e descolamento prematuro da placenta, e outras hemorragias foram responsáveis por 9,0% do total e 13,3% das mortes obstétricas diretas (Tabela 4). [...]

Embora no Brasil mais de 90% dos partos ocorram em hospitais e, em algumas regiões, cheguem praticamente a 100%, está claro que o que precisa melhorar - e muito - é a assistência, aí incluídos os cuidados de pré-natal e uma adequada atenção ao parto e ao puerpério imediato.<sup>30</sup> (Grifos nossos).

Ainda no início dos anos 2000, a Declaração do Milênio editada pela Organização das Nações Unidas, apontou “a melhoria da saúde da mulher” - sendo um dos componentes a redução da mortalidade infantil - em quinto lugar no rol de “objetivos de desenvolvimento do MILÊNIO”.<sup>31</sup> Tal meta busca, especificamente, a redução da taxa de mortalidade materna (número de mortes maternas por 100.000 nascidos vivos) em 75% até o ano de 2015. <sup>32</sup>Por este e outros motivos, a própria OMS passou a recomendar de novos métodos, com o objetivo de estimar, de forma mais fidedigna, a mortalidade materna.<sup>33</sup>

---

30 LAURENTI, Ruy; JORGE, M. H. P. D. M; GOTLIEB, S. L. D. A mortalidade materna nas capitais brasileiras: algumas características e estimativa de um fator de ajuste. \*Parte do “Estudo de mortalidade de mulheres de 10 a 49 anos, com ênfase na mortalidade materna”. Financiamento do Ministério da Saúde, OPS/OMS, USP e CNPq.. Revista Bras Epidemiol; 2004(4): p. 449-60. Página 457. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1415-790X2004000400008>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

31 SILVA, B. G. C. D. et al. Mortalidade materna no Brasil no período de 2001 a 2012: tendência temporal e diferenças regionais. REV BRAS EPIDEMIOL: Jul-Set 2016, Pelotas, RS, Brasil, p. 484-493. Página 484. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-5497201600030002>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

32 CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. ALYNE V. BRASIL. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil. Página 1. Disponível em: <[http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC\\_Alyne\\_Factsheet\\_Portuguese\\_10-24-14\\_FINAL.pdf](http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10-24-14_FINAL.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

33 LAURENTI, Ruy; JORGE, M. H. P. D. M; GOTLIEB, S. L. D. A mortalidade materna nas capitais brasileiras: algumas características e estimativa de um fator de ajuste. \*Parte do “Estudo de mortalidade de mulheres de 10 a 49 anos, com ênfase na mortalidade materna”. Financiamento do Ministério da Saúde, OPS/OMS, USP e CNPq.. Revista Bras Epidemiol; 2004(4): p. 449-60. Página 458. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1415-790X2004000400008>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

Foi, dentro desta alarmante realidade, que se deu a morte de Alyne da Silva Pimentel Teixeira, jovem mulher de 28 anos, brasileira, casada, negra, nascida em 29 de setembro de 1974, mãe de uma menina de 5 anos.<sup>34</sup> Quando estava no sexto mês da gestação de sua segunda filha, em 11 de novembro de 2002, Alyne apresentou severas náuseas e dores abdominais, motivo pelo qual se dirigiu à Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória, clínica particular situada em Belford Roxo, na cidade do Rio de Janeiro. A médica que realizou seu atendimento apenas prescreveu algumas medicações e agendou exames de rotina (de sangue e urina) para o dia 13 de novembro de 2002, dando alta à paciente.<sup>35</sup>

Porém, ainda no mesmo dia do atendimento, o quadro da paciente passou a apresentar grande piora, razão pela qual ela retornou ao local, com sua genitora, no dia 13 de novembro de 2002, a fim de solicitar ao médico que a examinasse antes de realizar os exames agendados.

O médico atendeu ao seu pedido, admitindo-a às 8h25min no centro de saúde<sup>36</sup>. Já na maternidade da clínica, outro médico examinou Alyne, oportunidade em que o batimento cardíaco fetal não foi detectado, mas o diagnóstico foi confirmado apenas às 11h, após ser submetida a um exame de ultrassom. Os médicos do centro de saúde informaram Alyne sobre a necessidade de indução do parto do feto morto, que ocorreu apenas por volta das 14h, resultando em um feto natimorto – procedimento que ocorreu apenas às 19h55min.<sup>37</sup>

No dia seguinte, cerca de 14 horas após a realização do parto, Alyne foi submetida a uma curetagem para remover partes da placenta e restos do feto. Logo após, o seu quadro passou a piorar: a paciente apresentava sangramento severo, vômitos, pressão

---

34 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.1 da decisão. Disponível em: <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsujVF1NesLff7bP5A183yaxYNfEuSjv%2bsPMFbOwNvooER3QMf6nnc9%2bKNjX9vBqlze0YIEQBB7O%2bHuDvuiCs%2fpLTjaxQvHxIvIz4F5yrqNbq4Zf1ovQyOeOTij9ArkQ89z1diNGT%2fQOk5AnLOyHY%3d>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

35 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.2 da decisão.

36 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.3 da decisão.

37 CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. ALYNE V. BRASIL. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil. Página 2. Disponível em: <[http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC\\_Alyne\\_Factsheet\\_Portuguese\\_10-2414\\_FINAL.pdf](http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10-2414_FINAL.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

37 Idem.

sanguínea baixa, desorientação prolongada e fraqueza física esmagadora, que a incapacitava de comer. Mesmo com essa latente piora, a clínica garantiu que Alyne estava bem, por telefone, aos seus familiares.<sup>38</sup>

No dia 15 de novembro, a paciente apresentava constante desorientação e pressão sanguínea baixa, ainda vomitava e sangrava, possuindo dificuldade de respirar. A equipe do centro de saúde realizou uma punção abdominal, mas não encontrou sangue, razão pela qual a paciente recebeu oxigênio e diversos medicamentos, como antibióticos.<sup>39</sup> Ao serem questionados pela genitora de Alyne, os médicos comunicaram-na sobre a necessidade de se realizar uma transfusão sanguínea. Além disso, explicaram que os sintomas apresentados pela paciente se assemelhavam aos de uma mulher que nunca havia recebido atendimento pré-natal e pior ainda: *a equipe médica solicitou à genitora seus prontuários pré-natais porque não conseguiram encontrá-los*.<sup>40</sup>

Diante da necessidade de atendimento hospitalar, a equipe médica de clínica passou a entrar em contato com hospitais públicos e privados com instalações a fim de transferir a paciente. Foi constatado que o único hospital que possuía vaga era o Hospital Municipal Geral de Nova Iguaçu, mas ele recusou-se a usar sua única ambulância para transportar a paciente. Como a família de Alyne não possuía condições financeiras para arcar com os custos de uma ambulância privada, a paciente esperou por mais 8 horas até ser transportada de ambulância para o hospital, apresentando evidentes sintomas clínicos de coma nas últimas horas.<sup>41</sup>

A paciente chegou ao supracitado hospital apenas às 21h45min do dia 15 de novembro, apresentando hipotermia e falta de ar, com quadro compatível com a coagulação intravascular disseminada. Já no hospital, Alyne ainda precisou aguardar por um leito, pois não havia nenhum disponível.<sup>42</sup> Além disso, seus prontuários médicos não

---

38 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.6 da decisão.

39 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.7 da decisão.

40 Idem.

41 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.8 da decisão.

42 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.9 da decisão.

foram disponibilizados e, para os médicos plantonistas entenderem seu quadro, os funcionários da clínica apenas fizeram um breve relato oral.<sup>43</sup>

No dia seguinte, dia 16 de novembro de 2002, ao visitar Alyne, sua genitora deparou-se com a paciente com sangue em sua boca e roupas, apresentando palidez. A equipe do hospital solicitou que a genitora da paciente se dirigisse ao centro de saúde, a fim de que obtivesse os registros médicos de Alyne. Ao chegar na clínica, foi indagada sobre a real necessidade do prontuário e, ainda, precisou permanecer no local aguardando.<sup>44</sup>

Às 19h do dia 16 de novembro, depois de *21 horas sem receber assistência médica*,<sup>45</sup> Alyne veio à óbito, sua autópsia apontou que ela morreu de hemorragia gastrointestinal/ digestiva resultante do parto do feto morto.<sup>46</sup> Apenas no dia seguinte ao de sua morte, em 17 de novembro, que a genitora de Alyne, ao ser chamada no hospital para acessar os registros médicos, teve conhecimento de que a morte de sua filha se deu porque o feto permaneceu morto em seu útero por vários dias.<sup>47</sup>

Diante de extrema indignação, a família de Alyne ajuizou ação no âmbito nacional, em 11 de fevereiro de 2002<sup>48</sup>, com o objetivo de obter indenização por danos morais para seu marido e sua filha, que na época possuía apenas 5 anos. Apenas em dezembro de 2013, depois de dez anos, que o juiz de primeira instância deu provimento à ação, concedendo danos morais e pensão retrativa para sua filha, desde a data de morte de Alyne, até o

---

43 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.10 da decisão.

44 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.10 da decisão.

45 CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. ALYNE V. BRASIL. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira ("Alyne") v. Brasil. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira ("Alyne") v. Brasil. Página 2. Disponível em: <[http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC\\_Alyne\\_Factsheet\\_Portuguese\\_10-2414\\_FINAL.pdf](http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10-2414_FINAL.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

46 SENADO NOTÍCIAS. Entenda o caso Alyne: Agência Senado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/14/entenda-o-caso-alyne>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

47 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.13 da decisão.

48 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 2.14 da decisão.

aniversário de 18 anos dela<sup>49</sup>. Mas a referida decisão não reconheceu responsabilidade direta do Estado pela assistência de saúde de má qualidade prestada pela clínica.<sup>50</sup>

Mas a família não ficou inerte, esperando a decisão e, logo em novembro de 2007, *quatro (4) anos depois que a supracitada ação foi proposta*, o Centro por Direitos reprodutivos e a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos interpuseram uma denúncia perante o Comitê CEDAW, em nome da genitora de Alyne, arguindo que o Brasil havia violado o direito de Alyne ao acesso à justiça, à saúde sem discriminação e seu direito à vida<sup>51</sup> - direitos elencados, respectivamente, nos artigos 2, 12 e 1 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.<sup>52</sup>

Para compreender os fundamentos desta denúncia e sua consequente decisão do Comitê CEDAW, emitida em 2011, faz-se necessário discutir, previamente, acerca da referida convenção e a adesão a este Comitê pelo Estado brasileiro.

### **3. CONVENÇÕES “ONUSIANAS” E SEUS COMITÊS**

#### **3.1. Breve discussão sobre os *treaty bodies* e o “sistema onusiano”**

Nota-se, hoje, uma intensa atividade de interpretação de direitos humanos desenvolvida por órgãos criados por tratados internacionais de direitos humanos elaborados pela Organização das Nações Unidas. Estes tratados, além do rol de direitos protegidos, determinam a criação de órgãos de supervisão e controle do cumprimento, pelos Estados, das obrigações previstas.<sup>53</sup>

Sendo assim, cada uma das nove convenções elaboradas pela ONU, tais como a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra

---

<sup>49</sup> CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. ALYNE V. BRASIL. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil. Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil. Página 2. Disponível em: <[http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC\\_Alyne\\_Factsheet\\_Portuguese\\_10-2414\\_FINAL.pdf](http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10-2414_FINAL.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> ONU. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 18 de dezembro de 1979, Assembleia Geral, Resolução 34/180, Documento da ONU: A/34/46, U.N.T.S. 13. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw1.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

<sup>53</sup> RAMOS, A. D. C. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 3. ed. [S.l.]: Saraiva Educação, 2013, p. 87.

a Tortura 54, estabeleceram seus próprios comitês, os quais também podem ser denominados *treaty bodies*.

Estes comitês podem ser definidos, de acordo com André de Carvalho Ramos, como *colegiados compostos por especialistas independentes, que têm, a princípio, a competência de examinar relatórios dos Estados e da sociedade civil organizada sobre a situação dos direitos protegidos em cada tratado, podendo exarar, após análise, recomendações. Ainda, podem elaborar recomendações gerais* – também denominadas de *observações gerais* – sobre a *interpretações dos direitos protegidos*, sendo que tais documentos *são considerados repertório precioso sobre o alcance e o sentido das normas de direitos humanos*.<sup>55</sup>

Neste sentido, como forma de supervisão da obrigação internacional primária de respeito aos direitos humanos, a entrega de relatórios tornou-se obrigação internacional, a qual foi assumida por estes nove relevantes tratados de proteção de direitos humanos.<sup>56</sup> Os *treaty bodies* exercem, portanto, o chamado monitoramento internacional das obrigações de respeito e garantia de direitos humanos contraídas pelos Estados.<sup>57</sup>

Além deste monitoramento, também se tornou crescente a adesão dos Estados a mecanismos internacionais ou quase judiciais<sup>58</sup> que *analisam* petições de vítimas de violação de direitos humanos, *interpretam* o direito envolvido e *determinam* reparações adequadas, que devem ser cumpridas pelos Estados. <sup>59</sup>

Portanto, em matérias de direitos humanos, o direito internacional caminha para uma fase, que pode ser considerada uma tendencia tanto necessária quanto positiva, oferecendo às vítimas de violações de direitos humanos mecanismos como o da petição

---

54 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba; MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. . 20. ed. [S.l.]: Saraiva, 2012. p. 720.

55 Idem.

56 RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de Direitos Humanos. Ponto 2. Livro disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=IkFnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=org%C3%A3os+quase+judiciais+comites+onu&ots=4Zi3t1bPoa&sig=wTiJU8Jlr1MN1et0OYeGekae2Wg#v=onepage&q=org%C3%A3os%20quase%20judiciais%20comites%20onu&f=false>>.

57 RAMOS, André de Carvalho. Teoria- geral dos direitos humanos na ordem internacional. P.88

58 De acordo com André de Carvalho Ramos, os Comitês são considerados “mecanismos quase judiciais”. Processo internacional de Direitos Humanos, em seu ponto 3.

59 RAMOS, A. D. C. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 3. ed. [S.l.]: Saraiva Educação, 2013, p. 216.

desses Comitês internacionais. 60 No curso do procedimento de análise das petições das vítimas, tais órgãos devem interpretar as normas de direitos humanos pretensamente violadas pelo Estado. 61

Para que os *treaty bodies* exerçam essa função, torna-se necessário a ratificação, pelo Estado, de cláusulas facultativas dos próprios tratados ou de protocolos adicionais.<sup>62</sup> Ou seja, os novos tratados “*onusiaos*” de direitos humanos possuem previsão fundada em protocolo ou em declaração facultativa.

Para a compreensão do *Caso Alyne Pimentel vs. Brasil*, deve ser destacado o Comitê da Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que é o órgão incumbido de monitorar o cumprimento pelos Estados-parte da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), adotada pela ONU em 1979, <sup>63</sup> sendo que a competência do CEDAW foi prevista em protocolo facultativo.

O Brasil, mesmo tendo ratificado a Convenção, ratificou seu Protocolo Adicional apenas em 28 de junho de 2002, 18 anos depois. Com esta ratificação, foi facultado ao Comitê examinar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição do Estado- parte, que afirmem ser vítimas de violação de qualquer um dos direitos abordados pela Convenção CEDAW<sup>64</sup> no Brasil.

Ressalta-se que, para submissão de violações ao Comitê CEDAW, é requisito de admissibilidade que os recursos internos tenham sido esgotados; o processo interno tenha ultrapassado os prazos razoáveis; e que seja improvável que o Estado conduza a lide para um desfecho positivo e efetivo para o requerente. <sup>65</sup>

### **3.2. Convenção CEDAW (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres) e Comitê CEDAW**

---

60 ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba; MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. . 20. ed. [S.I.]: Saraiva, 2012. p. 719.

61 RAMOS, A. D. C. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 3. ed. [S.I.]: Saraiva Educação, 2013, p.89.

62 Idem.

63 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 2ª Edição, página 760.

64 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 2ª Edição, página 761.

65 Idem.

Alguns pontos da Convenção CEDAW e de seu Comitê merecem destaque. Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979 e em vigor desde 1981, é o *primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos das mulheres*<sup>66</sup> e foi ratificado pelo Brasil em 1 de fevereiro de 1984.

Trata-se do primeiro tratado *internacional de direitos humanos das mulheres com força vinculante*, podendo ser considerado uma "*Carta Magna dos direitos das mulheres*". A adoção da convenção foi resultado de décadas de esforços internacionais visando proteger e promover os direitos das mulheres de todo o mundo. Neste sentido, Silvia Pimentel destaca que o tratado:

Resultou de iniciativas tomadas dentro da Comissão de Status da Mulher (CSW, sigla em inglês), órgão criado dentro do sistema das Nações Unidas, em 1946, com o objetivo de analisar e criar recomendações de formulações de políticas aos vários países signatários da Convenção, visando aprimorar o status da mulher.

Baseada em provisões da Carta das Nações Unidas – que afirma expressamente os direitos iguais de homens e mulheres – e na Declaração Universal dos Direitos Humanos – que declara que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza – a Comissão preparou, entre os anos de 1949 e 1962, drafts de uma série de tratados internacionais [...].

Em 1965, a Comissão se empenhou nos preparativos do que viria a se tornar, em 1967, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Esta Declaração incluía em um único instrumento legal padrões internacionais que articulavam direitos iguais a homens e mulheres. A declaração, entretanto, foi adotada como uma resolução e não como um tratado, carecendo de força vinculante"<sup>67</sup> (Grifos nossos).

A Convenção foi adotada pela Assembleia Geral apenas em 1979 e, com os seus 30 artigos, almeja a *igualdade* de direitos entre homens e mulheres, tratando do princípio

---

<sup>66</sup> PIMENTEL, Silvia. Experiência e Desafios. Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, página 15.

<sup>67</sup> Idem, páginas 15 e 16.

da igualdade, seja como uma obrigação vinculante, seja como um objetivo.<sup>68</sup> Ela se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. De acordo com Silvia Pimentel, que integrou o Comitê CEDAW por 12 anos<sup>69</sup>, são duas as frentes propostas pela convenção: a de promover os direitos das mulheres na busca por igualdade de gênero e a de reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-partes.<sup>70</sup>

Dentre os direitos reconhecidos, tem-se os direitos políticos na esfera pública, direitos das mulheres rurais, direito à igualdade perante a lei, direito à educação, emprego, segurança social, vida socioeconômica e cultural, e a *saúde* (artigos 7 a 8).

Ademais, como dito anteriormente (subitem 3.1.), foi necessário a proposta de introdução do mecanismo de petição individual, mediante a elaboração de um Protocolo Facultativo à Convenção, na medida em que tal mecanismo constitui o sistema mais eficiente de monitoramento dos direitos humanos internacionalmente enunciados.<sup>71</sup> O Protocolo entrou em vigor, portanto, em 22 de dezembro de 2001, tendo sido ratificado pelo Brasil em 28 de junho de 2002.<sup>72</sup>

De acordo com Flávia Piovesan, o Protocolo revitaliza e revigora a gramática internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres, constituindo uma real garantia voltada a assegurar o pleno e equânime exercício dos direitos humanos das mulheres e sua não discriminação.<sup>73</sup>

O Comitê CEDAW é, portanto, o órgão de monitoramento da atuação dos vários países quanto ao cumprimento dos preceitos da Convenção CEDAW e representa um mecanismo de acesso ao sistema global (ONU), previsto pela própria Convenção, no artigo 17.<sup>74</sup> Dentre as funções do Comitê fruto deste tratado, tais como monitoramento do cumprimento da Convenção CEDAW, redação de recomendações gerais, recebimento de

---

68 PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 30 Jun 2021. P.434.

69

70 PIMENTEL, Silvia. *Experiencia e Desafios. Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, página 15.

71 PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 30 Jun 2021. P.439.

72 Idem, página 440.

73 PIOVESAN, Flávia. Idem, página 440.

74 PIMENTEL, Silvia. *Experiencia e Desafios. Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, página 16.

relatórios dos Estados-Parte e relatórios da sociedade civil, *destaca-se o recebimento de denúncias individuais, tal qual a denúncia do caso da Alyne S. Pimentel Teixeira.*

#### 4. DENÚNCIA E DECISÃO DO CASO ALYNE S. PIMENTEL

Os fundamentos da denúncia apresentada versaram, em síntese, sobre a violação ao direito, à saúde e à vida, a ineficiência de prestação jurisdicional que garantisse a proteção de Alyne Pimentel e sua família contra a discriminação de gênero sofrida, e a sistêmica condição de discriminação de gênero e violação do direito à saúde das mulheres pela ineficiência dos serviços médicos prestados.<sup>75</sup>

Em primeiro lugar, a fim de que fosse recebida pelo Comitê CEDAW, a denúncia apresentada ao Comitê CEDAW, pelo Centro por Direitos reprodutivos e pela Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos, em nome da genitora de Alyne, fundamentou-se no artigo 2 (c) da Convenção, o qual diz:

Os Estados-parte condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a: [...]

c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;<sup>76</sup>(grifos nossos).

Ou seja, diante do compromisso assumido com a ratificação da Convenção CEDAW, o Estado brasileiro deveria ter garantido medidas legais, sem demora, ao processo ajuizado pela sua família perante o Poder Judiciário do país.

Em segundo lugar, a denúncia argumentou que a morte de Alyne *decorreu do não cumprimento de obrigações de assistência médica previstos no artigo 12 da Convenção*, ou seja, o Brasil não garantiu o acesso a tratamento de qualidade durante a gravidez e durante o parto, em tempo hábil, *descumprindo o décimo segundo artigo da Convenção*, que diz:

---

75 CATOIA, C. D. C.; SEVERI, Fabiana Cristina; FIRMINO, I. F. C. Caso "Alyne Pimentel": Violência de Gênero e Interseccionalidades. Revista Estudos Feministas, Florianópolis 28(1), p. 5. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n160361>>. Acesso em: 1 jul 2021.

76 ONU. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres.

1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-parte garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.<sup>77</sup>

Com efeito, o artigo 12 da Convenção CEDAW obriga os Estados-parte a tomar todas as medidas apropriadas na esfera da atenção médica, inclusive na esfera da planificação familiar, bem como a garantir serviços em relação à gravidez, parto e pós-parto.<sup>78</sup> Cabe destacar que, de acordo com a *Recomendação Geral nº 24* do Comitê, os Estados-Parte devem priorizar a redução das taxas de mortalidade materna através de serviços e assistência adequados durante o pré-natal e o parto.<sup>79</sup>

Por fim, a denúncia apontou que existem diversos estudos sobre mortalidade materna no Brasil, que identificaram que uma das principais razões para a alta taxa de mortalidade é a baixa qualidade dos serviços de saúde em casos de emergências obstétricas. A autora ressalta que a incompetência e a negligência dos prestadores de serviços de saúde e a falta de tempo hábil aos serviços foram fatores determinantes em sua morte.

O *Estado brasileiro*, em resposta ao Comitê, negou a causa da morte de Alyne Pimentel como morte materna sob o argumento de que o Comitê de Mortalidade Materna do Rio de Janeiro, em investigação do caso, concluiu que a causa de morte de Alyne Pimentel foi uma hemorragia digestiva.<sup>80</sup> Em relação à demora da prestação jurisdicional, o Estado brasileiro sustentou que todas as medidas cabíveis estavam sendo prontamente

<sup>77</sup> ONU. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres.

<sup>78</sup> PIMENTEL, Silvia. Experiencia e Desafios. Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, página 52.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> Idem.

cumpridas e que uma decisão definitiva de mérito era esperada para julho de 2008,<sup>81</sup> o que não ocorreu, conforme relatado anteriormente (item 2).

Em sua decisão, o Comitê CEDAW decidiu que o Estado brasileiro violou as obrigações do artigo 12 (acesso à saúde), artigo 2º, c (acesso à justiça), juntamente com o artigo 1º da Convenção, lidos em conjunto com as Recomendações Gerais nº 24 e 28 da CEDAW.<sup>82</sup>

Para o Comitê, a morte de Alyne foi materna<sup>83</sup>, ou seja, a sequência de eventos descritos na denúncia indicou que a sua morte foi ligada a complicações obstétricas relacionadas à gravidez.<sup>84</sup> Por isso, o Caso Alyne Pimentel se destaca, uma vez que foi a primeira vez que o Comitê CEDAW aceitou uma denúncia sobre mortalidade materna, embora já tivesse apreciado outros temas envolvendo a discriminação contra mulher.<sup>85</sup>

Por outro lado, também pode ser considerado um caso paradigmático, pois ensejou a primeira condenação do Brasil no sistema contencioso quase judicial da ONU<sup>86</sup>. O Comitê entendeu que Alyne não teve acesso à serviços necessários ao seu quadro de saúde<sup>87</sup> e considerou que o Brasil falhou em seu dever de monitorar as instituições privadas no que se refere aos serviços médicos por elas prestados<sup>88</sup>, principalmente por não atender às necessidades de saúde específicas de Alyne.

Neste sentido, o Comitê entendeu que o Estado brasileiro falhou em não adotar um enfoque interseccional nos serviços a ela prestados<sup>89</sup>, uma vez que Alyne foi

---

<sup>81</sup> Ibidem

<sup>82</sup> CATOIA, C. D. C.; SEVERI, Fabiana Cristina; FIRMINO, I. F. C. Caso "Alyne Pimentel": Violência de Gênero e Interseccionalidades. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis 28(1), p. 6. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n160361>>. Acesso em: 1 jul 2021.

<sup>83</sup> CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 7.2 da decisão. Ponto 7.2.

<sup>84</sup> CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 7.3 da decisão.

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2ª Edição, página 762.

<sup>87</sup> CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 7.4 da decisão. Ponto 7.4.

<sup>88</sup> CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 7.4 da decisão.

<sup>89</sup> CATOIA, C. D. C.; SEVERI, Fabiana Cristina; FIRMINO, I. F. C. Caso "Alyne Pimentel": Violência de Gênero e Interseccionalidades. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis 28(1), p. 6. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n160361>>. Acesso em: 1 jul 2021.

discriminada não só por ser mulher, mas também por sua raça e pela sua condição socioeconômica. 90 Por fim, o comitê apontou a falha do Brasil em cumprir com suas obrigações de assegurar ação judicial e proteção efetivas. 91

Como recomendações, o Comitê apontou a necessidade de uma reparação financeira adequada à genitora e filha de Alyne. Já em sentido geral, recomendou que o Estado deveria assegurar os direitos à maternidade segura e ao acesso de cuidados obstétricos adequados, conforme a *Recomendação Geral nº 24 do Comitê, que versa sobre saúde e mulheres*.<sup>92</sup> A recomendação também destacou o dever do Estado de eliminar a discriminação no acesso aos cuidados de saúde, o que inclui a responsabilidade de levar em conta a maneira pela qual os fatores sociais, que podem variar entre as mulheres, determinam o estado de saúde.<sup>93</sup>

Por fim, o Comitê destacou a necessidade de o Estado oferecer treinamento adequado aos profissionais de saúde, como forma de garantir os direitos de saúde reprodutiva da mulher – durante a gravidez, o parto e o atendimento de emergenciais, e de assegurar que as instalações e serviços privados de saúde atendam padrões nacionais e internacionais. Além disso, elencou a necessidade de se garantir recursos judiciais eficazes à vítima, caso haja violação de tais direitos, e, também, de sanções adequadas aos agentes de saúde responsáveis pelas violações.<sup>94</sup>

Portanto, além de ser a primeira e única condenação do país proferida por um órgão do Sistema Universal dos Direitos Humanos, também conhecido como “sistema global” ou “sistema onusiano”,<sup>95</sup> esta decisão traz importantes ensinamentos ao Estado brasileiro, uma vez que a mortalidade materna é uma questão de saúde pública alarmante e que precisa da atenção dos poderes públicos.

---

90 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 7.7 da decisão.

91 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 7.8 da decisão.

92 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 8.2 da decisão. Ponto 8.2.

93 CATOIA, C. D. C; SEVERI, Fabiana Cristina; FIRMINO, I. F. C. Caso “Alyne Pimentel”: Violência de Gênero e Interseccionalidades. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis 28(1), p. 9. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n160361>>. Acesso em: 1 jul 2021.

94 CEDAW. Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil. CEDAW/C/49/D/17/2008. Ponto 8.2 da decisão.

95 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2ª Edição, página 763.

## 5. CONCLUSÃO

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres tornou-se o segundo instrumento internacional mais ratificado<sup>96</sup> e seu Comitê integra o imenso repertório de hermenêutica de direitos humanos que tem revolucionado ordenamentos jurídicos, impondo modificações em Constituições, legislações nacionais e mesmo interpretações judiciais internas.<sup>97</sup> O caso Alyne Pimentel faz parte deste repertório, principalmente porque foi a primeira denúncia sobre mortalidade materna acolhida pelo Comitê CEDAW.<sup>98</sup>

Mesmo tendo sido pioneira em um órgão do Sistema Universal de Direitos Humanos, a decisão do caso de Alyne refere-se a uma de milhares de mortes de mulheres gestantes e puérperas, tendo em vista que a taxa de mortalidade materna no Brasil é uma das mais altas do mundo.<sup>99</sup> Conforme conclusões da CPI da Mortalidade Materna, o Brasil apresenta um índice de mortalidade materna de cerca de 10 a 20 vezes da considerada aceitável.<sup>100</sup> Também merece destaque o fato de que a distribuição do óbito materno não é homogênea no país, sendo mais alta na região Norte, e mais baixa na região Sudeste<sup>101</sup> - a pesquisa de Lauretis apresenta diversos dados que discutem essa discriminação.<sup>102</sup>

Todavia, as principais causas de óbitos maternos são evitáveis, passíveis de tratamento na fase pré-natal e passíveis de prevenção, mediante a melhoria da atenção ao

---

<sup>96</sup> The CEDAW also represents a hard case in that it touches on culturally sensitive issues, but has a somewhat unique institutional history with a dedicated bureaucracy—now UN Women, the Secretariat of the Commission on the Status of Women—and active involvement by organized women’s rights NGOs. It is also the second most widely ratified international human rights instrument, behind the CRC, which is ratified by every member of the United Nations save the United States. - Cosette D. Creamer. Beth A. Simmons. *The Proof is in the Process: Self-Reporting Under International Human Rights Treaties*. University of Pennsylvania Carey Law School. Penn Law: Legal Scholarship Repository Faculty Scholarship at Penn Law. 2 de julho de 2020. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3147&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3147&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 1 jul 2021.

<sup>97</sup> RAMOS, A. D. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 3. ed. [S.l.]: Saraiva Educação, 2013, p. 236.

<sup>98</sup> O Brasil no Sistema Global de Direitos Humanos.

<sup>99</sup> PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 30 Jun 2021, p. 439.

<sup>100</sup> PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 30 Jun 2021, p. 491, nota de rodapé n. 16.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> Conforme nota de rodapé n. 2 do presente trabalho.

parto e ao período puerperal<sup>103</sup>, restando clara a omissão do Estado brasileiro. Por isso, a decisão discutida é tão importante<sup>104</sup>, ela atraiu o olhar da sociedade para o tema, tanto que, entre 2017 e 2018, o Brasil conseguiu reduzir em 8,4% a Razão de Mortalidade Materna (RMM). Em 2018, a RMM no país foi de 59,1 óbitos para cada 100 mil nascidos vivos, enquanto no ano anterior era de 64,5.<sup>105</sup>

Mas, infelizmente, a pandemia do COVID-19 trouxe uma nova piora nos números. Um estudo publicado no jornal científico *International Journal of Gynecology & Obstetrics* apontou que o Brasil concentra 77% das mortes de gestantes e puérperas, comparado com o restante do mundo – sendo destacado que “a mortalidade materna de mulheres negras por Covid-19 é duas vezes maior que a de mulheres brancas.<sup>106</sup>

Sendo assim, este tema ainda precisa ser muito estudado para que a mortalidade materna deixe de ser, no futuro, uma preocupante questão de saúde pública.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, G.E. do; CASELLA, Paulo Borba; **MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**. . 20. ed. [S.l.]: Saraiva, 2012. p. 719.

CATOIA, C. D. C; SEVERI, Fabiana Cristina; FIRMINO, I. F. C. **Caso “Alyne Pimentel”:** **Violência de Gênero e Interseccionalidades**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis 28(1), p. 5. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1806-9584-2020v28n160361>>. Acesso em: 1 jul 2021.

CEDAW. **Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil**.

CEDAW/C/49/D/17/2008. Disponível em:

<<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb>>

103 PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 30 Jun 2021, p. 491, nota de rodapé n. 16.

104 PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 30 Jun 2021, p. 491, nota de rodapé n. 16.

105 MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE. Brasil reduziu 8,4% a razão de mortalidade materna e investe em ações com foco na saúde da mulher. Disponível em:

<<https://aps.saude.gov.br/noticia/8736>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

106 MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. “Mortalidade materna por Covid entre

negras é duas vezes maior que entre brancas”, diz doutora em Saúde durante live do CNS. Disponível em:

<<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1317-mortalidade-materna-por-covid-entre-negras-e-duas-vezes-maior-que-entre-brancas-diz-doutora-em-saude-durante-live-do-cns>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

[ZyhsujVF1NesLff7bP5A183yaxYNfEuSjv%2bsPMFbOwNvooER3QMf6nnc9%2bIKNjX9vBqlze0YIEQBB7O%2bHuDvuiCs%2fpLTjaxQvvHxIvIz4F5yrqNbq4Zf1ovQyOeOTij9ArkQ89z1diNGT%2fQOk5AnLOyHY%3d](http://www.conteudojuridico.com.br/zyhsujVF1NesLff7bP5A183yaxYNfEuSjv%2bsPMFbOwNvooER3QMf6nnc9%2bIKNjX9vBqlze0YIEQBB7O%2bHuDvuiCs%2fpLTjaxQvvHxIvIz4F5yrqNbq4Zf1ovQyOeOTij9ArkQ89z1diNGT%2fQOk5AnLOyHY%3d)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. ALYNE V. BRASIL. **Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil.** Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (“Alyne”) v. Brasil. Página 1. Disponível em: <[http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC\\_Alyne\\_Factsheet\\_Portuguese\\_10-24-14\\_FINAL.pdf](http://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10-24-14_FINAL.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

CREAMER, Coserre D. SIMMONS, Beth A. **The Proof is in the Process: Self-Reporting Under International Human Rights Treaties.** University of Pennsylvania Carey Law School. Penn Law: Legal Scholarship Repository Faculty Scholarship at Penn Law. 2 de jul de 2020. Disponível em: <[https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3147&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3147&context=faculty_scholarship)>. Acesso em: 1 julho 2021.

LAURENTI, Ruy; JORGE, M. H. P. D. M; GOTLIEB, S. L. D. **A mortalidade materna nas capitais brasileiras: algumas características e estimativa de um fator de ajuste.** \*Parte do “Estudo de mortalidade de mulheres de 10 a 49 anos, com ênfase na mortalidade materna”. Financiamento do Ministério da Saúde, OPS/OMS, USP e CNPq.. Revista Bras Epidemiol; 2004(4): p. 449-60. Página 457. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1415-790X2004000400008>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** 1ª Edição. São Paulo: Método, 2019, página 760.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **“Mortalidade materna por Covid entre negras é duas vezes maior que entre brancas”, diz doutora em Saúde durante live do CNS.** Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1317-mortalidade-materna-por-covid-entre-negras-e-duas-vezes-maior-que-entre-brancas-diz-doutora-em-saude-durante-live-do-cns>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE. **Brasil reduziu 8,4% a razão de mortalidade materna e investe em ações com foco na saúde da mulher.** Disponível em: <<https://aps.saude.gov.br/noticia/8736>>. Acesso em: 1 jul. 2021.

ONU. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,** adotada em 18 de dezembro de 1979, Assembleia Geral, Resolução 34/180, Documento da ONU: A/34/46, U.N.T.S. 13. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw1.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2021.

PIMENTEL, Silvia. **Experiencia e Desafios. Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher CEDAW/ONU.** Relatório Bienal de minha participação. Silvia Pimentel. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 9788553600298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/>. Acesso em: 30 Jun 2021. P.434.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de Direitos Humanos.** Ponto 2. Livro disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=lkFnDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT2&dq=org%C3%A3os+quase+judiciais+comites+onu&ots=4Zi3t1bPoa&sig=wTiJU8Jlr1MN1et0OYeGekae2Wg#v=onepage&q=org%C3%A3os%20quase%20judiciais%20comites%20onu&f=false>>.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 3. ed. [S.l.]: Saraiva Educação, 2013.

SILVA, B. G. C. D. et al. **Mortalidade materna no Brasil no período de 2001 a 2012: tendência temporal e diferenças regionais.** REV BRAS EPIDEMIOL: Jul-Set 2016, Pelotas, RS, Brasil, p. 484-493. Página 484. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-5497201600030002>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

## **OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A AUTOTUTELA E OS LIMITES MATERIAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA, CONFIANÇA LEGÍTIMA E DEVIDO PROCESSO LEGAL**

**ANTONIO SOARES DA SILVA JÚNIOR:**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2007 e Defensor Público no Estado de Minas Gerais desde 2011.<sup>107</sup>

### **1. INTRODUÇÃO**

Trata-se do estudo das súmulas 633 do STJ, 346, 473 e 03 do STF, sendo esta última vinculante.

A súmula 346 do STF foi objeto de tese de repercussão geral, tema 138.

O resultado do julgamento e *ratio decidendi* das quatro súmulas que se complementam é a aplicação do Princípio da Autotutela da Administração Pública, que decorre dos Princípios da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público, encontrando como limites materiais os Princípios da Segurança Jurídica, Confiança Legítima e Devido Processo Legal.

Os dispositivos constitucionais abordados são art. 5.º, LV da CF – contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal - art. 5.º, LIV da CF, - art. 5.º, XXXVI, CF – Segurança Jurídica, contendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; art. 71, III e art. 103-A, § 2.º ambos da CF.

A legislação infraconstitucional é Lei n. 9.784/1999 e a LINDB (DECRETO-LEI Nº 4.657/1942).

A interpretação originária da súmula vinculante 03 dada pela doutrina e jurisprudência é a de que independentemente do prazo, nos processos perante o Tribunal de Contas da União não se asseguram o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado na apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

---

107 E-mail: dr.antoniosoaes@uol.com.br

Não haveria desrespeito aos princípios da Segurança Jurídica, Confiança Legítima e Devido Processo Legal tratando-se o a supremacia e indisponibilidade do interesse público como absolutos?

## 2. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O tema tratado, notadamente se extrai das Súmulas mencionadas no item anterior.

A Súmula 473 do STF cujo verbete é o seguinte: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial<sup>108</sup>” publicada em 1969 teve no ano de 2017 após a elaboração da Súmula 633 do STJ – “A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria<sup>109</sup>” revolucionou o entendimento até então predominante no sentido de que os atos poderiam ser revistos pela Administração Pública a qualquer tempo, firmando o lapso temporal decadencial de cinco anos para tanto, a partir da aplicação por analogia da Lei n. 9.784/1999, nos termos do art. 4.º da LINDB.

No que tange à SÚMULA 346 STF, tese de Repercussão Geral: “Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo” <sup>110</sup>, também complementa as demais Súmulas, no sentido de se respeitar a existência eventual de atos concretos aos beneficiários.

---

<sup>108</sup> Aprovada em Sessão Plenária no STJ na data de 03/12/1969 e publicada no DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993. Republicada em 11/06/1970, p. 2381; DJ de 12/06/1970, p. 2405; DJ de 15/06/1970, p. 2437. Teve como precedentes o RMS 16935, Publicação: DJ de 24/05/1968; MS 12512, Publicação: DJ de 01/10/1964; MS 13942, Publicação: DJ de 24/09/1964; RE 27031, Publicação: DJ de 04/08/1955.

<sup>109</sup> Precedentes: MS 18.338-DF (1ª S, 14.06.2017 – DJe 21.06.2017) AgRg no AREsp 201.084-SP (1ª T, 13.08.2013 – DJe 21.08.2013) AgRg no AREsp 393.378-DF (1ª T, 06.02.2014 – DJe 18.02.2014) AgRg no REsp 1.083.566-RJ (1ª T, 14.06.2016 – DJe 24.06.2016) REsp 1.251.769-SC (2ª T, 06.09.2011 – DJe 14.09.2011) – acórdão publicado na íntegra AgRg no AREsp 263.635-RS (2ª T, 16.05.2013 – DJe 22.05.2013) AgRg no REsp 1.378.247-SP (2ª T, 17.03.2015 – DJe 25.03.2015) RMS 46.160-PR (2ª T, 08.09.2015 – DJe 18.09.2015) AgRg no AREsp 345.831-PR (2ª T, 09.06.2016 – DJe 21.06.2016) REsp 1.666.687-SP (2ª T, 06.06.2017 – DJe 19.06.2017) Primeira Seção, em 12.6.2019 DJe 17.6.2019.

<sup>110</sup> [Tese definida no RE 594.296, rel. min. **Dias Toffoli**, P, j. 21-9-2011, DJE 30 de 13-2-2012, Tema 138.]

1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (...) O recorrente pretendeu ver reconhecida a legalidade de seu agir, com respaldo no verbete da Súmula 473 desta Suprema Corte, editada ainda no ano de 1969, sob a égide, portanto, da Constituição anterior. (...) A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Ou seja, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Mostra-se, então, necessário, proceder-se à compatibilização entre o comando exarado pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal. [RE 594.296, rel. min. **Dias Toffoli**, P, j. 21-9-2011, DJE 30 de 13-2-2012, Tema 138.]

#### **Súmula 346 e princípios da segurança jurídica e da confiança**

No caso dos autos, conforme destacado no acórdão atacado, é incontroverso que o impetrante foi convocado e nomeado após expirado o prazo de validade do concurso público. Desse modo, como preconiza a própria Constituição Federal, a não observância de concurso público e seu respectivo prazo de validade para a investidura em cargo ou emprego público torna o ato nulo. (...) É pacífico, nesta Suprema Corte, que, diante de suspeitas de ilegalidade, a Administração Pública há de exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em desrespeito ao princípio da segurança jurídica ou da confiança. (...) Não subsiste o direito alegado pelo recorrido, visto ser impossível atribuir-se legitimidade a qualquer convocação para investidura em cargo público não comissionado realizada depois de expirado o prazo de validade do certame após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sob pena de se transpor a ordem constitucional e de se caminhar de encontro aos ditames preconizados pelo Estado Democrático de Direito. Entendo, por conseguinte, não ser possível invocar os princípios da confiança e da boa-fé para amparar a presente demanda, uma vez que a matéria em questão está inserida na ordem constitucional, a todos imposta de forma equânime. [ARE 899.816 AgR, rel. min. **Dias Toffoli**, 2ª T, j. 7-3-2017, DJE 57 de 24-3-2017.]

O Supremo Tribunal já assentou que diante de indícios de ilegalidade, a Administração deve exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em contrariedade ao princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, as súmulas 346 e 473 deste Supremo Tribunal: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" (Súmula 346). "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (Súmula 473).

[AO 1.483, rel. min. **Cármem Lúcia**, 1ª T, j. 20-5-2014, DJE 106 de 3-6-2014.]

É cediço o entendimento desta Suprema Corte de que, diante de suspeitas de ilegalidade no ato de declaração de condição de anistiado, a Administração há de exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em desrespeito ao princípio da segurança jurídica ou da confiança. Súmulas 346 e 473 do STF.

[RMS 27.998 AgR, rel. min. **Dias Toffoli**, 1ª T, j. 28-8-2012, DJE 186 de 21-9-2012.]

E por fim, a Súmula vinculante 3 do STF – Enunciado: “*Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão*”<sup>111</sup>, a qual criava exceção ao Princípio do Devido Processo Legal na apreciação no ato de registro pelo Tribunal de Contas e teve mitigação no que se refere à aplicação do prazo decadencial, nos termos do julgamento do RE 636553/RS, tema 445.

### **3. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello as pedras de toque do Direito Administrativo são os dois princípios que integram o regime jurídico administrativo: a) A Supremacia do Interesse Público sobre o particular; b) A Indisponibilidade do Interesse Público <sup>112</sup>.

Com efeito, pelo primeiro princípio, o coletivo deve preponderar em detrimento do particular, ou seja, o conjunto de interesses da sociedade compreendida em seu todo há de prevalecer em confronto com o interesse individual.

No que tange à segunda pedra de toque, a indisponibilidade do interesse público significa que o administrador público é mero gestor da coisa pública, esta não lhe pertence e ele nesta condição não pode aliená-la, renunciá-la, sem previsão legal e sempre deverá prestar contas sobre os seus atos ao povo, titular do poder, vez que dono não é.

Há ainda, outros princípios, não menos importantes e denominados de básicos da Administração, quais sejam: os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Além desses, pode-se citar os Princípios da Motivação, da Razoabilidade e da Proporcionalidade, da Isonomia, da Autotutela, Devido Processo Legal, Ampla Defesa e do Contraditório, da Especialidade, da Segurança Jurídica, da Tutela, da Continuidade dos Serviços Públicos, da Oficialidade.

---

<sup>111</sup>Data de Aprovação Sessão Plenária de 30/05/2007, DJe nº 31 de 06/06/2007, p. 1. DJ de 06/06/2007, p. 1. DOU de 06/06/2007, p. 1, Precedentes: MS 24728 Publicação: DJ de 09/09/2005 MS 24742 Publicações: DJ de 11/03/2005 RTJ 197/515 MS 24754 Publicação: DJ de 18/02/2005 MS 24268 Publicações: DJ de 17/09/2004 RTJ 191/922.

<sup>112</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo. 26.<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 55.

Para o presente estudo interessa os da Autotutela, Devido Processo Legal, Ampla Defesa e do Contraditório (Devido Processo Legal) e Segurança Jurídica (Confiança Legítima) em cotejo com as pedras de toque do Direito Administrativo.

Pois bem, as súmulas 633 do STJ, 346, 473 e 03 do STF, sendo a última vinculante refletem notadamente a prerrogativa de que possui a Administração Pública de expurgar do mundo jurídico os atos ilegais, vez que infringiram o Princípio da Legalidade, que assim é definido por Hely Lopes Meirelles<sup>113</sup>: “A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

E o faz com fulcro no Princípio da Autotutela cuja finalidade vem trazida por Alexandre Mazza<sup>114</sup>, e sua definição inserida no teor das súmulas 346 e 473 do STF: “acelerar a recomposição da ordem jurídica afetada pelo ato ilegal e dar presteza à proteção do interesse público violado pelo ato inconveniente”.

E segue o festejado autor ao concluir que o princípio da autotutela é decorrência da supremacia do interesse público, conforme preconizam as duas súmulas do Supremo Tribunal Federal, a saber: Súmula 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”; e, Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial<sup>115</sup>”.

Nessa esteira, haveria a preservação dos princípios da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, Indisponibilidade do Interesse Público, Legalidade, Devido Processo Legal pelo uso da Autotutela.

Todavia, o Princípio da Segurança Jurídica ficava em xeque no que pertine aos atos administrativos benéficos aos destinatários. Até que na Súmula 633 do STJ a jurisprudência limitou temporalmente a análise dos atos administrativos pela Administração Pública afim de se garantir os efeitos das situações jurídicas já consolidadas pelo decurso do tempo. A referida Súmula possui a seguinte redação: “A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da

113 MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

114 MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

115 MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”.

É bom esclarecer que os Estados membros e Municípios em sua esmagadora maioria não possuem lei tratando sobre o prazo decadencial para se possa exercer o direito potestativo da autotutela.

Por isso, a Lei n. 9.784/1999 pela analogia, instituto previsto no art. 4.º da LINB, passa a ser adotada para todas as hipóteses de autotutela administrativa aos atos benéficos cujo destinatário é o administrado, notadamente quanto à observância do prazo decadencial de cinco (05), salvo comprovada má-fé, prescrito no seu art. 54116.

No que tange à Súmula Vinculante 03117, a jurisprudência do STF antes do julgamento do RE 636553/RS não criava limite temporal para que o Tribunal pudesse rever os seus atos, destoando da interpretação construída nas Súmulas 633 do STJ, 346, 473 do próprio STF.

O problema foi resolvido no tema 445, julgamento do RE 636553/RS, no qual a Corte fixou prazo decadencial de cinco anos com fulcro nos princípios da segurança jurídica e confiança legítima para que o Tribunal de Contas pudesse julgar a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão<sup>118</sup>.

Dessa feita, caso se ultrapasse o prazo derradeiro, o ato administrativo estará convalidado, não se admitindo discussões sobre ele por parte da Administração Pública.

Respeitada na sua integralidade o Princípio da Segurança Jurídica nas relações do âmbito administrativo, havia, porém, uma exceção ao Devido Processo Legal do ato benéfico e era justamente no campo das atribuições do Tribunal de Contas (União, Estados

---

116 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

117 Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

118 Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de cinco anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.

STF. Plenário. RE 636553/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/2/2020 (repercussão geral – Tema 445) (Info 967).

e Municípios) quanto à apreciação da legalidade do ato inicial de aposentadoria, reforma e pensão, que deu a redação já acima citada da Súmula Vinculante 03.

O STF no precedente que deu origem à Súmula 03 cuidou da natureza da relação jurídica não contenciosa no ato do Tribunal de Contas ao apreciar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões<sup>119</sup>. Ou seja, não há litígio ou acusação, apenas ato administrativo e sendo assim é prescindível o contraditório e a ampla defesa. Afastando, portanto, o contraditório e ampla defesa naquelas hipóteses.

Nessa esteira, os atos de aposentadoria, reforma e pensão atos complexos, ou seja, aqueles que para seu aperfeiçoamento nos ensinamentos de Celso Antonio<sup>120</sup>, “resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes”. E segundo Hely Lopes Meirelles<sup>121</sup>: “só se forma com a conjugação de vontades de órgãos diversos, ao passo em que o ato composto é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade”. E por isso, antes de o Tribunal de Contas aferir sobre sua legalidade ainda não se encontra perfeito e acabado, o que pela sua incompletude o autorizaria a suprimir aquele direito fundamental. Este é o entendimento encampado pelo STF.

Mas o Superior Tribunal de Justiça em precedente sustenta que: “A aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concedê-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o

---

119 Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.

[MS 24.268, rel. min. **Ellen Gracie**, red. p/ o ac. min. **Gilmar Mendes**, P, j. 5-2-2004, *DJ* de 17-9-2004.] (... ) quando o Tribunal de Contas aprecia a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, ele não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Num segundo momento, porém, concedida a aposentadoria, reconhecido o direito à pensão ou à reforma, já existe um ato jurídico que, no primeiro momento, até se prove o contrário, chama-se ato jurídico perfeito, porque se perfez reunindo os elementos formadores que a lei exigia para tal. E, nesse caso, a pensão, mesmo fraudulenta — porque estou convencido, também, de que, na sua origem, ela foi fraudulenta —, ganha esse tônus de juridicidade. [MS 24.268, rel. min. **Ellen Gracie**, red. p/ o ac. min. **Gilmar Mendes**, voto do min. **Ayres Britto**, P, j. 5-2-2004, *DJ* de 17-9-2004.]

120 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 15ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.391

121 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 172-173.

segundo controla sua legalidade” 122. Com efeito, a decisão do Tribunal de Contas possuiria natureza jurídica meramente declaratória, e não constitutiva da aposentação, reforma ou pensão<sup>123</sup>.

A parte importante da doutrina considera o ato de aposentação do servidor público como composto, e critica a súmula vinculante 03 do STF, justamente porque a conferência do Tribunal de Contas se dá apenas quando o registra verificando se todos os requisitos legais estão presentes. Em momento algum emite qualquer manifestação de vontade, excluindo-se, portanto, eventual natureza complexa.

E a depender de como se classifica o ato de aposentação muitas consequências jurídicas poderão decorrer.

Inicialmente o ato complexo se perfaz com a vontade do segundo órgão ou autoridade e diante disso pode-se considerá-lo como constitutivo do direito. E apenas neste instante pode-se classificá-lo como ato jurídico perfeito.

Enquanto o composto é meramente declaratório do direito. O ato posterior, de conferência apenas lhe atesta a legalidade. Dessa feita, produz efeitos desde a manifestação de vontade. Trata-se, portanto, de ato jurídico perfeito desde a emissão da única vontade.

No caso do Tribunal de Contas se o ato de aposentação for intitulado como composto, o prazo decadencial de cinco anos se inicia até antes desta Corte realizar seu registro. Diferente será se o ato for complexo, pois se restará perfeito com a emissão de vontade do Tribunal e partir deste momento tem termo inicial o prazo.

Ademais, ao seguir a posição do STJ é patente a necessidade de se prezar pelo contraditório e ampla defesa, justamente porque o ato se encontra perfeito e acabado (ato jurídico perfeito) quando for verificar a sua legalidade. E a impossibilidade de registro lhe tolherá os seus feitos ordinários.

Afastando-se até a polêmica sobre a natureza jurídica do ato de aposentadoria, reforma ou pensão, fato é que mesmo na análise inicial realizada pelo Tribunal de Contas, após o ato do Órgão ou autoridade declarando o direito do servidor, deve-se ter em mente que muitas das vezes ele pode e teria condições de se insurgir contra arbitrariedades, erros,

---

122 STJ ED-REsp 1.187.203

123 STJ AgR-REsp 1.168.805

trazendo informações que muitas das vezes só ele possuía e lhe beneficiariam para que houve o registro.

Por mais que o STF tenha utilizado o prazo decadencial de cinco anos para que o Tribunal de Contas realizasse o juízo de legalidade do ato, sob pena de convalidação, entre período anterior deveria ser mais bem aproveitado para se evitar injustiças ao servidor, contribuindo ele para o verdadeiro devido processo legal substantivo, conforme ensina J. J. Gomes Canotillo<sup>124</sup>: “A teoria substantiva está ligada à idéia de um processo legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei”.

Por conseguinte, dentro do devido processo legal substancial pode-se fazer uma correlação entre o contraditório substancial, que nada mais é do que possibilitar ao interessado de efetivamente influenciar na decisão do julgador e que Luiz Guilherme Marinoni demonstra sua utilidade<sup>125</sup>: “Como poderia o órgão jurisdicional punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de se manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Por exemplo, demonstrando que os fatos em que baseia a sua decisão ou não ocorreram ou ao menos não permitem a aplicação daquela sanção. Se não fosse assim, teríamos punição sem contraditório. Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o “possível punido” manifestar-se previamente, de modo a que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão”.

Ademais, o efeito da surpresa em ter cessado o ato de aposentação ou de tê-lo sem prévio aviso é nefasto e pode ocasionar em graves danos a quem suporta a sua incidência, aumentando de forma exagerada e desnecessária as demandas junto ao Poder Judiciário, por questões que poderiam se resolver administrativamente, caso fosse oportunizado ao servidor o seu direito de se manifestar efetivamente.

E ainda, esperar longos cinco anos para que a situação se consolide como o registro tácito pelo Tribunal de Contas gera muita incerteza e inquietude social.

#### **4. POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO:**

O STF ao criar a Súmula Vinculante 03, mais precisamente ao consignar a exceção ao devido processo legal no ato de registro da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão feriu aos Princípios da Segurança Jurídica, no aspecto do ato jurídico perfeito ser desrespeitado, adotando-se o posicionamento do STJ de ser ato

---

<sup>124</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 4ª edição editora Coimbra Almedina, ano 2000.

<sup>125</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado / Luiz Guilherme Marinoni, Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

composto; e da Confiança Legítima sob o pretexto do exercício da autotutela que tem fundamento na predominância e indisponibilidade do interesse público, princípios importantes, mas que não absolutos e encontram limites, sob pena de imperar a arbitrariedade.

É bem certo que quando do julgamento do RE 636553/RS, tema 445, oportunidade em que o STF fixou o prazo decadencial de cinco anos para o juízo de legalidade daqueles atos cuja atribuição é dos Tribunais de Contas, poderia perfeitamente, nos termos do art. 103-A, § 2.º da CF/2016 rever a redação da súmula para extirpar a exceção ao devido processo legal substancial e ainda conter expressamente a adoção do art. 54 da Lei n. 9.784/1999 para os atos lá tratados.

Este procedimento de revisão constitucional garante a Segurança Jurídica nas decisões, pois estará calcado em precedente vinculante e evitará eventuais casuísmos do próprio Poder Judiciário na interpretação da Súmula Vinculante.

Concluindo, a redação desejada para a Súmula poderia ser a seguinte: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, inclusive a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão cujo prazo decairá após o decurso daquele previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999.”

## REFERÊNCIAS:

## DOCTRINA:

---

126 Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

127 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo. 26.<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 55.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 15ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.391

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, 4<sup>o</sup> edição editora Coimbra Almedina, ano 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado / Luiz Guilherme Marinoni, Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 172-173.

### **JURISPRUDÊNCIA:**

MS 18.338-DF (1<sup>a</sup> S, 14.06.2017 – DJe 21.06.2017) AgRg no AREsp 201.084-SP (1<sup>a</sup> T, 13.08.2013 – DJe 21.08.2013) AgRg no AREsp 393.378-DF (1<sup>a</sup> T, 06.02.2014 – DJe 18.02.2014) AgRg no REsp 1.083.566-RJ (1<sup>a</sup> T, 14.06.2016 – DJe 24.06.2016) REsp 1.251.769-SC (2<sup>a</sup> T, 06.09.2011 – DJe 14.09.2011) – acórdão publicado na íntegra AgRg no AREsp 263.635-RS (2<sup>a</sup> T, 16.05.2013 – DJe 22.05.2013) AgRg no REsp 1.378.247-SP (2<sup>a</sup> T, 17.03.2015 – DJe 25.03.2015) RMS 46.160-PR (2<sup>a</sup> T, 08.09.2015 – DJe 18.09.2015) AgRg no AREsp 345.831-PR (2<sup>a</sup> T, 09.06.2016 – DJe 21.06.2016) REsp 1.666.687-SP (2<sup>a</sup> T, 06.06.2017 – DJe 19.06.2017) Primeira Seção, em 12.6.2019 DJe 17.6.2019.

MS 24728 Publicação: DJ de 09/09/2005 MS 24742 Publicações: DJ de 11/03/2005 RTJ 197/515 MS 24754 Publicação: DJ de 18/02/2005 MS 24268 Publicações: DJ de 17/09/2004 RTJ 191/922.

STF. Plenário. RE 636553/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/2/2020 (repercussão geral – Tema 445) (Info 967).

STJ AgR-REsp 1.168.805

STJ ED-REsp 1.187.203

[Tese definida no RE 594.296, *rel. min. Dias Toffoli*, P, j. 21-9-2011, DJE 30 de 13-2-2012, Tema 138.]

## ORDENAÇÃO FISCAL FEDERATIVA: CARACTERÍSTICAS E CONFLITOS

**BETINA CANÇADO:** Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil aposentada. Bacharela em Ciência da Computação pela UFMG. Bacharela em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Atuou como Analista de Sistema na IBM Brasil, Agente de Tributos Estaduais da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais.<sup>128</sup>

**CAIO RANGEL FINOCCHIARO**<sup>129</sup>

(coautor)

**RESUMO:** O presente artigo discorre sobre o desenho federativo fiscal previsto na Constituição Federal de 1.988 tanto em relação às atribuições de cada ente nacional, atribuições estas que seriam potencialmente geradoras de despesas, quanto em relação às receitas que compõem seus orçamentos e que serão utilizadas para custeio de suas atribuições. Para tanto organizou-se uma revisão conceitual da repartição de competências político legislativas e tributárias, repartição de receitas entre União, Estados e Municípios e transferências de recursos dos entes geograficamente maiores para os menores. Posteriormente são abordados conflitos recentes entre os entes federados fruto da divergência de interesses entre os mesmos agravados pelo complexo desenho fiscal federativo adotado e crise financeira de diversas origens dentre elas a Pandemia da COVID-19. São apresentadas, de forma exemplificativa, situações que evidenciam a forma de atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário tanto na criação quanto na solução jurídica dos conflitos federativos.

**Palavras-chave:** Conflito Federativo. Transferências de Receitas. Repartição de Competências.

---

128 E-mail: betinacancado@hotmail.com

129 Advogado. Professor Tutor do Curso Damásio – OAB 2ª Fase – Direito do Trabalho. Mestrando pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Pós-Graduado em Direito Material do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Damásio Educacional. Graduado pelas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

**ABSTRACT:** This article discusses the fiscal federative design established by the Federal Constitution of 1988 in relation to the attributions that would potentially generate expenses for each national entity, as well as in relation to the revenues that make up their budgets and that will be used to fund their attributions. A conceptual review of the division of political-legislative powers, the division of tax revenues between the Union, States and Municipalities and transfers of resources from geographically larger entities to smaller ones is carried out. Recent conflicts between the federated entities are discussed because of divergence of interests between them, aggravated by the complex federative fiscal design adopted and the financial crisis of various origins, including the COVID-19 Pandemic. Examples of situations are presented that show how the executive, legislative and judiciary powers work both in the creation and in the legal solution of federative conflicts.

**Keywords:** Federative Conflict. Revenue Transfers. Tax Jurisdiction.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Federalismo na Constituição Federal de 1.988. 2. A repartição das competências político legislativas. 3. Competência tributária. 4. Repartição das receitas tributárias. 4.1. Transferências obrigatórias diretas da União para os Estados. 4.2. Transferências obrigatórias diretas da União e Estados para Municípios. 4.3- Transferências indiretas. 5. A Receita da contribuições. 6. Os conflitos federativos. 7 – Congresso Nacional: Medidas de impacto no pacto federativo. 7.1. Vinculação da receita dos Estados para pagamento de dívidas com a União. 7.2. Estabelecimento de cláusula para dedução dos valores devidos à União dos montantes a serem repassados para entes federativos. 7.3. Estabelecimento de teto para alíquota de ICMS relacionada aos combustíveis. 8- STF: Atuação dualista nos conflitos em ACO. 9- Poder executivo: Conflitos federativos na pandemia Covid-19. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O constituinte original buscou um federalismo equilibrado e de cooperação distribuindo atribuições e receitas entre os entes federados, porém o modelo de federalismo proposto, do ponto de vista fiscal, apresenta elevado grau de complexidade, o que torna difícil sua implementação e ocasiona surgimento de conflitos e consequentemente ações judiciais.

Sucessivas emendas vêm desfigurando o federalismo que se propunha inicialmente, centralizando boa parte dos recursos arrecadados e permitindo retenções de receitas para pagamento de dívidas dos demais entes contraídas com a União.

A contribuição social, importante recurso financeiro centralizado, tem sido objeto de demanda pelos demais entes. O volume arrecadado vem aumentando nos últimos anos e os valores não são passíveis de transferência ou repartição, pois vinculados ao

pagamento da despesa para a qual foi criada. Porém, por meio de emendas sucessivas, parte de seu produto vem sendo, sistematicamente, desvinculado das despesas e os Estados reclamam sua distribuição.

Neste contexto de disputas é que se propõe o exame da atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário em situações recentes de conflitos federativos e se coloca a questão, que se busca responder, sobre o real interesse do Congresso Nacional de manter o equilíbrio federativo do constituinte original.

## **1. O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988**

O Federalismo teve sua inspiração na experiência norte-americana no século XVIII, que resultou na Constituição de 1.787, porém a origem do federalismo norte-americano é diversa da origem do federalismo do Brasil, posto que naquela a partir de uma confederação surgiu um estado federal, sendo sua origem classificada como centrípeta. O contrário se deu no caso brasileiro pois de um Estado unitário centralizado se deu a descentralização sendo sua origem classificada como centrífuga<sup>130</sup>. Provavelmente a característica centrífuga da origem federativa do Brasil tenha gerado reflexos, de tal forma que ainda hoje percebe-se uma tendência centralizadora à medida que, verifica-se, a União concentra competências e possui uma maior disponibilidade de recursos financeiros quando comparada aos demais entes subnacionais. Aliás, tal nomenclatura, adotada pela doutrina já evidencia esta tendência centralizadora.

A Constituição de 1.988<sup>131</sup> estabeleceu a forma de Estado Federativa e definiu como entes federativos dotados de autonomia a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (art. 8º, Caput).

O vocábulo "autonomia" deriva do grego *autos* (si próprio) e *nemein* (governar), querendo significar, do ponto de vista etimológico, "governar a si próprio".

Constantino Mortati<sup>132</sup> define autonomia como a liberdade de determinação consentida para um sujeito que tem por base o poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação.

---

<sup>130</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Editora Juspodivm, 9ª edição, 2017.

<sup>131</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09/06/2023.

<sup>132</sup> MORTATI, Constantino. Istituzioni di Diritto Pubblico, tomo II, 9ª ed. Padova: Cedam, 1976, p. 824.

Em relação aos entes federados e em sintonia com a definição exposta, Sacha Calmon<sup>133</sup> ensina que a autonomia dos entes federados se manifesta de quatro formas:

- autonomia administrativa, que é a capacidade de exercer administração própria;
- autonomia judiciária, consistente na existência de uma estrutura jurisdicional própria;
- autonomia legislativa, referente ao poder de produzir normas jurídicas aplicáveis;
- autonomia política, relacionada ao poder de formar o seu próprio governo.

Porém, é fato que não se pode falar em autonomia, sob qualquer de suas formas, sem recursos financeiros, o que levou ao surgimento do termo “Federalismo Fiscal”, cujo objeto é o estudo das relações financeiras entre os entes de uma federação.

O federalismo fiscal tem por base a divisão da competência tributária e a repartição das receitas, e, tendo em vista que o poder econômico é certamente uma das mais importantes fontes do poder político, o grau de autonomia se relaciona diretamente à autonomia fiscal.

Em relação à soberania, a doutrina predominante indica que a União a detém, porém o constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes alerta que tal ponto de vista é equivocado e que a soberania é atribuída à República Federativa do Brasil que, por sua vez, tem suas prerrogativas exercidas pela União. Melhor explicando, a União, pessoa jurídica de direito público interno, representa a República Federativa do Brasil esta sim pessoa jurídica de direito público internacional.

Na divisão das competências, a Constituição Federal delineou o denominado federalismo cooperativo ou de integração, ao definir competências concorrentes e comuns em contrapartida às exclusivas e privativas que serão objeto de detalhamento ao próximo tópico.

---

<sup>133</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

O federalismo Cooperativo possui como característica mais marcante a coordenação de esforços para atuação conjunta a fim de prestar atendimento à demanda por serviços públicos compreendidos na competência comum.

## 2. A REPARTIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS POLÍTICO LEGISLATIVAS

Os entes federativos são dotados de autonomia e não guardam relação hierárquica, tampouco as leis deles emanadas, por consequência, guardam hierarquia entre si. Logo, haveria que ser definida a competência de cada um deles e a precedência em caso de conflito. Por esta razão Constituição do Brasil adotou a repartição de competências vertical e horizontal.

Na repartição horizontal há uma distribuição de competências bem definida, enumerada e específica, que vem a delimitar a área de atuação de cada ente. Nosso modelo teve inspiração na Constituição de 1.787 dos Estados Unidos da América, a qual determinou a competência da União (Estados Unidos) e, em sua emenda X, reservou aos Estados a competência remanescente ou residual: *"The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people."*<sup>134</sup>.

O Brasil, acrescentou os Municípios e o Distrito Federal, como entes federativos e discriminou a competência da União (arts.21 e 22), dos Municípios (art. 29 e 30), e, adotando o modelo norte-americano, reservou a competência remanescente para os estados, art. 25 §1º. O Distrito Federal acumula as competências legislativas dos Estados e Municípios (art. 32§ 1º).

Em relação à repartição vertical, esta cuida das competências comuns (art. 23) e concorrentes (art. 24). A competência comum diz respeito aos bens jurídicos a serem preservados por toda a coletividade e por todos os entes nacionais, como saúde, educação, guarda da Constituição dentre outros. Já na concorrente não há sobreposição de competência, a união deve legislar sobre as normas gerais enquanto aos Estados, o Distrito Federal cabe legislar suplementarmente.

### Competência Tributária

A competência tributária é uma espécie de competência político legislativa que recebeu tratamento especial do constituinte por ter sido exaustivamente e expressamente estabelecida na Constituição, materializando a preocupação com o que costuma ser objeto da maior parte dos conflitos – recursos, dinheiro, riqueza.

---

<sup>134</sup> Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_10%20\\_\(1791\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_10%20_(1791)). Acesso em 08 jun. 2023.

A doutrina classifica a competência tributária em, pelo menos, 3 tipos de competência: Exclusiva, comum e residual.

A competência exclusiva é atribuída nos seguintes artigos:

1. Art. 53 Impostos da União;
2. Art. 155 Impostos de competência dos Estados e Distrito Federal;
3. Art. 156 Impostos de competência dos Municípios.

Como característica, a competência exclusiva não admite delegação, somente o ente a que foi atribuída pode exercitá-la.

A Constituição Federal, no capítulo do Sistema Tributário Nacional, determina nos artigos acima mencionados quais impostos são próprios de cada ente da federação, assim tem-se que a União é competente para instituir e cobrar o Imposto sobre a importação, imposto sobre a exportação, imposto sobre produtos industrializados- IPI, imposto sobre operações financeiras - IOF, Imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR, Imposto sobre a renda, Imposto sobre grandes fortunas e contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico como a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, Programa de Integração Social – PIS, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE e o Salário-Educação.

Os Estados são competentes para instituir o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações - ITCD, Imposto sobre circulação de mercadorias - ICMS e impostos sobre a propriedade de veículos automotores- IPVA.

Aos municípios está reservada a instituição do imposto de propriedade de bens imóveis urbanos – IPTU, Imposto sobre prestação de serviços – ISS, e Imposto sobre a transferência de propriedade de bens imóveis – ITBI e a Contribuição de Iluminação Pública – CIP.

A competência comum se refere à instituição e cobrança de taxas e contribuições de melhoria. As taxas estão associadas a prestação de um serviço público à disposição do contribuinte, e as contribuições de melhoria decorrentes de obras públicas estão associadas à valorização de bens particulares e são cobradas dos proprietários como contrapartida de tal valorização.

A competência residual está relacionada à instituição de novos impostos e é prerrogativa unicamente da União, prevista no art. 154, inciso I da CF/88. O dispositivo

autoriza estabelecimento de novos impostos não cumulativos e com base de cálculo distinta dos já estabelecidos na CF por meio de lei complementar.

Há que se ressaltar que esta é uma curiosa exceção à lógica da divisão de competências prevista no art. 25 §1º, pois a possibilidade de criação de impostos não previstos na Constituição, que por certo se insere na competência legislativa remanescente, deveria ser direcionada para os Estados, porém ficou reservada à União e, para manter o equilíbrio federativo, a própria Constituição já definiu a distribuição de 20% da arrecadação para os Estados, em seu art.157, inciso II.

#### Repartição das Receitas Tributárias

A autonomia fiscal dos entes federados se prende à divisão da competência tributária que reparte as fontes de receita, bem como às transferências de recursos as quais se dão dos entes maiores para os menores, materializando o federalismo de cooperação.

As transferências são classificadas como obrigatórias, caso sejam advindas de obrigações constitucionais ou legais, ou voluntárias, que são aquelas realizadas a título de cooperação, auxílio ou assistência, com vistas à realização de uma política pública que interessa mutuamente ao ente que entrega e ao ente beneficiário dos valores descentralizados<sup>135</sup>.

As transferências podem ser ainda classificadas em diretas ou indiretas, conforme são direcionadas ao ente federativo ou ao fundo de participação para posterior rateio, e finalmente serão vinculadas caso se prendam a custeio de despesas específicas ou desvinculadas se o ente que recebe os repasses puder deliberar livremente sobre sua utilização.

### **2.1** . Transferências Obrigatórias Diretas Da União para os Estados

Com previsão Constitucional tem-se as seguintes transferências para os Estados e Distrito Federal<sup>136</sup>:

1. 30% da arrecadação do IOF incidente sobre o ouro quando negociado como ativo financeiro ou instrumento cambial será

<sup>135</sup> Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/tcucidades/areas-de-interesse/temas-transversais/transferencias-da-uniao/>. Acesso em 08 jun. 2023.

<sup>136</sup> Moreira, André Mendes. O Modelo de Federalismo Fiscal Brasileiro, publicado em FEDERALISMO (S)EM JUÍZO. disponível em <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Andre-Mendes-Moreira.pdf>. Acesso em 08/06/2023.

transferido para o Estado, Distrito Federal, conforme a origem da operação (art. 153, §5º, I);

2. O IRRF incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (art. 157, I);

3. 20% do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência residual (art. 157, II);

4. 10% do IPI arrecadado pela União, proporcionalmente ao valor das exportações de produtos industrializados realizadas em cada Estado (art. 159, II); e

5. 29% da CIDE-combustíveis arrecadada pela União, partilhada na forma da lei federal (art. 159, III).

#### **4.2. Transferências Obrigatórias Diretas Da União e Estados Para Municípios**

Estabelece a Constituição a repartição das seguintes receitas para os municípios:

1. 70% da arrecadação do IOF incidente sobre o ouro quando negociado como ativo financeiro ou instrumento cambial será transferido para o Município que de origem à operação (art. 153, §5º, II);

2. A totalidade do IRRF incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Municípios, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (art. 158, I);

3. 50% do produto da arrecadação do ITR relativamente aos imóveis neles situados. Admite-se fiscalização e cobrança pelos Municípios, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal, na forma do art. 153, § 4º, III, caso em que lhes caberá a totalidade do valor arrecadado; (art. 153, § 4º, III e art. 158, II);

4. 25% do IPI recebido da União pelos Estados. O rateio entre os municípios, neste caso, é regulado no art. 158 § único incisos I e II, pelo qual 65% do valor total arrecadado são reservados e repassados na proporção do valor adicionado nas operações realizadas nos respectivos territórios, até 25% na forma prevista pela

legislação estadual (ou federal, no caso dos territórios) que venha a dispor sobre o assunto, e 10% com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socio econômico dos educandos (art. 159, §3º);

5. 50% do IPVA relativo aos veículos licenciados nos respectivos territórios;

6. 25% da arrecadação do ICMS. O rateio entre os municípios, também é regulado no art. 158, IV e parágrafo único, conforme descrito ao item (d) (art. 158, IV e § único, II);

7. 25% do montante da CIDE-combustíveis destinado aos Estados, partilhado na forma da lei (art. 159, §4º) sendo seus recursos destinados ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

#### **4.3. Transferências Indiretas**

O art. 159, I, "a" da Constituição estabelece a repartição indireta de receitas na qual a distribuição do produto da arrecadação se dá através de fundos de participação e prevê dois dos principais fundos: o de Participação dos Estados e Distrito Federal (FPE) e o de Participação dos Municípios (FPM), tratando ainda dos Fundos de Financiamento da Região Norte (FNO), Nordeste (FNE) e Centro-Oeste (FCO).

A estes fundos é destinado o percentual de 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a renda e 50% do imposto incidente sobre produtos industrializados da seguinte forma:

1. 21,5% ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
2. 22,5% ao Fundo de Participação dos Municípios;
3. 3% para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

4. 3% ao Fundo de Participação dos Municípios, que serão entregues em três parcelas em julho, setembro e dezembro de cada ano;

## 5. A Receita das Contribuições

O Art. 149. dispõe que compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observada a anterioridade nonagesimal (90 dias).

As contribuições sociais são classificadas como receitas vinculadas posto que são criadas já com finalidade de atender a determinadas demandas e a Constituição não prevê a sua repartição. No entanto, por meio de emendas, conhecidas como “Desvinculação de Receitas da União” – DRU (EC93/2016)<sup>137</sup>, parte dos valores arrecadados vêm sendo desvinculados do pagamento das despesas sociais, o que motivou ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental por 21 Governadores de Estado (ADPF 523138) demandando repartição para os Estados de 20% dos valores desvinculados. A relatora do processo, Ministra Rosa Weber, concluiu pela improcedência da arguição.

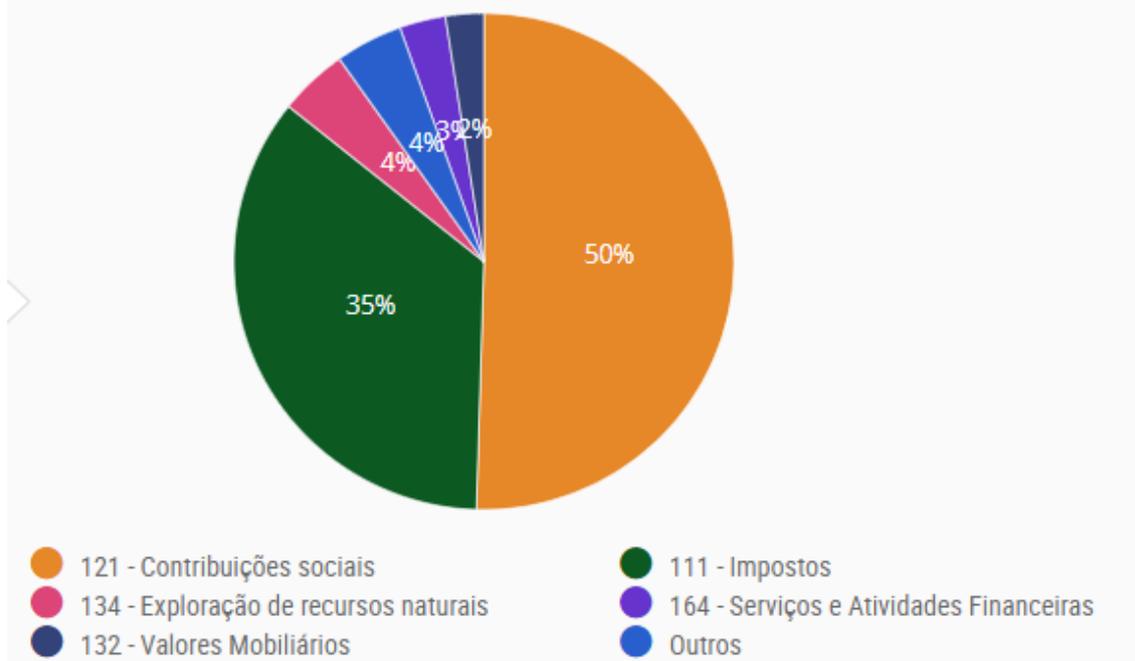
### **Fig. 1 – Orçamento inicial de receitas por espécie**

---

137 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc93.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc93.htm). Acesso em 08/06/2023.

138 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5485462>. Acesso em 08/06/2023.

## ORÇAMENTO INICAL DE RECEITAS POR ESPÉCIE



Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal<sup>139</sup>

Como pode-se constatar na figura nº 1, que trata do orçamento inicial de receitas por espécie<sup>140</sup>, a participação desta receita na totalidade das receitas correntes da União é bastante expressiva e como não está sujeita à repartição expõe a face centralizada do Federalismo Fiscal o que justificou a ação por parte dos governadores.

### 6. Os Conflitos Federativos

As desigualdades regionais e as diferenças de receita tributária disponível per capita vem se provando como elementos de grande fragilidade do federalismo brasileiro. O estabelecimento do sistema de partilha e os fundos de desenvolvimento regionais suavizaram o problema, porém não o resolveram completamente e a disputa pelo desenvolvimento regional estimulou a guerra fiscal que tem se revelado a principal alternativa na disputa por investimentos e aumento da arrecadação, prejudicando o federalismo de cooperação que se busca.

A Constituição Federal de 1.988 estabeleceu a descentralização, com maior participação dos entes subnacionais na receita tributária e autonomia na gestão dos

<sup>139</sup> Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>. Acesso em 08/06/2023.

<sup>140</sup> Disponível em <https://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>. Acesso em 08/06/2023.

gastos. Todavia, ao atribuir à união a competência da edição de normas de caráter geral e dificultar o veto dos entes subnacionais às normas contrárias a seus interesses, deu condições para a esfera federal editar normas em diferentes áreas comprometendo o equilíbrio federativo fiscal a partir do uso da prerrogativa de iniciativa legislativa<sup>141</sup>.

Observa-se que as três esferas de poder, legislativo, judiciário e executivo, têm participação ativa nos conflitos federativos, quer agindo para sua produção ou na sua solução. Nos próximos tópicos será abordada a atuação de cada esfera de poder: Legislativo, Judiciário e Executivo, em recorte de situações recentes e específicas sem a pretensão de esgotar a análise dada a impossibilidade de aprofundamento em assunto tão vasto e denso.

## **7. CONGRESSO NACIONAL: MEDIDAS DE IMPACTO NO PACTO FEDERATIVO**

Dentre os dispositivos recentes que comprometem o federalismo fiscal e que certamente gerarão demandas judiciais pode-se citar:

### **7.1. VINCULAÇÃO DA RECEITA DOS ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL PARA PAGAMENTO DE DÍVIDAS COM A UNIÃO**

Discutida como PEC Emergencial (PEC 186/2019142) foi aprovada e gerou a Emenda Constitucional 109/2021143. A vinculação da receita dos Estados para pagamento de dívidas foi anunciada pelo Ministério da Economia como:

“Desvinculação dos recursos de fundos para o controle da dívida - os recursos de fundos que já tinham sido contabilizados em orçamentos de anos anteriores e integraram o superávit financeiro da União serão usados para abater os juros da dívida pública. Esses recursos ficaram por anos empoçados e não poderiam reduzir o endividamento do país. Quando esses recursos ficam presos nos fundos, o Tesouro Nacional precisa emitir mais dívida para financiar as outras despesas, mesmo tendo em caixa recursos carimbados. Quanto maior a necessidade de emissão de dívida, maiores juros pagos pelo país, o que dificulta a gestão da dívida pública. A Emenda Constitucional

---

<sup>141</sup> LOPREATO, Francisco Luiz c., Federalismo brasileiro: origem, evolução e desafios. Texto para Discussão. Unicamp. IE, Campinas, n. 388, jul. 2020.

<sup>142</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139702>. Acesso em 08/06/2023.

<sup>143</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm). Acesso em 08/06/2023.

também veda a criação de fundos quando seus objetivos possam ser alcançados pela execução direta do orçamento<sup>144</sup>”.

O que o Ministério da Economia denominou “desvinculação”, é, na realidade, “vinculação” das receitas de impostos da competência dos Estados, Municípios e Distrito Federal ao pagamento dos encargos das dívidas, o que promove a centralização de receitas já comprometidas com a descentralização, conforme se lê no texto ao § 4º:

Art. 167. São vedados: (...)

IV - A vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos artigos. 198, § 2º, 212 e 37, XXII e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

§ 4º É permitida a vinculação das receitas a que se referem os artigos. 155, 156, 157, 158 e as alíneas "a", "b", "d" e "e" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 desta Constituição para pagamento de débitos com a União e para prestar-lhe garantia ou contragarantia. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021). (Grifou-se).

A PEC 186/2019 trouxe a constitucionalização da questão relativa ao pagamento de débitos com a União, o que, provavelmente, irá redirecionar as decisões do STF que tem sido mais favoráveis aos entes subnacionais em controle difuso da constitucionalidade<sup>145</sup>, fragilizando ainda mais o equilíbrio fiscal federativo.

## **7.2. ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULA PARA DEDUÇÃO DOS VALORES DEVIDOS À UNIÃO DOS MONTANTES A SEREM REPASSADOS PARA ENTES FEDERATIVOS**

---

<sup>144</sup>Disponível em: [https://www.gov.br/economia/pt-br/canais\\_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2021/marco/ministerio-da-economia-destaca-principais-pontos-da-pec-186-2019](https://www.gov.br/economia/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2021/marco/ministerio-da-economia-destaca-principais-pontos-da-pec-186-2019). Acesso em 22/06/2022.

<sup>145</sup>DANTAS, Andrea de Quadros. O STF como árbitro da federação. REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO | V. 16 N. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS 2 | e1964 | 2020.

A Emenda Constitucional nº 113, de 2021<sup>146</sup>, estabeleceu, de forma bastante impositiva, que os contratos que envolvam dívidas dos Estados e Municípios para com a União contenham cláusula para autorizar a dedução dos valores devidos dos montantes a serem repassados para estes entes federativos:

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

§ 1º A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos: (Renumerado do Parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021)

I – Ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II – Ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º Os contratos, os acordos, os ajustes, os convênios, os parcelamentos ou as renegociações de débitos de qualquer espécie, inclusive tributários, firmados pela União com os entes federativos conterão cláusulas para autorizar a dedução dos valores devidos dos montantes a serem repassados relacionados às respectivas cotas nos Fundos de Participação ou aos precatórios federais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021). (Grifou-se).

O parágrafo 2º trouxe garantia contratual de que a União poderá deixar de repassar verbas para entes federados quando estes possuírem dívidas. Sua redação pode ser entendida como mais uma medida de proteção que a União adotou em reação às decisões do STF contrárias aos interesses da União, proferidas em ações interpostas pelos entes federados que sofreram retenções. Conforme pesquisa de Rubens Glezer<sup>147</sup> as

<sup>146</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc113.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc113.htm). Acesso em 08/06/2023.

<sup>147</sup> GLEZER, Rubens. As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 395-434, jul./dez. 2021.

decisões do STF indicam que a União não poderia reter verbas que fossem essenciais à prestação de serviços públicos pelos entes federados.

### **7.3. ESTABELECIMENTO DE TETO PARA ALÍQUOTA DE ICMS RELACIONADA AOS COMBUSTÍVEIS**

O projeto foi aprovado no Congresso e sancionado pela presidência como Lei Complementar 194, de 2022<sup>148</sup> e estabeleceu que combustíveis, energia elétrica, comunicações e transporte coletivo são considerados bens e serviços essenciais ficando sujeitos à alíquota máxima de 18%. Anteriormente alguns estados aplicavam alíquota superior a 30%.

O projeto foi recebido com resistência pelos Governadores, Prefeitos e Senadores em razão da elevada queda na arrecadação que iria provocar. Para romper a resistência foram previstos dispositivos de compensação, nos quais a União compensará os entes para que mantenham os gastos constitucionais com saúde e educação além da compensação de perdas superiores a 5% em relação a 2021.

O portal da Câmara dos Deputados<sup>149</sup>, noticiou que o projeto de Lei foi inspirado em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, no RE-RG 714.139-RG, com repercussão geral, tema 745, e efeitos a partir do exercício financeiro de 2.024, proferida em novembro de 2.021, na qual a corte definiu que as alíquotas de ICMS cobradas pelos estados por serviços de energia elétrica e telecomunicações não devem ser maiores que a média praticada sobre outros produtos, conforme texto do acórdão 150 que se segue:

"Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços".

A redução substancial da alíquota do ICMS, ainda que justa, se insere no conjunto de medidas aprovadas pelo congresso que compromete a autonomia fiscal dos estados da federação, comprometendo o equilíbrio federativo.

---

148 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp194.htm). Acesso em 08/06/2023.

149 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/877941-projeto-classifica-combustiveis-e-energia-como-itens-essenciais-para-limitar-tributacao/>. Acesso em 09/06/2023.

150 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4307031>. Acesso em 08/06/2023.

## 8. STF: Atuação Dualista Nos Conflitos em ações cíveis ordinárias - ACO

Conforme conceituado nos tópicos anteriores, as competências e repartições estabelecidas constitucionalmente compõem um quadro bastante complexo e vulnerável a disputas, algumas delas capazes de representar risco ao equilíbrio federativo e, portanto, submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal que possui competência para tal conforme art. 102, f da Constituição Federal de 1.998.

Pesquisas vem sendo efetuadas no sentido de mapear os temas mais recorrentes e, conforme estudo realizado por Andrea de Quadro Dantas<sup>151</sup>, em relação às ações cíveis ordinárias - ACO, já sentenciadas, onde União e Estados litigam, os conflitos admitidos como suscetíveis de representar risco ao equilíbrio federativo são fundamentalmente relacionados à temática fiscal.

De acordo com corte realizado na pesquisa, as demandas se distribuem em temas basicamente relacionados ao equilíbrio fiscal, sendo as seguintes as mais relevantes:

- 73% das demandas se referem a regularidade da inscrição dos Estados em cadastros de inadimplência do Governo Federal, em atendimento aos art. 25 e 40 da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>152</sup>, sendo o Sistema de Informações sobre Requisitos Fiscais – Cauc, o tema mais recorrente no STF;
- 13% reportam-se à repartição de receitas para os Estados onde se discute o percentual das parcelas repassadas pelo fundo de participação dos Estados, cálculo da parcela destinada à educação (Fundef e Fundeb), cálculo da Receita Líquida Real, percentual dos royalties do petróleo, perda financeira pela desoneração de tributos por parte da União, execução de contragarantia pela União e outras formas de repasse;
- 5% versam sobre temas tributários como imunidade recíproca, tema sobre o qual o STF vem reafirmando ser de importância fundamental para o federalismo brasileiro;

---

<sup>151</sup> DANTAS, Andrea de Quadros. O STF como árbitro da federação, artigo publicado na REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO | V. 16 N. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS 2 | e1964 | 2020.

<sup>152</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em 09/06/2023.

- 2,5% se referem a negociações ocorridas no final dos anos 1.990 e outras mais recentes.

Em relação às decisões do STF proferidas nas ACO's a pesquisa concluiu que a jurisprudência do STF favorece os Estados em detrimento da União, promovendo a descentralização de recursos da União para os Estados.

Porém no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade e o impacto da jurisprudência do STF sobre a estrutura federalista, os estudos até então existentes, apontam um caráter centralista da Suprema Corte, na medida em que suas decisões ampliam o alcance interpretativo da competência legislativa concorrente e privativa da União, e restringem o poder constituinte estadual, ao alargar o sentido da expressão "simetria constitucional".

Assim a pesquisa conclui que se pode afirmar que, em linhas gerais, o STF exerce uma influência dualista no federalismo, à medida que favorece a União no controle concentrado e favorece os Estados no controle concreto.

#### **9. Poder Executivo: Conflitos Federativos na Pandemia Covid-19**

Durante a pandemia do Coronavírus Covid-19, observou-se intensos embates políticos entre o Presidente Jair Bolsonaro e os Governadores.

O Presidente protagonizou duas frentes de conflito, a primeira delas foi deflagrada ao conclamar a população a retomar as atividades de forma precoce e despreparada contrariando as recomendações da comunidade médica mundial e a segunda foi promovendo a retenção de repasses que deveriam ser feitos para antes da federação com os quais entrou em conflito e que se encontravam em difícil situação financeira em razão da Pandemia e se tornaram inadimplentes.

Entre as ações relativas à quebra do isolamento social pode-se citar a campanha "O Brasil não pode parar", cuja produção e circulação foi vedada pela ADPF nº 669153, e a edição da Medida Provisória 926/2020<sup>154</sup>, a qual previa que o poder executivo federal poderia regular, mediante decreto, a atividade econômica referente aos serviços públicos e atividades essenciais durante a pandemia e, em seguida, a edição dos Decretos

---

<sup>153</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343042278&ext=.pdf>. Acesso em 09/06/2023.

<sup>154</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm). Acesso em 09/06/2023.

10.282/2020155 e 10.292/2020156, que definiram as atividades essenciais incluindo no rol os cabelereiros, lotéricas e academias de ginástica, com intenção de eximir tais atividades econômicas das políticas estaduais de isolamento social.

Em relação à retenção de repasses constatou-se que os estados em crise financeira e em dívida com a União tiveram sua situação agravada no contexto da pandemia o que afetou excepcionalmente a capacidade de pagamento com a consequente inadimplência. Diante disto, a União estaria autorizada a efetuar retenção das transferências constitucionais aos entes devedores. Porém, apesar da literalidade do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma série de restrições a atitudes dessa natureza que pudessem fragilizar de maneira desproporcional a autonomia estadual.

Em ambas as frentes houve intensa atuação do STF. Sua interferência nos conflitos federativos pode ser ativada de quatro formas:(1) Controle concentrado de normas em violação da competência legislativa; (2) Recursos extraordinários frente a decisões dos Tribunais de Justiça que contrariem a Constituição Federal;(3) Ação Cível Ordinária para discutir divergências entre União e Estados e (4) Controle concentrado do processo legislativo de produção de emendas constitucionais quando estas violem gravemente as cláusulas pétreas dentre as quais se encontra a “forma federativa”.

Todo o arcabouço jurídico e político, permitiu grande flexibilidade e participação de diversos autores em todo o processo de forma que durante a pandemia do Coronavírus, ficou constatado que as instituições possuem mecanismos apropriados para evitar arbitrariedades e retaliações tanto em caráter reativo quanto em caráter preventivo, porém, ainda assim, o equilíbrio fiscal dos entes subnacionais foi bastante atacado.

## **CONCLUSÃO**

Comentadas, aos tópicos anteriores, as atuações das esferas de poder Legislativo, Judiciário e Executivo, resta refletir sobre a harmonia dos poderes e o papel do Congresso Nacional na manutenção do equilíbrio federativo.

As decisões do STF são fundadas na Constituição, ocorre que a Constituição Brasileira, já bastante emendada, começa a perder de vista o ideal federativo. As emendas, ao longo do tempo, foram se banalizando e têm alterado substancialmente a

---

155 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm). Acesso em 09/06/2023.

156 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10292.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10292.htm). Acesso em 09/06/2023.

configuração federalista que o constituinte original buscou imprimir, logo há que se analisar, fundamentalmente, a atuação do Congresso Nacional na elaboração das emendas constitucionais e, em geral, na produção legislativa.

Idealmente, o Congresso Nacional e a Presidência da República possuem objetivos comuns de promover o crescimento econômico para garantir atendimento aos direitos constitucionais de sua população. No entanto, a história recente demonstra que ocorre no Congresso Nacional negociação de apoio político envolvendo recursos financeiros pagos, algumas vezes, aos próprios congressistas, conforme se apurou na ação penal 470157 e nas ações desenvolvidas no curso da operação Lava-Jato158 que teve início em 2.014.

Outro importante instrumento de cooptação política são os recursos advindos das emendas parlamentares ao orçamento.

As emendas ao orçamento foram objeto de investigação em Comissão Parlamentar de Inquérito, no início da década de 1.990, com a “CPI dos anões do orçamento”<sup>159</sup> e, recentemente, após divulgação pela imprensa da existência de um “Orçamento Secreto”<sup>160</sup>, um novo tipo de emenda, a RP9, vem sendo questionada por partidos políticos em arguições de descumprimento de preceito fundamental, ADPF 850161 e ADPF 851162 em razão de prejudicarem a transparência na gestão dos recursos.

Do exposto constata-se que os recursos públicos federais são objeto de intensa disputa e negociações políticas. A participação do Poder Legislativo na elaboração das leis orçamentárias e a propositura de emendas faz parte do saudável sistema de freios e contrapesos, no entanto, ao participarem da gestão dos recursos financeiros é natural que os parlamentares busquem maximizá-los para atender as demandas de seus eleitores e, por consequência, acabem por minimizar sua repartição para os demais entes nacionais

---

157 Ação penal 470: Veiculada pela imprensa como “Mensalão”.

158 Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 09/06/2023.

159 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/258256-especial-das-cpis-cpi-do-orcamento-07-09/>. Acesso em 09/06/2023.

160 FARIA, Rodrigo Oliveira. As Emendas de Relator-Geral do PLOA nas Normas Regimentais do Congresso Nacional: Gênese, Configuração e Evolução Histórica.

161 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6193240>. Acesso em 09/06/2023.

162 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6194438>. Acesso em 09/06/2023.

atentando, desta forma, contra a autonomia financeira dos Estados, Municípios e Distrito Federal o que inviabiliza o equilíbrio fiscal federativo.

Vislumbra-se claramente o conflito de interesses estrutural, posto que aquele que promove a produção legislativa, que deveria descentralizar os recursos, possui intenção de centralizá-los para aplicá-los segundo critérios próprios, o que resulta na conclusão de que o Congresso Nacional não possui verdadeiro interesse em zelar pelo equilíbrio fiscal federativo, basta atentar para as emendas constitucionais citadas ao longo do presente artigo.

Sendo estrutural o problema, sua solução não pode ser fácil. A produção acadêmica e a divulgação da imprensa certamente podem contribuir para suavizar os efeitos das distorções temporárias, como a que ora vivencia-se, inerentes a todo sistema em que várias forças atuam.

### **Referências bibliográficas**

ALVES, Fernando Antônio da Silva Alves. **Coronavírus e Conflito Federativo**. Confluências | Revista Interdisciplinar De Sociologia E Direito, 23(3), 182-203. Disponível em: <https://doi.org/10.22409/conflu.v23i3.49706>.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23.

DANTAS, Andrea de Quadros. **O STF como árbitro da federação**. REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO | V. 16 N. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS 2 | e1964 | 2020.

FARIA, Rodrigo Oliveira. **As Emendas de Relator-Geral do PLOA nas Normas Regimentais do Congresso Nacional: Gênese, Configuração e Evolução Histórica**. Prêmio SOF de Monografias. Brasília. 2022. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6928/1/2.3.%20XI%20Pr%C3%AAmio%20SOF.pdf>. Acesso em 09/06/2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Juspodivm, 9ª edição, 2017, pág. 302, 303, 874 a 938.

GLEZER, Rubens. **As razões e condições dos conflitos federativos na pandemia de Covid-19: coalizão partidária e desenho institucional**. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 395-434, jul./dez. 2021.

GLEZER, Rubens. **O mito da jurisprudência federalista concentradora do STF: uma nova proposta de análise dos conflitos federativos.** Revista brasileira de Estudos constitucionais RBEC - Belo Horizonte, ano 15, n. 47, p. 83-111, jan./jun. 2021.

LOPREATO, Francisco Luiz c., **Federalismo Brasileiro: Origem, Evolução e Desafios.** Texto para Discussão. Unicamp. IE, Campinas, n. 388, jul. 2020.

MOREIRA, André Mendes. **O Modelo de Federalismo Fiscal Brasileiro**, publicado em FEDERALISMO (S)EM JUÍZO. disponível em <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Andre-Mendes-Moreira.pdf>. Acesso em 09/06/2023.

MORTATI, Constantino. **Istituzioni di Diritto Pubblico**, tomo II, 9ª ed. Padova: Cedam, 1976, p. 824.

PRADO, Sérgio. **A questão fiscal na Federação Brasileira: diagnóstico e alternativas.** Cepal – Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, Mar. 2007.

SANTOS, Fabiano. **O Poder Legislativo no Presidencialismo de Coalizão.** Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 19ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2021.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

## ESTUDO E ANÁLISE DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

**LUANNE LIMA RODRIGUES:**  
bacharel em Direito no Centro  
universitário de Santa Fé do Sul -  
UNIFUNEC<sup>163</sup>

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo utiliza uma metodologia qualitativa e bibliográfica para analisar as diversas formas de violência contra mulheres no Brasil como: Femicídio, dependência financeira, violência psicológica, violência intrafamiliar, violência doméstica, violência física, violência sexual, violência institucional e violência patrimonial. Apresenta a lei 14.188/21 que inclui no Código Penal o crime de violência psicológica contra mulher. A lei nº 13.104/15 que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de Homicídio adicionado ao rol dos crimes hediondos. A Lei Maria Da Penha nº 11.340/06 e suas definições. Analisa dados de violência no Brasil com maior índice de homicídios. Apresenta ainda a necessidade de atualização e divulgação de dados sobre a violência contra as mulheres no Brasil, pois são essenciais para elaboração de indicadores para o desenvolvimento e a avaliação políticas públicas garantindo às mulheres o acesso à justiça e aos seus direitos e para sensibilizar a sociedade, contribuindo também para uma mudança cultural em relação às visões e práticas.

**Palavras-chave:** Femicídio; Violência; Mulher; Crime; Lei.

**ABSTRACT:** This study uses a qualitative and bibliographical methodology to analyze the different forms of violence against women in Brazil, such as: Femicide, financial dependence, psychological violence, intrafamily violence, domestic violence, physical violence, sexual violence, institutional violence and patrimonial violence. It presents the law 14.188/21 that includes in the Penal Code the crime of psychological violence against women. Law nº 13.104/15, which provides for femicide as a qualifying circumstance for the crime of Homicide added to the list of heinous crimes. Maria Da Penha Law nº 11.340/06 and its definitions. It analyzes violence data in Brazil with the highest homicide rate. It also presents the need to update and disseminate data on violence against women in Brazil, as they are essential for the elaboration of indicators for the development and evaluation of public policies, guaranteeing women access to justice and their rights and to raise

<sup>163</sup> E-mail: luannelima1999@outlook.com

awareness in society, also contributing to a cultural change in relation to visions and practices.

**Keywords:** Femicide; Violence; Women; Crime; Law.

## 1.INTRODUÇÃO

O feminicídio é um termo utilizado para denominar as mortes violentas de mulheres em decorrência de gênero. O significado de feminicídio se deu na década de 70, mas foi no ano de 2000 que espalhou pela América Latina em decorrência das mortes das mulheres ocorridas no México.

Para Russel, a dominação patriarcal é a maneira utilizada para explicar a situação de desigualdade que inferioriza as mulheres diante dos homens, desenvolve sentimentos de controle e de posse sobre a mulher e demonstra o menosprezo pela condição social feminina, gerando essas mortes. Além das diferenças culturais e sociais, a denominação feminicídio teve o intuito de revelar que as mortes de mulheres por condição de gênero são crimes sexistas, para os quais o sexo das vítimas seria determinante de sua ocorrência (ONUS MULHERES, 2013, p.20)

Mulheres são mortas violentamente por razão de gênero, uma desigualdade que está presente nas relações sociais, que é baseada na crença que a mulheres são subalternas aos homens e que suas vontades são menos relevantes. A violência de gênero reflete a radicalização dessas crenças que muitas vezes transformam as mulheres em objetos e propriedades de seus parceiros. O que é possível afirmar é que ano após ano mulheres são mortas pelo fato de ser mulher ou da desigualdade do poder, referindo-se ao acesso às oportunidades nos âmbitos econômicos, políticos, educacional ou cultural. Formando um círculo vicioso em que a ausência de mulheres nos espaços de liderança e decisão impede que haja melhorias para elas no ambiente corporativo, na esfera pública e no ambiente familiar.

O patriarcado influencia diretamente na representação na identidade feminina, tornando a mesma vítima de sua própria vida enquanto o gênero masculino tem posse do corpo da mulher, da sua mente e até da sua sexualidade. A escola, a mídia, a família, a sociedade e as políticas públicas tem o poder de reverter toda essa situação.

O presente trabalho teve como objetivo averiguar e analisar a legislação, a qualificação do feminicídio dentro do Código Penal, destacando as mudanças sofridas com a Lei nº 13.104/2015. Por fim, realizando uma análise sobre o estudo da violência contra a mulher no Brasil, como suas causas e consequências.

## 2 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

### 2.1 Femicídio no Brasil e a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

O homicídio é um dos crimes mais conhecidos contra a vida e está tipificado no código Penal, no art. 121, como a conduta de “matar alguém”. Está caracterizado como um crime comum, pois não exige nenhuma qualificação ou característica específica dos agentes ativo ou passivo do crime. Porém existem casos em que a lei pune com maior rigor a execução do homicídio por razões específicas, é o caso do feminicídio.

O crime de feminicídio está previsto na legislação desde a entrada em vigor da Lei 13.104/2015 que alterou o Código Penal (Decreto-Lei 2848/40), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. O inciso VI do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal diz que o feminicídio será homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Logo, percebemos duas qualificações, quanto à vítima, deve ser mulher e também quanto à motivação do crime, por razões da condição de sexo feminino, ou seja, quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Os parâmetros que definem a violência doméstica contra a mulher por sua vez, estão estabelecidas pela Lei Maria da Penha 11.340 desde 2006, qualquer omissão ou ação baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independente de orientação sexual. E ainda está ligado ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher, envolvendo um sentimento de superioridade masculina, que determina que a mulher tem menos direitos e merece menos respeito pelo fato de ser mulher.

O crime feminicídio foi incluído como uma circunstância qualificadora do homicídio pela lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, com intuito de agravar a pena para tal conduta e coibir a prática desse crime. A mesma lei inclui o feminicídio no rol dos crimes hediondos e por isso se tornou um crime insuscetível de anistia, graça e indulto e também inafiançável.

A pena para quem comete feminicídio é de 12 a 30 anos de reclusão, diferente do homicídio simples que é de 6 a 20 anos de reclusão. Além disso, a pena para o feminicídio ainda pode ser aumentada 1/3 (um terço) até a metade se a conduta for:

I- Durante a gestação ou nos 3 meses posteriores ao parto.

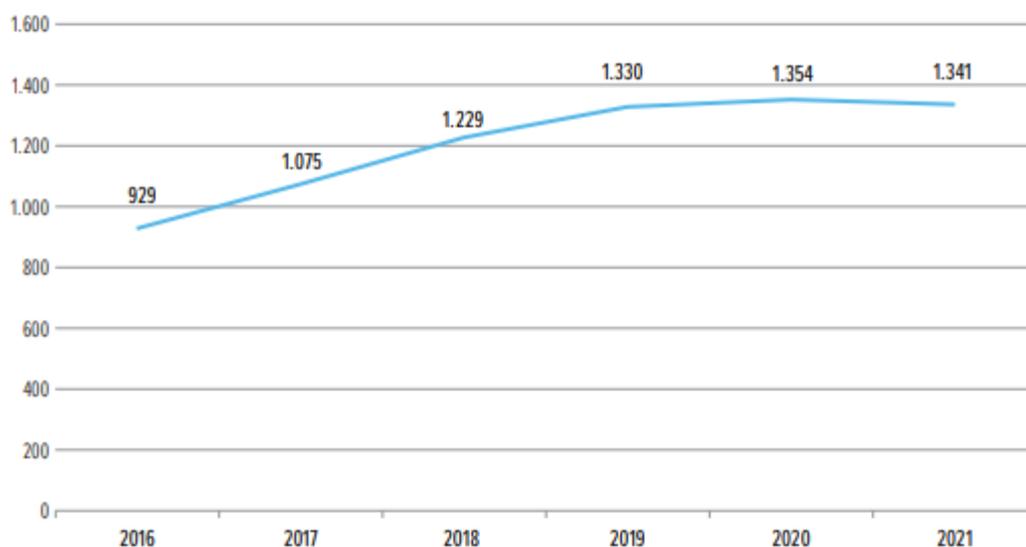
II- Contra a pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condições limitantes ou de vulnerabilidade física ou mental.

III- Na presença física ou virtual de descendente ou ascendente da vítima.

IV- Em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II, e III do caput do artigo 22 da Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006.

Os números de feminicídio nos últimos dois anos assustam, 2.695 mulheres foram mortas pela condição de serem mulheres – 1.354 em 2020 e 1.341 em 2021, é o que mostra o gráfico 1 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública abaixo.

**Gráfico 1** – Número de vítimas feminicídio, por ano`Brasil (2016-2021)



Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP), 2022

O feminicídio representa a última etapa da subjugação de uma mulher.

Mesmo previsto em Lei, com a medida protetiva concedida contra a pessoa que a ameaça e a persegue, não é suficiente para evitar que o agressor pratique atos contra a vida dessa mulher. A proteção tem que ser presente e mais efetiva, evitando aproximação do acusado antes de se transformar em estatística, pois muitas vezes quando a polícia chega a mulher já foi agredida ou até morta.

Recentemente uma reportagem divulgada em maio de 2023 pela TV Itatiaia de Minas Gerais, apresentou um caso de uma mulher casada que frequentemente era agredida pelo marido. Já havia perdido a visão de um olho e parcialmente do outro. Sua rotina era esperar seu marido sentada na calçada e conseqüentemente ser agredida por

ele. Se alimentava de restos de comida, quando e o que seu marido permitisse. Isso aconteceu por muitos anos, até que um dos filhos revoltado denunciou e o homem foi preso.

O femicídio, assim, é parte dos mecanismos de perpetuação da dominação masculina, estando profundamente enraizado na sociedade e na cultura (MENEGHEL; PORTELLA, 2017).

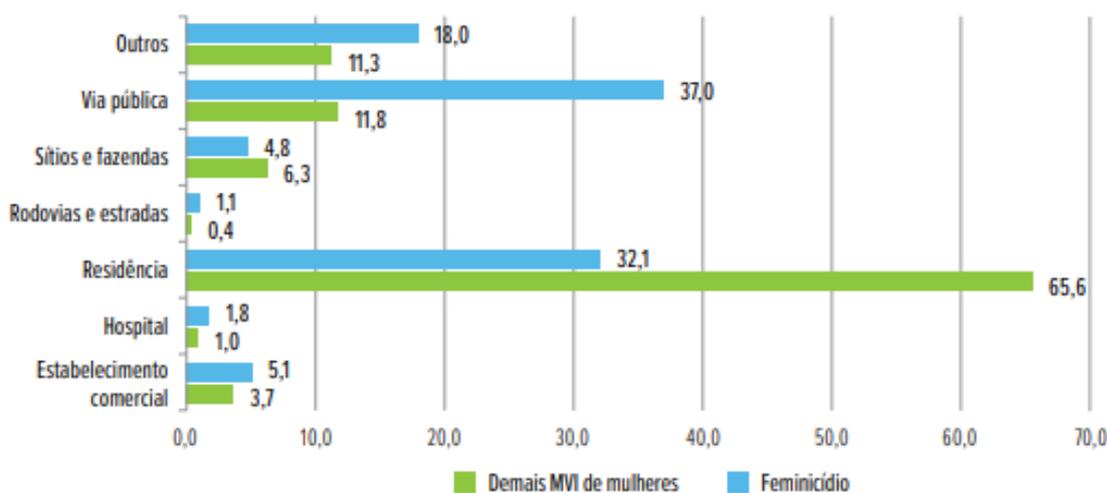
Muitas vezes a agressão acontece dentro da própria casa e a mulher por várias razões não conta nem mesmo para a família o que está acontecendo. Ela até vai à delegacia fazer a denúncia contra seu agressor, mas essa ação é pouco eficaz, pois quem está determinado a praticar o assassinato não vai ficar com medo da medida protetiva.

Diante da pressão crescente da sociedade civil, que vinha denunciando a omissão e a responsabilidade do Estado na perpetuação do femicídio, e com as organizações internacionais reiterando de mulheres associadas a razões de gênero, a partir de 2000 diversos países latino-americanos incluíram o femicídio em suas legislações (INSTITUTO PATRICIA GALVÃO, 2017, p.12).

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2022, apresenta números relacionados a violência contra a mulher e femicídio para contribuir com projetos de lei, políticas públicas e ações da sociedade civil com o propósito de preservar e proteger a vida de meninas e mulheres.

O gráfico 2 abaixo, que faz parte da pesquisa do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, mostra que as residências continuam sendo o local onde as mulheres são vítimas de femicídio, 65% dos crimes acontecem nas residências.

**Gráfico 2** - Femicídios e demais mortes violentas intencionais de mulheres, por tipo de local do crime Brasil (2021)



Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP), 2022

## 2.2 Objetivo e a Importância da Lei do Feminicídio

Em razão dos altíssimos índices de crimes cometidos contra as mulheres. Além da nossa cultura ainda se conformar com as discriminações da mulher por meio da prática expressa ou velada, da misoginia e do patriarcalismo. Verifica-se a objetivação da mulher, o que resulta em casos mais graves no feminicídio. A imensa quantidade de crimes cometidos contra as mulheres e os altos índices de feminicídios apresentam justificativas suficientes para a implantação da Lei nº13.104/15. São necessárias também políticas públicas que promovam igualdade de gênero por meio da educação, da valorização da mulher e da fiscalização das leis vigentes. A lei do feminicídio funciona como uma medida legal de maior eficácia para coibir o assassinato de mulheres.

A Lei Maria da Penha estabelece que a violência doméstica e intrafamiliar é crime e deve ser apurado através de inquérito policial e ser remetido para o Ministério Público. Esses crimes são julgados no Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a mulher, criados a partir dessa legislação, ou nas cidades em que ainda não existem, nas varas criminais.

A Lei tipifica as situações de Violência Doméstica, proíbe a aplicação de penas pecuniárias aos agressores, amplia a pena para até 3 anos e determina o encaminhamento das mulheres em situação de violência, assim como de seus dependentes, a programas e serviços de proteção e de assistência social. A Lei nº 11.340 sancionada em 7 de agosto de 2006, passou a ser chamada Lei Maria Da Penha em homenagem à mulher cujo marido tentou matá-la duas vezes e que desde então se dedica à causa do combate à violência contra mulheres.

A Lei Maria da Penha protege quem exerce o papel social de mulher, seja biológica, transgênero, transexual ou homossexual, se a vítima estiver em situação de vulnerabilidade em relação ao agressor. Este não precisa ser necessariamente o marido ou companheiro, pode ser um parente ou uma pessoa de seu convívio.

A Lei não contempla apenas os casos de agressão física, estão previstas também as situações de violência psicológica como afastamento dos amigos e familiares, ofensas, destruição de objetos e documentos, difamação e calúnia.

A Lei Maria da Penha prevê:

- Pena pecuniária;
- Reclusão até 3 anos e multa, se a conduta não constitui crime mais grave;
- A violência doméstica passa a ser um agravante para aumentar a pena;
- Não é possível substituir a pena por doação de cesta básica ou multas;
- Ordem de afastamento do agressor à vítima e seus parentes;
- Assistência econômica no caso da vítima ser dependente do agressor.

O Brasil teve um aumento de 5% nos casos de feminicídio em 2022 em comparação com 2021, aponta levantamento feito pelo G1 em parceria com o núcleo de Estudos de Violência da USP (NEV- USP) e o FBSP com base nos dados oficiais dos 26 estados e do distrito Federal. São 1400 mulheres mortas apenas pelo fato de serem mulheres, uma a cada 6 horas em média. Este número é o maior registrado no país desde que a lei de feminicídio entrou em vigor, em 2015.

Na grande maioria dos casos o assassino é o marido ou ex-companheiro. De acordo com o G1, os especialistas levantaram alguns fatores que podem estar por trás dessa alta de feminicídio como: a grande redução de investimento de políticas voltadas para o enfrentando de violência doméstica e domiciliar, o maior número de armas em circulação no país com o relaxamento de leis, a baixa fiscalização o que faz com que mulheres que tenham medida protetiva sejam vítimas de feminicídios e ainda a ascensão de grupos conservadores que defendem a desigualdade de gênero nas relações sociais.

## 2.3 Violência de Gênero

A violência contra a mulher não é um impasse recente, é um problema público que possui grande visibilidade política e social no Brasil e no mundo. É um reflexo direto de

como a sociedade se estrutura de forma desigual, propiciando um ambiente favorável para a perpetuação da dominação masculina e do ciclo da violência. Embora haja leis que a criminalizem, tais condutas continuam sendo um problema que persiste, afetando o bem-estar e a dignidade da vítima, bem como de toda a sociedade (SILVA, 2022).

A violência simbólica seria um processo de internalização da dominação masculina que passa a ser encarada como algo natural: é imperceptível aos olhos do agente passivo que não reconhece a sutileza e continuidade dos meios empregados, tão pouco a imposição de significações capazes de impedir que questione o tratamento ofensivo que lhe é dispensado.

A violência contra a mulher possui raízes históricas bem definidas: é fruto de um sistema patriarcal de dominação que pré-estabelece os papéis de gênero de acordo com a subjetividade, representações e comportamentos como forma de sentir, pensar e perceber o mundo.

De acordo com BEAUVOIR (1970, p.15) quando o homem usa da violência para se manter no poder, ele não está dominando apenas a mulher, mas também a sua autoestima e seu emocional. Muitas vezes as mulheres se deixam dominar por medo e intimidação, contribuindo para o aumento da violência. Essas violações exteriorizam-se principalmente através da violência em suas múltiplas formas, das quais se destacam a seguir:

- **Violência Intrafamiliar:** A violência intrafamiliar consiste em uma ação ou omissão praticada por um membro da família contra outro, de maneira a afetar-lhe a integridade física ou psíquica. O agressor pode ser qualquer membro da família, inclusive aqueles que exercem a função familiar, mas não detém o poder familiar. As ações que caracterizam esta espécie de violência podem manifestar-se por meio de negligência, abandono e abuso por ordem física, psicológica ou sexual, sendo este último o mais comum envolvendo meninas e adolescentes;

- **Violência doméstica:** A violência doméstica ou familiar abrange a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Distingue-se da intrafamiliar na medida em que pode ter como vítima ou ser praticada por pessoa estranha ao núcleo familiar, mas que convive no espaço doméstico, local em que o crime é praticado. A vítima desse tipo de violência majoritariamente mulheres que encontram nos companheiros, namorados, maridos e afins suas principais crueldades;

- **Violência física:** A violência física é caracterizada por qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal de outrem. Quando praticada contra a mulher em especial em um contexto de violência doméstica, se manifesta de múltiplas formas: tapas, empurrões, socos, chutes, queimaduras, cortes, estrangulamentos, lesões por armas de

fogo ou objetos cortantes, ingestão compulsória de medicamentos, álcool, drogas, privação alimentar, dentre outras;

• **Violência psicológica/moral:** A violência psicológica/ moral são tidas como silenciosas por não deixarem marcas visivelmente, consiste em qualquer ação ou omissão que implique prejuízo à saúde psíquica da mulher. Sendo assim, inclui-se nesta categoria qualquer conduta que lhe cause danos emocional, diminuição da autoestima e prejuízo ao pleno desenvolvimento, bem como vise desagradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões utilizando-se de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento social, vigilância constante, hábito de perseguição, insulto, chantagem, ridicularização, exploração ou privação de liberdade.

De acordo com a Organização Mundial da saúde, a violência psicológica é considerada a forma mais presente de agressão intrafamiliar à mulher, apesar de não deixar marcas físicas é uma grave violação dos direitos humanos, produzindo reflexos diretos em sua saúde mental e física.

Para D'OLIVEIRA (2000), médica e pesquisadora de Departamento de Medicina da Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, aponta que mulheres que sofrem violência, tem maior risco de depressão e outras doenças.

A Lei 14.188/21 inclui no Código Penal o crime de violência psicológica contra a mulher, com punição de seis meses a dois anos de prisão e multa, e alterou a Lei Maria da Penha para possibilitar o afastamento imediato do agressor do lar em casos de ameaça à integridade psicológica (e não apenas física como previa antes) da mulher em situação de violência.

• **Violência sexual:** A violência sexual se manifesta por meio de qualquer ação que a constranja a mulher, presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, chantagem, ameaça, manipulação, uso da força ou meio que reduza ou anule sua vontade pessoal. Considera que também há violência sexual quando se pratica ação que induza a mulher a comercializar ou utilizar a sua sexualidade, que a impeça de usar métodos contraceptivos de qualquer espécie e, por fim, que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

• **Violência Institucional:** A violência institucional é praticada por agentes de órgãos públicos ou privados no exercício de suas funções, os quais, por atos ou opiniões, se recusam a proteger ou negam atendimento às mulheres vítimas de outros tipos de violência. De modo geral, isso ocorre em razão do descrédito dado aos relatos das mulheres vítimas de abusos físicos, sexuais ou psíquicos que, raro, acabam por causar

danos irreparáveis à saúde e ao psicológico destas e nos casos mais graves, ceifam-lhe a vida;

• **Violência patrimonial:** A violência patrimonial aparece como aquela em que há retenção, subtração, destruição total ou parcial dos objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens ou recursos econômicos da mulher, de modo a impedir o pleno exercício de sua autonomia.

## 2.4 Desigualdade de Gênero

A desigualdade de gênero é um problema antigo, porém presente em nossa sociedade. Desde os primórdios da humanidade, a maioria dos povos caminhou para o desenvolvimento de sociedades patriarcais, em que o homem detinha o poder de mando e decisão sobre a família. Esse modelo foi transposto do âmbito familiar privado para o âmbito público, fazendo com que sistemas políticos desenvolvessem-se pelo comando masculino (PORFÍRIO).

Uma parcela dos homens vê a mulher apenas como dona do lar, procriadora ou como objeto sexual. O desprezo pela figura da mulher desde os primórdios e essa prepotência de superioridade do homem contínua até os dias atuais. O conceito de inferioridade perpetua podendo acarretar atitudes violentas como agressão ou até mesmo a morte.

A desigualdade se divide em dois tipos quais sejam: A natural sucedendo da ordem da biológica do ser, como por exemplo, a diferença de cor, força e outras da espécie humana. E a desigualdade moral que é um resultado da relação intersocial entre homens que pertencem a divergentes níveis de uma sociedade (Jean Jacques Rousseau 1999, p.39).

[...] repensar e recriar a identidade de sexo sob uma ótica em que o indivíduo, seja ele homem ou mulher, não tenha que adaptar-se a modelos hierarquizados, e onde as qualidades "femininas" sejam atributos do ser humano em sua globalidade. (PEDRO, 202, p.26).

Implantar políticas justas, não apenas com intuito de reduzir as diferenças nas médias salariais entre homens e mulheres, mas também visando tornar mais igualitária a divisão de tarefas no âmbito doméstico, grande ingresso das mulheres no mercado de trabalho, implementar uma cultura baseada em transparência e igualdade, criar políticas públicas fortalecendo as conquistas das mulheres, são contribuições para que aos poucos seja reduzida essa desigualdade tão injusta.

## 2.5 Dependência Financeira

A dependência financeira, a incapacidade de se sustentar faz com que muitas mulheres continuem num relacionamento abusivo, permanecem vulneráveis a situações de violência que pode resultar em morte.

Grande parte dessas mulheres tem filhos pequenos, dependentes e se dedicam a vida exclusivamente ao lar, não tem renda suficiente para se sustentar. Mesmo que ela consiga judicialmente pensão alimentícia, o que muitas vezes é insuficiente para o seu sustento e dos filhos, prefere sofrer violência do que enfrentar dificuldades financeiras sozinha.

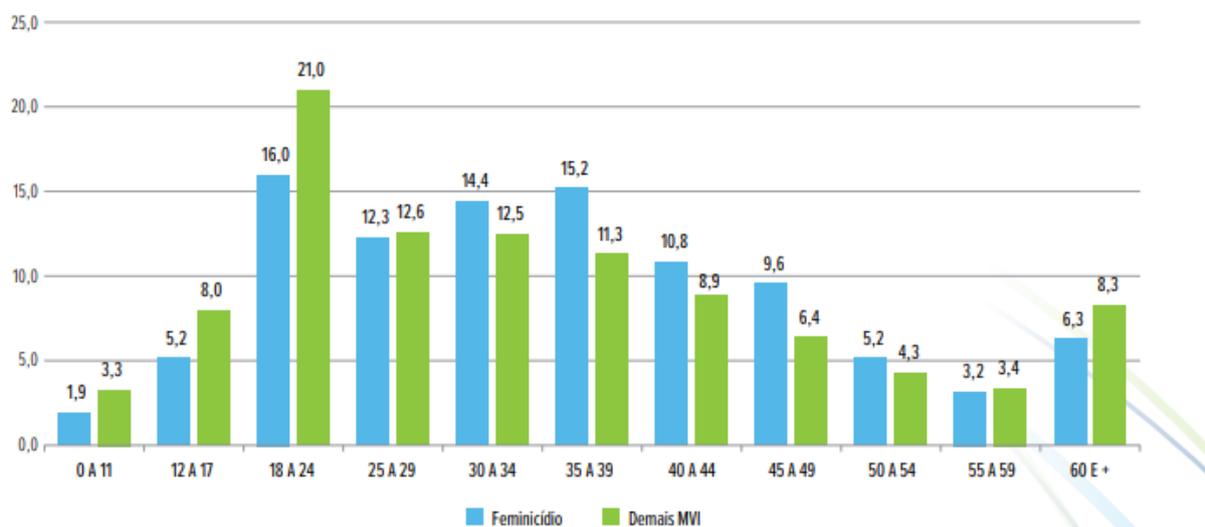
A violência contra a mulher na maioria das vezes é por machismo declarado. Os agressores fazem as mulheres como objetos de seus domínios e culpando-as pelas agressões geradas. Sendo uma questão cultural que a mulher nasceu para corresponder ao pai em seguida ao marido, sem direito, impedida de receber o próprio sustento, cumprindo as atividades subordinadas como criar os filhos, cuidar do marido e da casa. Assim ficou domada ao marido ao qual responsável por trabalhar e sustentar a esposa e filhos, praticando assim o poder sobre a mulher.

O rompimento da relação é, muitas vezes, a forma que a mulher busca de interromper a violência, mas acaba sendo também o momento em que ela fica mais vulnerável, incorrendo no crescimento da violência (FBSP, 2021).

O que analisamos pelo gráfico 3 abaixo, que incidência de mortalidade é na idade reprodutiva, entretanto, as mulheres são vítimas do feminicídio em todas as faixas etárias.

**Gráfico 3** - Feminicídios e demais mortes violentas intencionais de mulheres, por faixa etária

Brasil, 2021



Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP), 2022

### 3 Conclusão

As agressões contra a mulher se fazem presente por tempos e é um problema social em toda a sociedade, atingindo um número significativo de mulheres em todo o mundo.

Os estudos sobre a violência doméstica contra a mulher no Brasil foram um motivo para a iniciativa de denúncia desses crimes de assassinatos de mulheres por parceiros. Os estudos apontam para causas sociais, ou para causa individuais. Um problema tão vasto como a violência doméstica contra a mulher tem se mostrado presente em diversas culturas, diferentes classes sociais, não pode ter como causa somente aspectos individuais.

Apesar das transformações ocorridas na sociedade e nas diversas culturas ligadas às relações de gênero masculino e feminino, alguns estereótipos persistem a alguns comportamentos e valores ligados à cultura patriarcal. No caso da violência psicológica encontra-se uma das faces de sua invisibilidade da cultura, do "natural" ou "normal". A violência psicológica é tolerada como parte dos comportamentos aceitos.

A inserção no mercado de trabalho e sua contribuição para a renda familiar é um grande avanço, mas não garante à mulher não ser mais vítima da violência. A grande maioria das vítimas procuram forma de cessar a violência ao procurar auxílio do estado através da polícia/judiciária.

A mudança desta realidade requer que o poder público englobe a luta pela erradicação da violência e do feminicídio como uma política de estado, uma vez que a violência de gênero e da discriminação ultraja a consolidação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. O Segundo Sexo: Fatos e Mitos. 4ª ed. trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970, p. 15.

PEDRO, W. J. A. Metamorfoses masculinas: significados objetivos e subjetivos. Uma reflexão psicossocial na perspectiva da identidade humana. [Dissertação de Doutorado em Psicologia] São Paulo, 2002, 240 f. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.

TELES, Maria Amélia de Almeida. 1ª Ed. O que são direitos humanos das mulheres. São Paulo Braziliense, 2006.

BRASIL, PRESIDENCIA DA REPÚBLICA – CASA CIVIL. Lei nº13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil-03/-Ato2015-2018/2015/lei<13104.htm>](http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/-Ato2015-2018/2015/lei<13104.htm>). Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL, PRESIDENCIA DA REPÚBLICA - CASA CIVIL. Lei nº8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL, PRESIDENCIA DA REPÚBLICA - CASA CIVIL. Lei nº11340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL, PRESIDENCIA DA REPÚBLICA - CASA CIVIL. Lei nº14.188, de 28 de julho de 2021. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm). Acesso em: 21 jul. 2022.

BRITO, Auriney. **Lei do Femicídio: entenda o que mudou.** 2015. Disponível em: <https://aurineybrito.jusbrasil.com.br/artigos/172479028/lei-do-femicidio-entenda-o-que-mudou#:~:text=Entrou%20em%20vigor%20hoje%20a,da%20condi%C3%A7%C3%A3o%20de%20sexo%20feminino>. Acesso: 20 jul. 2022.

D'OLIVEIRA, Ana Flavia Pires Lucas, **VIOLÊNCIA DE GÊNERO, NECESSIDADES DE SAÚDE E USO DE SERVIÇOS EM ATENÇÃO PRIMÁRIA.** São Paulo, 2000. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-10102006-151619/publico/AnaFlaviaDOliveira.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2023

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP), 2022. **FEMINICÍDIOS CAEM, MAS OUTRAS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES CRECEM EM 2021 – ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA DE 2022.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/10-anuario-2022-femicidios-caem-mas-outras-formas-de-violencia-contra-meninas-e-mulheres-crescem-em-2021.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

INSTITUTO PATRICIA GALVÃO, **Femicídio.** Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/femicidio/>. Acesso em: 24 jul. 2022.

MENDES, Anderson M. **A Lei Maria da Penha- Aplicável à mulher ou ao ser humano?** 03 julho 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1495195/a-lei-maria-da-penha-aplicavel-a-mulher-ou-ao-ser-humano-anderson-m-mendes>. Acesso em 24 julho 2022.

NEIVA. Femicídio: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher, por Lourdes Bandeira. 7 fev. 2014. Disponível em: <http://neiva.ufpa.br/index.php/329/>. Acesso em: 21 jul. 2022.

MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. **FEMINICÍDIOS: CONCEITOS, TIPOS E CENÁRIOS,** 20 abr. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/SxDFyB4bPnxQGpJBnq93Lhn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 ago. 2023.

NOGUEIRA, C. R. R. & PEREIRA, P. C. **Subjetividade e violência contra a mulher.** 2017. Disponível em: <https://unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/psicologiasaberes&praticas/sumario/60/12122017145517.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

SILVA, Gabriela de Sá. **O corpo e o símbolo: a violência de gênero nas perspectivas de Pierre Bourdieu e Simone de Beauvoir.** 29 de abr. 2022. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58260/o-corpo-e-o-smbolo-a->

violencia-de-gnero-nas-perspectivas-de-pierre-bourdieu-e-simone-de-beauvoir. Acesso em: 13 ago. 2023.

SILVA, SPOLLE E FREITAS; Carolina Freitas de Oliveira, Marcus Vinicius, Amilcar Cardoso Vilaça de. **O Femicídio no México, Costa Rica e Brasil: Algumas Considerações Sobre o tema**. 2019. Disponível em: Copella, 2012- O feminicídio no México, Costa Rica e Brasil-<https://periodicos.ufpel.edu.br>. Acesso em: 21 jul. 2022.

OLIVEIRA, COSTA E SOUSA; Ana Carolina Gondim de A., Mônica Josy Sousa Costa, Eduardo Sérgio Soares. **Feminicídio e Violência de Gênero: aspectos sócios jurídicos**. 2015. Disponível em: <http://revistatema.facisa.edu.br/index.php/revistatema/article/view/236>. Acesso em: 22 jul. 2022.

ONU MULHERES, **Aprovação do projeto de lei do feminicídio é avanço para enfrentar aumento de assassinatos de mulheres, diz ONU Mulheres**. ONU Mulheres, 04 mar. 2015. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/noticias/aprovacao-do-projeto-de-lei-do-femicidio-e-avanco-para-enfrentar-aumento-de-assassinatos-de-mulheres-diz-onu-mulheres-brasil/>. Acesso em: 23 jul. 2022.

ONU MULHERES, **Diretrizes Nacionais Feminicídio, investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero AS MORTES VIOLENTAS DE MULHERES**. ONU Mulheres, Abr. 2013. Disponível em: [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes\\_femicidio.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf). Acesso em: 23 jul. 2022.

PORFÍRIO, Francisco. **“Desigualdade de gênero”**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/desigualdade-de-genero.htm>. Acesso em: 15 ago. 2023

VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; PINHONI, Marina; FARIAS, Victor; G1. Brasil bate recorde de feminicídios em 2022, com uma mulher morta a cada 6 horas. G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2023/03/08/brasil-bate-recorde-de-femicidios-em-2022-com-uma-mulher-morta-a-cada-6-horas.ghtml>. Acesso em: 14 ago. 2023.

## O INSTITUTO DA ADOÇÃO E A POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA: REPERCUSSÕES JURÍDICAS

**CAROLINA FERRAZ VIANA:**

Advogada, pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões na Faculdade Legale<sup>164</sup>.

**RESUMO:** A adoção é um instituto jurídico excepcional e que somente se perfectibiliza por ação judicial, cujo intuito é estabelecer um parentesco civil entre adotante e adotado, advindo da escolha. Por ser tão relevante, social e juridicamente, é permeado por requisitos e procedimentos regulamentados por dispositivos legais. Em meio a isso, o interesse na desistência da adoção pode surgir, apesar de referida possibilidade não estar claramente prevista na legislação, o que está propício a gerar algumas consequências jurídicas. O presente artigo científico, por meio da metodologia da revisão bibliográfica, busca ressaltar a importância do instituto da adoção e refletir sobre as consequências psicossociais e jurídicas que podem advir de uma eventual desistência da adoção, em todas as suas fases. Para tanto, são descritas as supracitadas fases, bem como os efeitos pessoais e patrimoniais da formalização da adoção e os princípios que norteiam o assunto, discorrendo sobre a possibilidade de desistência do instituto, assim como nulidade ou anulação deste, ressaltando-se as repercussões jurídicas plausíveis de serem provenientes da desistência.

**Palavras-chave:** adoção; desistência; repercussões jurídicas; proteção; responsabilização civil.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 NOÇÕES GERAIS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO. 2.1 Fases do Processo de Adoção. 2.2 Efeitos da Adoção. 3 PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO DO ADOTADO. 4 POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO. 4.1 Adoção Nula, Anulável ou Passível de Rescisão. 5 REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA DESISTÊNCIA. 5.1 Responsabilidade Civil. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda sobre o instituto da adoção, o qual constitui uma forma de filiação formada por sentença judicial, criando um parentesco civil entre adotante e adotado. Nesse contexto, o artigo tratará especificamente acerca da possibilidade de desistência da adoção, nas suas diferentes fases, bem como as repercussões jurídicas provenientes disso.

---

164 E-mail: carol9ferraz@hotmail.com

Embora a eventualidade de uma desistência da adoção não esteja expressamente prevista na legislação, é uma realidade enfrentada por muitos adotandos. Dessa forma, já existem algumas decisões judiciais versando sobre isso, inclusive ponderando acerca de possíveis consequências jurídicas.

Sob o âmbito do melhor interesse e proteção do adotando, é de se ponderar: seria justo que a desistência da adoção, em determinadas fases, não trouxesse qualquer consequência ao adotante, considerando os inúmeros prejuízos que poderia ocasionar ao adotado? É certo que a adoção envolve não somente efeitos jurídicos, mas também está intimamente ligada a questões psicossociais, tanto dos adotandos quanto dos adotantes. Assim, é um instituto muito importante e delicado, que deve ser permeado por seriedade e respeito.

Este trabalho é um artigo de revisão bibliográfica. A metodologia a ser utilizada, quanto a sua finalidade, se dará por pesquisa básica ou pura; quanto ao seu objetivo, será utilizada a pesquisa exploratória; com relação aos procedimentos, empregar-se-á a pesquisa bibliográfica; no que tange a natureza, pesquisa qualitativa; e quanto ao local, pesquisa de campo.

O objetivo deste artigo é refletir acerca das diversas consequências que podem surgir de uma desistência da adoção, nos âmbitos administrativo, penal, civil, bem como psicológico, a fim de ponderar sobre a importância do instituto e a seriedade com a qual este deve ser tratado.

Em síntese, será abordado um pouco sobre o conceito e importância da adoção, assim como as fases que precedem o processo judicial de concessão desse instituto, e seus efeitos, pessoais e patrimoniais; bem como os princípios norteadores da proteção do adotado. Ademais, será analisada a possibilidade de desistência da adoção, em cada fase, assim como viabilidade de nulidade, anulabilidade e rescisão desta. Por fim, serão retratadas as repercussões jurídicas plausíveis de serem derivadas da desistência, inclusive responsabilidade civil.

## **2 NOÇÕES GERAIS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO**

A adoção, nas palavras da ilustríssima jurista Maria Helena Diniz, consiste:

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. Dá origem, portanto, a uma

relação jurídica de parentesco civil entre adotante e adotado. É uma ficção legal que possibilita que se constitua entre o adotante e o adotado um laço de parentesco de 1º grau na linha reta. (DINIZ, 2010, p. 522).

Em complemento, Dias (2021, p. 328-329) aponta ser a adoção um tipo de estado de filiação decorrente de um ato jurídico em sentido estrito, que faz surgir um vínculo por opção. Assim, valida-se, por meio do instituto da adoção, uma paternidade socioafetiva, pautada por um fator sociológico, e não biológico.

Conforme o entendimento de supracitada doutrinadora: “a verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. É nesse sentido que o instituto da adoção se apropria da palavra afeto” (DIAS, 2021, p. 329).

Nesse sentido, por configurar a adoção um instituto tão relevante, tanto no âmbito social e intrafamiliar quanto no âmbito jurídico, estão seus requisitos e procedimentos regulamentados por dispositivos legais, mais especificamente na Lei n. 12.010/2009 (conhecida como Lei da Adoção), assim como no Código Civil (CC) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que devem ser rigorosamente respeitados.

Ainda, a adoção é medida excepcional, ou seja, que somente pode ocorrer caso já tenham sido esgotadas as tentativas de permanência da criança ou adolescente na família natural ou extensa, nos termos do artigo 39, §1º, do ECA. E, nas palavras exatas do artigo 43 do mesmo Estatuto: “será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”.

Podem ser adotados tanto crianças e adolescentes, quanto os maiores de 18 anos de idade, ambos por meio de processo judicial, o qual será de competência da Vara da Infância e Juventude no primeiro caso, e da Vara de Família no segundo (GONÇALVES, 2020, p. 488).

Nesse sentido, a adoção é outorgada apenas por meio de ação judicial, sendo perfectibilizada após o trânsito em julgado da sentença que a constitui, momento em que produzirá todos os seus efeitos e será considerada irrevogável, conforme artigo 39, §1º e artigo 47, §7º, ambos do ECA.

## **2.1 Fases do Processo de Adoção**

O processo judicial de concessão da adoção é precedido por algumas fases, as quais são primordiais para dois objetivos fundamentais: a preparação dos adotantes e a proteção dos adotados, em que ambos convergem para a constituição de vínculo e conexão entre as duas partes.

A primeira providência a ser tomada, por aquele que possui todos os requisitos legais para adotar, é solicitar a sua habilitação no Fórum ou Vara da Infância e Juventude de sua cidade ou região. O processo de habilitação de pretendentes à adoção, que está disciplinado nos artigos 197-A a 197-F do ECA, é gratuito e não necessita de advogado (MPPR, 2022).

Basicamente, referido processo consiste na manifestação inicial de interesse na adoção e, para tanto, apresentação de diversos documentos (relacionados com a idoneidade moral dos pretendentes), que serão analisados pelo magistrado e pelo Ministério Público, o qual poderá requerer diligências e documentos complementares. (artigos 197-A e 197-B, do ECA).

Nesse contexto, intervirá no feito uma equipe interprofissional, a qual elaborará estudo psicossocial: “que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei” (art. 197-C do ECA).

Ato contínuo, os pretendentes deverão participar de programa de preparação para adoção. Conforme orientações do Conselho Nacional da Justiça:

O programa pretende oferecer aos postulantes o efetivo conhecimento sobre a adoção, tanto do ponto de vista jurídico quanto psicossocial; fornecer informações que possam ajudar os postulantes a decidirem com mais segurança sobre a adoção; preparar os pretendentes para superar possíveis dificuldades que possam haver durante a convivência inicial com a criança/adolescente; orientar e estimular à adoção interracial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos. \*Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional, a ser realizado sob orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica. (CNJ, 2019).

Caso seja deferida a habilitação, a partir da análise de todos os pontos supracitados, os pretendentes serão inscritos no cadastro de pessoas interessadas na adoção, previsto no artigo 50 do ECA (art. 197-E do ECA). A partir disso, “o Judiciário entrará em contato para informar que há crianças ou adolescentes aptos para adoção dentro do perfil do pretendente” (CNJ, 2019).

Assim que for encontrada uma criança ou adolescente dentro do perfil eventualmente estabelecido pelos adotantes, caso haja interesse deles, se iniciará o chamado estágio de convivência entre as partes.

No entendimento de Murillo José Digiácomo e Ideara de Amorim Digiácomo, o estágio de convivência consiste:

Estágio de convivência é o período no qual a criança ou adolescente passa a ter um contato mais intensivo com a(s) pessoa(s) interessada(s) em sua adoção (o fato de a Lei não falar em “guarda provisória” sugere que a aproximação entre os mesmos deve ocorrer de forma gradativa, podendo o “convívio” inicial ocorrer no âmbito da entidade de acolhimento, com saídas no período diurno, passando-se a seguir a pernoites e permanência no lar adotivo por um período mais prolongado - sempre de forma planejada e acompanhada por equipe técnica), para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo paterno-filial a partir, inclusive, da análise do relacionamento entre o adotando e os demais integrantes do núcleo familiar, com os quais este irá conviver. (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2020, p. 87).

Portanto, a duração e o modo de execução de supracitado estágio podem se modificar conforme as especificidades de cada caso (MPPR, 2022). Poderá evoluir, inclusive, para o deferimento de guarda provisória do adotando ao adotante – principalmente quando há o ingresso da ação de adoção (BARRETO; GAGLIANO, 2020) –, em que as partes irão conviver mais profundamente, até que haja a sentença de concessão da adoção e posterior trânsito em julgado.

Em acréscimo, Pereira (2021, p. 751) manifesta-se sobre o supracitado estágio: “é a oportunidade das partes de se conhecerem, formarem seus vínculos, criar e reforçar os laços de afeto, e já se portarem como se pais e filhos fossem. É como se fosse uma ‘pré-adoção’”.

O estágio de convivência terá duração de até noventa dias (ou de trinta a quarenta e cinco dias, caso trate-se de adoção internacional), podendo ser prorrogado por igual prazo, caso haja determinação judicial. (art. 46, *caput* e §2º e §3).

Equipe interprofissional acompanhará o referido estágio, apresentando relatórios minuciosos sobre a conveniência do deferimento da adoção, e no final um laudo fundamentado, recomendando ou não a medida (art. 46, §3º e §4º). Com o término desse período o juiz sentenciará acerca da adoção, levando em conta o melhor interesse do adotando.

Assim, no decorrer das fases supracitadas, verifica-se que se busca primeiro a orientação de quem pretende adotar, em todos os âmbitos, assim como a avaliação deste pelo Judiciário, e depois, a tentativa de compatibilização entre adotantes e adotandos, até alcançar efetivamente a sentença de adoção.

## 2.2 Efeitos da Adoção

Após o efetivo trânsito em julgado da sentença que concede a adoção, tornando-a irrevogável, como já explicitado, surgem alguns efeitos decorrentes disso, tanto pessoais quanto patrimoniais.

Nos termos do artigo 41 do ECA: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."

Nesse sentido, gera-se um tipo de parentesco, denominado de civil, entre adotante e adotado, que em tudo se equipara ao parentesco consanguíneo. Dessa forma, o adotado receberá os mesmos direitos e deveres que qualquer outro filho, o que é, inclusive, reforçado pelo parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal, que proíbe qualquer discriminação fundada na origem da filiação. (GONÇALVES, 2020, p. 510).

No que tange a referidos direitos e deveres, pode-se citar a modificação no assento de nascimento do adotado – excluindo-se qualquer anotação sobre a origem e automaticamente rompendo definitivamente o vínculo com a família de origem –, inclusive sendo possível aderir o nome dos adotantes, conforme artigo 47, *caput* e parágrafos, do ECA.

Resultante disso, surgem alguns impedimentos, como por exemplo os matrimoniais (que se aplicam até mesmo com relação ao parentesco de origem); além de alguns direitos, como os sucessórios e os alimentares, em total igualdade com os filhos consanguíneos (DINIZ, 2010, p. 540-543).

Também o filho adotivo menor de idade, ficará sujeito ao poder familiar, que será exercido pelos adotantes, decorrendo-se disso todos os direitos e deveres inerentes, como: administração e usufruto de bens dos filhos pelos pais (art. 1.689 do CC); "companhia, guarda, criação, educação, obediência, respeito, consentimento para casamento, nomeação de tutor, representação e assistência (CC, art. 1.690)" (DINIZ, 2010, p. 541).

## 3 PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO DO ADOTADO

O instituto da adoção, por sua importância tanto no âmbito jurídico quanto psicossocial e intrafamiliar, deve ser sempre alicerçado nos princípios constitucionais, assim

como nos princípios aplicados ao direito de família e naqueles que regem a infância e juventude, nos casos em que o adotando é menor. Alguns princípios se fazem pertinentes para a reflexão acerca da possibilidade de desistência da adoção e suas consequências.

Em primeiro lugar está o princípio constitucional da dignidade humana, do qual se originam os demais. No contexto do direito de família, referido princípio tende a garantir o pleno desenvolvimento e a realização pessoal de todos os membros da família. (GONÇALVES, 2020, p. 25).

Em seguimento, há o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, que está intimamente ligado ao princípio da proteção integral. Em suma, referidos preceitos defendem a proteção integral e especial das crianças e adolescentes, por serem sujeitos em desenvolvimento, que devem receber absoluta prioridade sobre os demais. Proteger os interesses dessa classe significa velar por uma boa formação moral, social, assim como preservar a saúde mental e estrutura emocional dos menores de idade. (PEREIRA, 2021, p. 176-179).

Portanto, imperioso é o tratamento das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar seus direitos fundamentais, conforme estabelece o art. 227 da Constituição Federal.

Sob enfoque específico dos pais, estão os princípios da paternidade responsável, planejamento familiar e responsabilidade, que traduzem a obrigação dos pais pela criação, educação, suporte material e afetivo de seus filhos, conforme art. 229 da CF e 1.634 do CC. Quando esse dever, decorrente do poder familiar, não é exercido, consiste em dano ao direito de personalidade do filho: "abandonar e rejeitar um filho significa violar direitos". (PEREIRA, 2021, p. 194-197).

Por fim, no que tange ao suporte afetivo, é certo que a afetividade é outro princípio, norteador e constituidor das relações familiares atuais. No entendimento de Diniz:

O afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliado ao dever de ser leal e solidário. (DINIZ, 2010, p. 19).

#### **4 POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO**

A despeito de não estar previsto na legislação, lamentavelmente o interesse na desistência da adoção pode acontecer, tanto no decorrer das fases pré-adoção, quanto até mesmo após o trânsito em julgado da sentença que a concede. Contudo, deve-se analisar

o caso concreto e a etapa em que se encontram os adotantes e o adotado a fim de verificar a conveniência (ou até mesmo a permissibilidade) da desistência.

Enquanto ainda não perfectibilizada a adoção, ou seja, durante a fase de estágio de convivência ou no decorrer do processo de adoção, antes do trânsito em julgado, é perfeitamente possível a desistência por parte dos adotantes.

Em algumas situações é, inclusive, indicado que não haja continuidade, priorizando sempre o melhor interesse do menor. Todavia, não estão os adotantes desistentes isentos de responsabilização jurídica devido à abdicação, o que dependerá das circunstâncias do caso.

Por outro lado, depois de transitada em julgado a sentença que defere a adoção, “é juridicamente impossível a pretendida ‘devolução’, caracterizando, tal ato, se efetivado, no plano fático, ilícito civil (e, a depender do caso, também, ilícito penal, por abandono de incapaz - art. 133, CP)”, nas palavras de Barreto e Gagliano (2020).

Nesse sentido, Rolf Madaleno complementa:

São plenos e irreversíveis os efeitos da adoção, como inquestionavelmente estabelece o artigo 41 do ECA, mas cuja irrevogabilidade é imprescindível para assegurar a estabilidade dos vínculos de filiação [...] sendo vedada a desconstituição da adoção, porque ela desliga o adotado da sua família de origem (ECA, art. 41), e o poder familiar se extingue com a adoção. (MADALENO, 2022, p. 391).

Isso porque, consoante já explanado, nesse momento a adoção se torna irrevogável, transmitindo ao adotado os mesmos direitos e deveres de um filho consanguíneo, não permitindo a Constituição Federal qualquer distinção. Assim, não se admite a desistência, da mesma forma como não se pode devolver um filho biológico.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2021, p. 340): “A partir do momento em que é constituída pela sentença judicial e retificado o registro de nascimento, o adotado é filho, sem qualquer adjetivação”.

Porém, dito isso, entende-se que, apesar de não ser possível desconstituir a sentença que defere a adoção, poderá ocorrer a destituição do poder familiar do adotante (nos termos do art. 1.638 do CC), assim como ocorreria no vínculo consanguíneo, caso existam as situações expressas em lei. Destarte, ocasionaria a perda do poder familiar, bem

como as devidas responsabilizações jurídicas, e a consequente possibilidade de a criança ou adolescente ser adotado por outro (DIAS, 2021, p. 341).

Sobre isso, considerando os interesses do adotado, supracitada jurista ainda aduz: “talvez essa seja a solução que melhor atenda aos seus interesses, pois pode vir a ser adotada por quem de fato a queira.” (DIAS, 2021, p. 341).

#### **4.1 Adoção Nula, Anulável ou Passível de Rescisão**

Por fim, cumpre ressaltar que a doutrina majoritária entende que: “a adoção, como qualquer outro ato ou negócio jurídico, fica sujeita a nulidades ou anulabilidades, dentro das regras gerais” (VENOSA, 2020, p. 427).

Dessa forma, caso haja qualquer nulidade ou anulabilidade permeando a adoção, ou caso se amolde às hipóteses legais que autorizem a rescisão da sentença (nos termos do art. 966 do Código de Processo Civil), será possível intentar ação anulatória ou rescisória, sendo legitimados para tanto o adotado, o adotante ou qualquer terceiro interessado (VENOSA, 2020, p. 427).

A esse respeito, na mesma perspectiva, expõem Digiácomo e Digiácomo:

Finalmente, vale o registro de que o fato de a adoção ser irrevogável logicamente não obsta a possibilidade de se propor ação rescisória ou anulatória da sentença que defere a medida, ex vi do disposto no art. 166 e sgts. do CC e art. 966 e sgts. do CPC. (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2020, p. 77-78)

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial (n. 1.892.782 – PR), manifestou-se acerca da possibilidade de revogação da sentença que concedeu a adoção. Alegou ser possível, em caráter excepcional, quando, na situação concreta: “verificar-se que a manutenção da medida não apresenta reais vantagens para o adotado, tampouco é apta a satisfazer os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.” (BRASIL, 2021).

Importante ressaltar que, no caso em tela, o adotado propôs ação rescisória, fundamentada em prova nova, comprovando que, na realidade, não houve, na época, consentimento do adotando acerca da adoção, consoante ordena o §1º do art. 45 do ECA, o que não se modificou mesmo após a sentença. Demonstrou-se, assim, a ausência de um requisito fundamental para a constituição da adoção, o que possibilitou a rescisão.

De forma perspicaz, quanto à possibilidade de anulação judicial da adoção, Gonçalves (2020, p. 509), disserta: “A adoção pode ser judicialmente anulada, desde que

ofendidas as prescrições legais (CC, art. 166, V e VI). Todavia, a natureza benéfica do instituto afasta o extremado rigor no exame das formalidades legais.”.

Em continuidade a esse pensamento, Pereira, de forma mais firme e em contraponto aos demais juristas, defende a impossibilidade de qualquer tipo de reversão à adoção:

Não há hipótese da revogação da adoção, adoção inexistente, nula ou anulável, como se pode dizer na formação de uma família conjugal pela via do casamento. Ademais com o desenvolvimento da teoria da socioafetividade, que tem o princípio da afetividade como norteador de todo o Direito de Família, o procedimento da adoção não pode se submeter a rigidez das formalidades processuais. Se o Direito deve proteger muito mais a essência do que a formalidade que o cerca, nas adoções essa premissa deve ser ainda mais levada a sério. (PEREIRA, 2021, p. 754).

É certo que a adoção é um instituto muito relevante, o qual deve ser manipulado com cuidado, pois está ligado não só com implicações jurídicas, mas também com o âmbito psicossocial das partes. Portanto, ao mesmo tempo que o formalismo se faz essencial, também deve ser analisada a conjuntura completa do pleito na realidade prática, primando sempre pelo respeito e proteção do menor adotado.

## **5 REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA DESISTÊNCIA**

A desistência da adoção, quando acontece antes do trânsito em julgado da sentença de adoção – ou seja, durante o estágio de convivência ou no decorrer do processo – pode ser considerada como lícita, visto que não há norma que a proíba e é direito potestativo dos adotantes (REZENDE, 2014, p. 90-91).

No entanto, é evidente que, a depender do estágio de aproximação entre adotando e adotante e da forma como ocorre, poderá ocasionar inumeráveis prejuízos ao primeiro, os quais, no entendimento da doutrina e jurisprudência dominante, podem e devem ser reparados pelos adotantes.

Isso pois, a adoção, bem como todas as etapas que a precedem, ainda que seja um processo judicial, está intimamente ligada a âmbitos muito mais pessoais e profundos emocionalmente, cujo intuito é constituir um vínculo de filiação para todos os efeitos, formando uma família. Assim, consiste em ato não só jurídico, mas principalmente sentimental, que deve ser tratado com respeito e seriedade.

Nas palavras de Barretto e Gagliano:

Adotar é lançar ao solo sementes de amor, mas esse ato precisa se dar no terreno da responsabilidade e da consciência de que as relações paterno ou materno-filiais, quaisquer que sejam as suas origens, são repletas de arestas que demandam paciência, resiliência e afeto para serem aparadas. (BARRETO; GAGLIANO, 2020).

É certo que o entendimento jurisprudencial sobre o assunto ainda não está consolidado, especialmente por não haver norma legal que trate sobre a possibilidade da desistência, devendo cada situação ser analisada individualmente, em suas particularidades.

Entretanto, o que predomina é o parecer pela responsabilização civil da família substituta em caso de desistência da adoção, mesmo durante o estágio de convivência. No último caso, responsabiliza-se os adotantes nas hipóteses em que estes desistem de forma abrupta de um processo de adoção, sem qualquer fundamentação minimamente razoável, desfazendo vínculos e expectativas já criadas pelo adotando e causando-lhe sofrimento intenso (SOUSA, 2016).

No acertado entendimento de Rezende:

Uma vez iniciado o estágio de convivência, já se acende na criança/adolescente uma expectativa – diga-se de passagem legítima – de que o ato será ultimado. Expectativa esta posteriormente frustrada, com a desistência da medida, que gera o odioso abandono afetivo, perfeitamente compensável pelo dano moral. (REZENDE, 2014, p. 92).

Cumprido enaltecer que a criança ou adolescente encaminhada para o cadastro de adoção já se encontra no papel de vítima da família, da sociedade e do Estado, visto que já sofreu anteriormente violação de seus direitos fundamentais, que o levou a uma primeira destituição do poder familiar. (REZENDE, 2014, p. 81-82).

Portanto, a desistência do estágio de convivência ou processo de adoção naturalmente caracteriza uma violência psicológica e emocional ao adotando, que experimenta novamente uma sensação de abandono e dupla rejeição. (REZENDE, 2014, p. 92).

Nesse sentido, Pereira aduz:

As situações de rompimento de vínculo com as crianças, mesmo no estágio de convivência, cuja função é mesmo de teste, é traumática para quem tinha a expectativa pretendida de ser filho, e perdeu aquela chance de sê-lo. Pode até ser que a criança encontre outra

família que será melhor para ela. Mesmo assim ela ficará marcada psiquicamente para sempre, afinal estará diante do pior sentimento que um ser humano pode experimentar: a rejeição. E neste caso, o seu sentimento de desamparo é duplo, pois será a segunda vez que alguém não a quis como filho. (PEREIRA, 2021, p. 751).

Por conseguinte, são inegáveis os prejuízos que podem advir de uma situação como essa ao adotando. Além da automática quebra de expectativa de uma nova chance de inserção familiar, que gera intenso sofrimento emocional e psicológico, a criança ou adolescente ainda teria que lidar com a dificuldade de recolocação em nova família substituta. Primeiro, por ter perdido um tempo valioso (já que quanto mais velha, mais difícil sua inserção familiar); segundo, por carregar consigo sequelas traumáticas irreparáveis, prejudicando sua reaproximação.

Como já explanado, após o trânsito em julgado da sentença que concede a adoção, é juridicamente impossível a desistência. Porém, referida impossibilidade não protege os menores da rejeição e irresponsabilidade dos pais.

Assim, os pais, quando já não desejam mais a adoção concretizada, passam a não cumprirem com os deveres inerentes ao pleno exercício do poder familiar (art. 1.634 do CC), evoluindo para atitudes, como o abandono, que ocasionam a perda daquele (art. 1.638 do CC), e, conseqüentemente, a destituição do poder familiar, conforme art. 129, X, do ECA.

Nessa ocasião, os pais adotivos estão sujeitos, tanto quanto os pais consanguíneos, à responsabilização civil e administrativa pelo abandono. Referida responsabilização existe tanto pela prática da infração prevista no art. 249 do ECA, quanto pela obrigação civil de indenizar devido aos danos morais ocasionados aos filhos. Inclusive essa última se aplica até mesmo se houver a devolução antes de consumada a adoção. (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2020, p. 393).

É possível também a responsabilização penal dos pais, caso haja abandono, conforme estabelece o ilícito penal denominado abandono de incapaz, constante do art. 133 do Código Penal. (BARRETO; GAGLIANO, 2020).

Sobre isso, Dias complementa:

A jurisprudência vem impondo aos adotantes que desistem da adoção, o dever de pagar alimentos a título de indenização por danos morais e materiais para subsidiar o acompanhamento psicológico de quem teve mais uma perda, até ser novamente adotado. (DIAS, 2021, p. 341).

Por exegese dos artigos 208, §1º, e 210, ambos do ECA, compreende-se que são legitimados concorrentes para intentar ação de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente: o Ministério Público; a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios; e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por referida Lei.

E, para além da responsabilização patrimonial, também ficam os adotantes desistentes sujeitos à entaves administrativos, como o expresso no parágrafo 5º do art. 197-E do ECA, *in verbis*:

Art 197-E [...] § 5º A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente.

Na mesma perspectiva, o Enunciado 16 do Fórum Nacional da Justiça Protetiva (FONAJUP) dispõe:

No caso de abandono de criança e adolescente, após a sentença de adoção ou desistência no curso do estágio de convivência, deverá o juiz, que acolheu a criança ou o adolescente, fazer ocorrência do fato, no perfil do adotante no Cadastro Nacional de Adoção e comunicar ao juízo da habilitação instruindo com laudo psicossocial, para que sejam apreciadas a reavaliação, a inabilitação do pretendente ou a proibição de renovação da habilitação.

## 5.1 Responsabilidade Civil

No que tange à responsabilidade civil, esta liga-se à reparação dos danos ou prejuízos causados à vítima, advindos da conduta do agente infrator. Dessa forma, é composta de três elementos: a conduta ilícita, que pode ser uma ação ou omissão; o dano ou prejuízo, que atinja os direitos da personalidade da vítima; e, por fim, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, relacionando-os. (PEREIRA, 2021, p. 109).

Nesse contexto, os artigos 186 e 187 do Código Civil conceituam ato ilícito como uma ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole um direito e cause dano, mesmo que exclusivamente moral, a alguém. Também há ato ilícito quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Em seguimento a esses artigos, está o artigo 927 do mesmo Código, que obriga aquele que, por ato ilícito, causar dano, à reparação obrigatória deste. Também a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V, assegura a reparação dos danos com o dever de indenizar, protegendo, assim, os direitos individuais.

No âmbito da desistência da adoção antes do trânsito em julgado, com a devolução da criança ou adolescente, principalmente quando já foi estabelecido certo vínculo pelo decurso de tempo, visualiza-se claro abuso de direito (art. 187 do CC). Isso pois, deriva de uma conduta aparentemente legítima, mas pode acontecer de o adotante exercer esse direito de forma irresponsável, lesionando o adotando, "ultrapassando o mero dissabor ou aborrecimento, merecendo a devida reparação" (REZENDE, 2014, p. 94 e 101).

Assim, é cabível a reparação dos danos, configurando-se o dano moral *in re ipsa*, ou seja, presumido. A responsabilização converge para dois objetivos primordiais: reparar o prejuízo sofrido pelo adotando, evidenciando seu direito ao respeito, à dignidade e à integridade moral; bem como reforçar a seriedade da inscrição para a adoção, desestimulando condutas irresponsáveis. (REZENDE, 2014, p. 98-101).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Recurso Especial (n. 1.981.131 - MS 2022/0009399-0), deliberou sobre a imposição de responsabilização civil de um casal de adotantes que desistiram da adoção no curso do estágio de convivência, após quase oito anos de convivência com o adotando:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO DEPOIS DE LONGO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA. RUPTURA ABRUPTA DO VÍNCULO AFETIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. REVISÃO DO "QUANTUM" COMPENSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR QUE NÃO É EXORBITANTE. SÚMULA 07/STJ. 1. Controvérsia acerca do cabimento da responsabilização civil de casal de adotantes que desistiram da adoção no curso do estágio de convivência pelo dano moral causado ao adotando. [...]. 5. Hipótese dos autos em que o adotando passou a conviver com os pretensos adotantes aos quatro anos de idade, permanecendo sob a guarda destes por quase oito anos, quando foi devolvido a uma instituição acolhedora. 6. Indubitável constituição, a partir do longo período de convivência, de sólido vínculo afetivo, há muito tempo reconhecido como valor jurídico pelo ordenamento. 7. Possibilidade de desistência da adoção durante o estágio de convivência, prevista no art. 46, da Lei n.º 8.069/90, que não exime os adotantes de agirem em conformidade

com a finalidade social deste direito subjetivo, sob pena de restar configurado o abuso, uma vez que assumiram voluntariamente os riscos e as dificuldades inerentes à adoção. 8. Desistência tardia que causou ao adotando dor, angústia e sentimento de abandono, sobretudo porque já havia construído uma identidade em relação ao casal de adotantes e estava bem adaptado ao ambiente familiar, possuindo a legítima expectativa de que não haveria ruptura da convivência com estes, como reconhecido no acórdão recorrido. 9. Conduta dos adotantes que faz consubstanciado o dano moral indenizável, com respaldo na orientação jurisprudencial desta Corte Superior, que tem reconhecido o direito a indenização nos casos de abandono afetivo. 10. Razoabilidade do montante indenizatório arbitrado em 50 salários-mínimos, ante as peculiaridades da causa, que a diferenciam dos casos semelhantes que costumam ser julgados por esta Corte, notadamente em razão de o adolescente ter sido abandonado por ambos os pais socioafetivos. (BRASIL, 2022).

Da mesma forma, após o trânsito em julgado da sentença que concede a adoção, caso haja a destituição do poder familiar, devido ao abandono do adotado pelos pais adotivos, também caberá a responsabilidade civil dos últimos.

Isso porque, aos pais cabem diversos deveres relacionados ao pleno exercício do poder familiar sobre os filhos. E o descumprimento desses deveres é tido como infração administrativa pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sujeito à multa, conforme o art. 249 de supracitada norma.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias, sobre a responsabilização civil dos pais frente ao abandono de seus filhos:

A possibilidade de reparação por danos, por meio da responsabilidade civil, se dá pelo descumprimento do dever objetivo de cuidado [...] A ausência do cuidado, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigado a indenizar. O valor deve ser suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas. (DIAS, 2021, p. 405).

Da mesma forma, Sousa brilhantemente exprime:

O instituto da adoção tem um caráter protetivo e visa garantir em primeira mão o bem-estar absoluto da criança ou adolescente e a de que o ato de adotar não pode ser reduzido indignamente a uma espécie de “test drive” parental, no qual o que predomina é um sentimento pueril de diversão caprichosa, e não o senso zeloso da responsabilidade, da ética, do cuidado e do amor incondicional. (SOUSA, 2016).

É importante salientar que, após a concretização da adoção, os adotados se tornam filhos, legítimos, que demandam atenção, cuidados, e naturalmente referida constituição familiar trará adversidades, assim como qualquer outra. Não se pode permitir a devolução ou arrependimento, simplesmente devido à frustração de adotantes despreparados e irresponsáveis.

Indiscutivelmente, o instituto da adoção envolve sentimentos e consequências muito mais profundas: “a adoção significa muito mais a busca de uma família para uma criança do que a busca de uma criança para uma família.” (DIAS, 2021, p. 332). Precipuamente, deve ser buscado o melhor interesse da criança ou adolescente, bem como sua proteção integral.

Nesse seguimento está o Recurso Especial do STJ (n. 1.698.728 MS 2017/0155097-5), em que pais adotivos foram destituídos de seu poder familiar por abandono afetivo da adotada, ocasionando a imposição de reparação de danos morais, bem como prestação alimentícia:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ABANDONO AFETIVO. CABIMENTO. EXAME DAS ESPECÍFICAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA HIPÓTESE. [...] CONDENAÇÃO DOS ADOTANTES A REPARAR OS DANOS MORAIS CAUSADOS À CRIANÇA. POSSIBILIDADE. CULPA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. [...] DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CONDENAÇÃO DOS PAIS DESTITUÍDOS A PAGAR ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ROMPIMENTO DO PODER DE GESTÃO DA VIDA DO FILHO, MAS NÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. [...] 8- Na hipótese, fiel aos fatos apurados e às provas produzidas nas instâncias ordinárias, é possível inferir a existência de dano moral à criança em decorrência dos atos praticados pelos pais adotivos que culminaram com a sua reinserção no sistema de acolhimento institucional após a adoção, de modo que a falha estatal no processo de adoção deve ser

levada em consideração tão somente para aferir o grau de culpa dos pais, mas não para excluir a responsabilização civil destes. 9- A formação de uma família a partir da adoção de uma criança é um ato que exige, dos pais adotivos, elevado senso de responsabilidade parental, diante da necessidade de considerar as diferenças de personalidade, as idiosincrasias da pessoa humana e, especialmente, a vida pregressa da criança adotada, pois o filho decorrente da adoção não é uma espécie de produto que se escolhe na prateleira e que pode ser devolvido se se constatar a existência de vícios ocultos. [...]11- Mesmo quando houver a destituição do poder familiar, não há correlatamente a desobrigação de prestação de assistência material ao filho, uma vez que a destituição do poder familiar apenas retira dos pais o poder que lhes é conferido para gerir a vida da prole, mas, ao revés, não rompe o vínculo de parentesco. [...]. (BRASIL, 2021).

Destarte, a rejeição e o abandono do filho adotivo devem ser indenizados com danos morais, inclusive impondo-se a obrigação alimentar, caso haja os requisitos legais. Ademais, não se pode ignorar o dano material proveniente da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance, já que a criança ou adolescente foi privada da oportunidade de ter uma família. (SOUZA, 2021).

Sobre a teoria da perda de uma chance, o jurista Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 111) a conceitua: "é uma modalidade autônoma de dano, na qual se indeniza a subtração da chance séria e real de se alcançar, futuramente, um benefício ou de evitar ou diminuir uma situação de risco".

Por fim, no que se refere à quantificação da indenização, é algo complexo e que deve envolver uma análise completa das circunstâncias e especificidades do caso, como por exemplo: o tempo em que o adotando ficou sob os cuidados dos adotantes; a gravidade e os efeitos ocasionados pela desistência, levando em consideração as consequências emocionais derivadas da rejeição e do abandono, além, é claro, das condições financeiras dos adotantes e seu grau de instrução. (REZENDE, 2014, p. 99).

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A adoção é um instituto jurídico muito relevante, que constitui filiação entre adotado e adotante. Portanto, não traz apenas efeitos jurídicos, mas também psicossociais, modificando consideravelmente a vida de todos os envolvidos. À vista disso, a problemática de uma possível desistência da adoção, tanto nas fases que antecedem a sentença que a constitui, quanto pós trânsito em julgado desta, deve ser analisada cuidadosamente, caso a caso.

Não é em vão que todo o procedimento que precede a adoção é permeado por burocracia e estudos, no intuito de realmente preparar os envolvidos, bem como analisar a compatibilidade entre as partes. Isso porque, a adoção deve ser pautada pelo melhor interesse e proteção do adotando, somente sendo deferida quando apresentar reais vantagens para este.

Nesse sentido, embora a desistência da adoção – antes da sentença que a defere tornar-se definitiva – seja um direito do adotante, e, por vezes, até mesmo benéfico para o adotando (cujos interesses serão mais protegidos dessa forma), não deve ser algo ileso de consequências. Da mesma forma, qualquer flexibilização na irrevogabilidade da adoção já transitada em julgado seria indubitavelmente prejudicial em diversos fatores, devendo o adotante ser punido pelo abandono de seu filho com a destituição do poder familiar e todas as decorrências jurídicas disso.

Conforme o entendimento majoritário do Poder Judiciário, bem como a crescente tese adotada pela maioria dos doutrinadores, os adotantes devem ser responsabilizados pela desistência da adoção, ou pela destituição do poder familiar, a depender das especificidades e circunstâncias do caso concreto, visto que são inúmeras as repercussões negativas que podem surgir ao adotando, o qual já possui traumas passados relacionados com o abandono.

Entretanto, apesar de a metodologia de revisão bibliográfica ter sido fundamental para a análise dos entendimentos predominantes e das repercussões jurídicas e psicossociais da desistência, é certo que ainda há muito a ser discutido pela jurisprudência e por estudiosos acerca do assunto, o qual é muito complexo e envolve diversas variáveis, além de não ser previsto expressamente pela legislação.

Destarte, não se pode perder de vista que o instituto da adoção é um ato jurídico formal e que modifica consideravelmente a vida de uma pessoa que já está fragilizada e só deseja receber amor e cuidados. Necessita, portanto, ser tratado com seriedade e respeito, e qualquer ato do adotante que se esquive disso deve ser combatido por meio das responsabilizações jurídicas disponíveis de serem aplicadas, sempre pautado pelo objetivo primordial do melhor interesse e proteção do adotando.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Responsabilidade civil pela desistência na adoção**. IBDFAM, 2020. Disponível em:  
<<https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%A2ncia+na+ado%C3%A7%C3%A3o#:~:text=Se%20a%20desist%C3%A2ncia%20ocorre%2C%20con>

tudo,da%C3%AD%20emergindo%20a%20responsabilidade%20civil.>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. 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: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF, 3 de ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 de mar. 2015. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de jul. 1990. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1.698.728 - MS (2017/0155097-5)**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data de Julgamento: 04/05/2021. Data de Publicação: 13/05/2021. Disponível em:  
<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1207027719/inteiro-teor-1207027776>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.892.782 - PR (2020/0222398-3)**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 06/04/2021. Data de Publicação: DJe 15/04/2021. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205705547/inteiro-teor-1205705610>>. Acesso em 25 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1.981.131 - MS (2022/0009399-0)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Julgamento: 08/11/2022. Data de Publicação: DJe 16/11/2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1686276721>>. Acesso em: 27 abr. 2023.

CNJ. **Passo a passo da adoção**: sistema nacional de adoção e acolhimento. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. 1056 p.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020. 695 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. 749 p.

FONAJUP. **Enunciados Consolidados do Fórum Nacional da Justiça Protetiva**. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1Gc7g9VI9JUObt1ZvcBNf-9vF84HEvQCz/view>>. Acesso em: 26 abr. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 6. 736 p.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 905 p.

MPPR – Ministério Público do Paraná. **Adoção: Um encontro de amor**. Disponível em: <[https://mppr.mp.br/Pagina/Adocao-Um-encontro-de-amor#-%20Se%20eu%20j%C3%A1%20tiver%20adotado%20uma%20crian%C3%A7a,%20posso%20me%20arrender?](https://mppr.mp.br/Pagina/Adocao-Um-encontro-de-amor#-%20Se%20eu%20j%C3%A1%20tiver%20adotado%20uma%20crian%C3%A7a,%20posso%20me%20arrender?>)>. Acesso em: 24 abr. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 892 p.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. A Responsabilidade Civil em Caso de Desistência da Adoção. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 1, nº 1, p. 81-103, dez. 2014.

SOUSA, Walter Gomes de. **Desistência da adoção ou novo abandono?** TJDF, 2016. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/noticias-e-destaques/2016/outubro/desistencia-de-adocao-e-tema-de-artigo-de-supervisor-da-vara-da-infancia-e-da-juventude>>. Acesso em: 26 abr. 2023.

SOUZA, Caroline Megiani de. **A Responsabilidade Civil em Caso de Desistência da Adoção**. Núcleo do Conhecimento, 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/desistencia-da-adocao>>. Acesso em 26 abr. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. v. 5. 1274 p.

## A QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS E AS DISSOLUÇÕES PARCIAIS NA SOCIEDADE LIMITADA

**BRUNO HENRIQUE OLIVEIRA TEIXEIRA:**  
Graduando do Curso de Direito pelo Centro  
Universitário UNA – Barreiro / MG <sup>165</sup>

**KEROLAINE NIVEA FRANCISCO DO NASCIMENTO**<sup>166</sup>

(coautora)

**RESUMO:** O presente artigo objetificasse na “dissolução parcial da sociedade limitada” e todas as suas vertentes. Em primeiro plano, elucidarmos a quebra do *affectio societatis*. Ao passo que, se torna frutífera a pesquisa oriunda da exclusão do sócio de forma extrajudicial. Destarte, em outro cenário é trazer luz da importância da confiança na sociedade de pessoa e capital. Ou seja, nesse sentido o instituto *affectio societatis* tem seu papel fundamental na constituição e na dissolução da empresa. Por ora, abordaremos sete tipos de dissolução parcial e apuração de haveres do sócio. Conclui-se que, é um ponto crucial dentre todos os tipos de dissolução. Outrossim, seja na sociedade de pessoas, ou de capital que de modo é nova, o core é: *affectio societatis*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dissolução parcial da sociedade limitada; *affectio societatis*; direito societário;

**ABSTRACT:** This article objectified in the “partial dissolution of the limited company” and all its aspects. In the foreground, we elucidate the breakdown of *affectio societatis*. At the other hand, the research arising from the exclusion of the partner in an extrajudicial way becomes fruitful. Thus, in another scenario it is to bring light on the importance of trust in the society of person and capital. That is, in this sense the *affectio societatis* institute has its fundamental role in the constitution and dissolution of the company. For now, we will address seven types of partial dissolution and calculation of assets of the partner. It is concluded that it is a crucial point among all types of dissolution. Moreover, whether in the society of people, or of capital that is new, the core is: *affectio societatis*.

**KEYWORDS:** Partial dissolution of the limited company; *affectio societatis*; corporate law;

### 1. INTRODUÇÃO

---

165 E-mail: bruno.olivert@gmail.com

166 Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário UNA – Barreiro / MG  
kerolainenivea@hotmail.com

Em primeiro plano, cumpre observar que o presente estudo visa interpretar o conceito de sociedade limitada e as diferenças existentes entre: “sociedade de pessoas e a sociedade de capital”, que estrutura as sociedades limitadas.

Destarte, no que concerne acerca da quebra da *affecio societatis*, verifica-se analisar os entendimentos doutrinários (majoritários e minoritários). Bem como, das jurisprudências dos tribunais, além de correlacionar a *affecio societatis* e como justificativa para exercer o direito de retirada, usando como fundamento jurídico a justa causa para a exclusão do sócio.

No que tange a dissolução parcial da sociedade, iremos abordar os requisitos para exercer o direito de retirada das seguintes modalidades: “a exclusão do sócio; a exclusão extrajudicial de sócio ao dever de integralização; a exclusão extrajudicial de sócio ao dever de colaboração; a exclusão judicial de sócio; e as espécies de exclusão prevista na legislação brasileira, tendo-as como base a interpretação dos dispositivos de Lei contidos no art. 1.030 e 1.085, do Código Civil de 2002”.

Contudo, ao tratarmos do sócio remisso que busca exercer o seu direito de retirada, alegando justa causa para exclusão, deveremos analisar também como será feita a apurações de seus haveres, tendo em vista que ao deixar a sociedade limitada, deverá receber o montante integralizado ao patrimônio e o conjunto de de bens da sociedade limitada.

Portanto, a metodologia adotada para o desenvolvimento deste artigo científico baseou-se por leituras de doutrinas, jurisprudências e artigos jurídicos. Os quais, são especializados no assunto em questão e serão basilares na estrutura da pesquisa deste Trabalho de Conclusão de Curso.

## **2. DA SOCIEDADE LIMITADA**

Neste capítulo, será abordado os temas referentes a está pesquisa que envolve a sociedade limitada, no que tange as diferenças entre sociedade de pessoas e de capital, posicionando as sociedades limitadas dentro desse contexto.

### **2.1 AS DIFERENÇAS ENTRE SOCIEDADE DE PESSOAS E DE CAPITAL, DENTRO DAS SOCIEDADES LIMITADAS**

As sociedades limitadas podem ser estruturadas de duas maneiras diferentes: como sociedades de pessoas e como sociedades de capital. Essas estruturas têm características distintas que influenciam a forma como a empresa é gerenciada e as responsabilidades dos sócios.

A luz de (TEIXEIRA, 2018, p 177). Nos esclarece que:

Especificamente sobre a sociedade limitada, nos seus primórdios ela era constituída exclusivamente como uma “sociedade de pessoas”; atualmente pode ser de “pessoas” ou de “capital”, a depender das regras estabelecidas no contrato social, especialmente quanto à cessão de quotas e ingresso de sócios.

Já para (PIMENTA, 2017, p.52), a diferença entre elas consiste em:

As sociedades que exerçam atividades de natureza empresarial (ou seja, cujo objeto social seja o exercício de uma empresa) são, nos termos do art. 982 do Código Civil, chamadas de sociedades empresárias. Já aquelas sociedades cujo objeto social seja uma atividade econômica – ou seja, com finalidade de lucro – mas natureza não empresarial são, nos termos do Código, chamadas de sociedades simples.

Tais diferenças, são encontradas no artigo 982, do Código Civil:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Nesse sentido, resta claro na visão de (PIMENTA, 2017, p.52-53) que:

A sociedade limitada é classificada como sociedade simples ou sociedade empresária conforme a natureza da atividade para a qual tenha sido constituída [...] Se a sociedade limitada foi constituída para o exercício de atividade de natureza empresarial ela será, para todos os efeitos, uma sociedade empresária. Se, por outro lado, a sociedade limitada foi criada para o exercício de uma atividade econômica desprovida de natureza empresarial ela será uma sociedade simples, quanto ao seu objeto e regime jurídico.

Corroborando com tais informações referentes as diferenças entre as sociedades de pessoas e de capital, (COELHO, 2011 p 136), afirma que:

A distinção entre sociedade simples e empresária não reside, como se poderia pensar, no intuito lucrativo. Embora seja da essência de qualquer sociedade empresária a persecução de lucros — inexistente

pessoa jurídica dessa categoria com fins filantrópicos ou pios —, este é um critério insuficiente para destacá-la da sociedade simples. Isto porque também há sociedades não empresárias com escopo lucrativo, tais as sociedades de advogados, as rurais sem registro na Junta etc.

Conclui-se então que, nas palavras de (PIMENTA, 2017, p. 53):

A Sociedade Limitada tem seu regime jurídico disciplinado pelos artigos 1.052 a 1.086 do Código Civil brasileiro e é – como os demais tipos societários – definida a partir da responsabilidade que seus sócios assumem pelos débitos contraídos em nome da pessoa jurídica.

### 3 A QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS

No que concerne a quebra da affectio societatis, é um elemento fundamental para a existência e funcionamento de uma sociedade. Trata-se do vínculo de solidariedade, confiança e cooperação entre os membros de uma comunidade, que permite o estabelecimento de relações duradouras e a realização de objetivos comuns.

Na conceituação doutrinária (FRANCO, 1995, p. 133 apud TOMAZETTI, 2023, p.100) discorre que: “Affectio societatis significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinados benefícios”.

Para (BULGARELLI, 1998, p.26 apud TOMAZETTI, 2023, p.100):

O traço mais específico de uma sociedade é a chamada affectio societatis, a vontade de cooperação ativa dos sócios, a vontade de atingir um fim comum. Não se trata do simples consenso comum aos contratos em geral, mas de uma manifestação expressa de vontade no sentido do ingresso na sociedade e na consecução de um fim comum.

Na visão de (BECKER, 2011, p. 22):

Normalmente, ao constituírem uma sociedade limitada, as pessoas acabam “escolhendo” como sócias outras pessoas com as quais possuem certo grau de afinidade, à qual, anteriormente a vigência do atual Código Civil, era denominada de affectio societatis. Entretanto, esse conceito evoluiu e, atualmente, de acordo com a doutrina, o que melhor define a affectio societatis é o dever de colaboração dos sócios entre si e para com a sociedade.

No entanto, quando ocorre a quebra da *affectio societatis*, é comum que a empresa enfrente dificuldades para tomar decisões, aumentando assim os riscos de conflitos internos e até mesmo resultando na dissolução da sociedade.

Entretanto, (BELTODI, 2001, p.183 apud TOMAZETTI, 2023), ressalta que:

Caso haja a quebra da *affectio societatis*, dada a sua importância, não há outra solução, a não ser a dissolução da sociedade, ou, ao menos, a exclusão do sócio que não possui mais essa vontade comum, sob pena de se inviabilizar o prosseguimento normal da sociedade.

Portanto, é importante ressaltar que os sócios devem manter uma boa comunicação e transparência na gestão da empresa para evitar-se que futuros conflitos não prejudique todo o corpo societário, assim como, as atividades econômicas desempenhadas pelos colaboradores.

#### **4. DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE**

No que tange a dissolução parcial da sociedade, (PIMENTA, 2017, p.523), ressalta que:

Dissolução parcial de sociedade refere-se a qualquer evento que provoque a extinção da relação societária em relação a um ou alguns dos membros sem, entretanto, afetar sua continuidade no que se refira aos demais integrantes [...] É o rompimento do contrato de sociedade em relação a um dos sócios, com a sua manutenção entre os demais e, principalmente, permanência da pessoa jurídica criada e da atividade à qual ela se dedica.

Nesse sentido, (TOMAZETTI, 2023, p. 121), explica que:

A sociedade pode se resolver em relação a um ou alguns sócios, mantendo-se o contrato (e a pessoa jurídica) em relação a outro ou outros (sociedade limitada unipessoal ou mesmo com o ingresso de outros sócios para recompor a pluralidade societária).

Nas palavras de (COELHO, 2011, p. 205):

Por deliberação dos sócios, pode ser promovida a dissolução parcial da sociedade, com a saída de um deles, apurando-se os respectivos haveres. Não costuma haver conflitos entre os

interessados, nesse caso. Estando todos de acordo com a dissolução parcial, o sócio que deixa a sociedade fica satisfeito com o valor recebido pela sua antiga participação e os que nela permanecem consideram este valor adequado.

Portanto, após a dissolução parcial, a empresa continuará em atividade, com os sócios remanescentes assumindo as cotas dos que saíram. É importante que a empresa faça um ajuste no contrato social, para refletir as mudanças ocorridas e garantir a continuidade das atividades empresariais.

#### **4.1 Direito de retirada**

No tocante ao sócio remisso que expressa sua vontade em deixar a sociedade, (TOMAZETTI, 2023, p 127), ressalta que:

O direito de recesso, ou seja, direito de se retirar da sociedade, importa uma tensão entre o direito do sócio a não se manter na sociedade e o direito da coletividade à preservação da atividade negocial [...] O direito de sair, ou seja, o direito de recesso pode ser exercido de comum acordo com os sócios que ficam, obedecendo ao que está disposto no contrato social ou chegando a um acordo de como isso ocorrerá.

É disposto no artigo 1.029 do Código Civil, que o sócio remisso deverá notificar ou provar justa causa para que se efetive sua saída:

Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.

Segundo (COELHO, 2011, p. 206):

A retirada de sócio também é causa de dissolução parcial da sociedade. Relembrando, este é direito que o sócio pode acionar a qualquer tempo, se a sociedade de que participa é contratada com prazo indeterminado. A retirada, neste caso, fica condicionada apenas à notificação aos demais sócios, com prazo de 60 dias, para que se providencie a alteração contratual. Quando a sociedade é contratada por prazo determinado, o sócio só tem direito de retirada provando justa causa em juízo ou, se for do tipo limitada, dissentindo de alteração contratual, incorporação ou fusão

deliberadas pela maioria. Poderá operar-se judicial ou extrajudicialmente, exceto na hipótese de retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado, em que será necessariamente judicial a dissolução.

Ainda, de acordo com (TOMAZETTI, 2023, p.127):

“O direito de sair, ou seja, o direito de recesso pode ser exercido de comum acordo com os sócios que ficam, obedecendo ao que está disposto no contrato social ou chegando a um acordo de como isso ocorrerá”.

Por fim, é importante ressaltar que o direito de retirada só pode ser exercido em situações específicas determinadas pela lei, como por exemplo, em caso de exclusão injusta ou de alteração do contrato social sem o consentimento do sócio.

#### **4.2 Exclusão de sócio**

A exclusão de sócio é um procedimento que pode ocorrer em uma empresa quando um dos sócios deixa de cumprir suas obrigações ou quando há desentendimentos que prejudicam o andamento do negócio. Geralmente, o processo de exclusão envolve a consulta do contrato social da empresa e pode ser realizado por decisão dos demais sócios ou por determinação judicial.

Como preceitua (PIMENTA, 2017, p.534):

A exclusão de sócio é a espécie ou modalidade de dissolução parcial de sociedade caracterizada pela saída compulsória de um dos integrantes, fundamentada em violação de suas obrigações legais ou contratuais e formalizada por deliberação dos demais sócios ou decisão judicial.

Conforme previsão legal, o artigo 1.030 do Código Civil disciplina que:

Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Nesse sentido, é de entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXCLUSÃO DE SÓCIO - FALTAS GRAVES DEMONSTRADAS - RESPONSABILIDADE PELA DÍVIDA DE SOCIEDADE LIMITADA. Devidamente demonstradas as faltas graves cometidas pelo sócio, justificada se faz a sua exclusão do quadro societário em relação à sociedade. A responsabilidade dos sócios na sociedade limitada é proporcional às suas quotas. (TJMG - Apelação Cível 1.0188.13.004088-7/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/02/2020, publicação da súmula em 11/02/2020).

Segundo, (TOMAZETTI, 2023, p.131), são várias as possibilidades que podem ocorrer para que haja a exclusão do sócio em uma sociedade:

Há hipóteses nas quais o sócio pode ser excluído da sociedade. [...] viu-se a possibilidade de exclusão quando não cumpra com a obrigação de integralizar o capital registrado subscrito, no tempo e modo dispostos no contrato social. Também leva à exclusão, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, a falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente (artigo 1.030 do Código Civil). Por fim, o artigo 1.085 estabelece uma hipótese de exclusão extrajudicial do sócio, exclusiva das sociedades limitadas.

Por fim, verifica-se que, a exclusão de um sócio é uma medida seria que deve ser tomada apenas em casos extremos e seguindo rigorosamente as leis e o contrato social da empresa. É importante que a empresa tenha consciência das consequências financeiras e busque aconselhamento profissional antes de tomar qualquer decisão.

#### 4.2.1 Exclusão extrajudicial de sócio ao dever de integralização

No que tange a exclusão extrajudicial de sócio remisso que não integralizou sua quota parte ao montante do capital social da sociedade limitada, é expresso no artigo 1.058 do Código Civil que a exclusão poderá ocorrer da seguinte forma:

Art. 1.058. Não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros da mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.

Na visão de (PIMENTA, 2017, p. 536):

Este dispositivo é quem fixa as condições básicas para a exclusão de sócio remisso também no que diz respeito às sociedades limitadas, dada a expressa referência que a ele efetuou o art. 1.058, este sim localizado na parte do Código Civil dedicada especificamente às limitadas.

Ainda segundo (PIMENTA, 2017, p. 536):

O sócio quotista remisso é constituído em mora, para fins de sua exclusão, seguindo-se as determinações do caput do art. 1.004, o qual estipula que os representantes legais da sociedade devem proceder a notificação extrajudicial do sócio que descumpra a forma ou prazo contratualmente fixados para a integralização das quotas por ele subscritas. O segundo requisito, posterior à notificação citada, diz respeito a deliberação societária no sentido da saída compulsória do sócio remisso. Trata-se de questão controversa, pois a literalidade do artigo 1.058 do Código Civil se reporta aos "outros sócios", expressão que remete à maioria de pessoas, e não do capital social.

Nas palavras de (MAMEDE, 2022, p. 131), no que se refere à exclusão do sócio remisso:

Viu-se a possibilidade de exclusão quando não cumpra com a obrigação de integralizar o capital registrado subscrito, no tempo e modo dispostos no contrato social. Também leva à exclusão, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, a falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Conclui-se então que elencadas as hipóteses de exclusão extrajudicial do sócio remisso que não fez a integralização de sua quota parte ao montante do capital social, o mesmo deverá ser notificado para cumprir com sua obrigação dentro do prazo de 30 (trinta) dias. Cumprida obrigação, ou não, os sócios em sua maioria iram deliberar sobre sua permanência ou sua exclusão dos quadros societários da empresa.

#### **4.2.2 Exclusão extrajudicial de sócio ao dever de colaboração**

No que tange a exclusão extrajudicial de sócio ao dever de colaboração, está ocorre quando um ou mais sócios coloca em risco sua colaboração para o sucesso da atividade econômica exercida pela sociedade limitada.

O artigo 1.085 do Código Civil estabeleceu que:

Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

No que pese em afirmar com seguridade o disposto no art. 1.085 do CC, é de entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO - EXCLUSÃO DE SÓCIO DE SOCIEDADE LIMITADA - JUSTA CAUSA - ARTIGO 1.085, DO CÓDIGO CIVIL. **Comprovado o cometimento de falta grave a ensejar a justa causa, e, havendo previsão no contrato social, deve-se aplicar o artigo 1.085, do Código Civil, com a consequente exclusão do sócio.** (TJMG - Apelação Cível 1.0525.10.011066-3/001, Relator(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/12/2015, publicação da súmula em 16/12/2015).

No tocante a doutrina, (COELHO, 2011, p.207) ensina que:

Se é motivada por falta grave no cumprimento de obrigação societária ou incapacidade superveniente, a dissolução será necessariamente judicial, em qualquer tipo de sociedade contratual (art. 1.030). Por fim, se a motivação é a prática por minoritários de atos graves, que põem em risco a continuidade da empresa, e sendo a sociedade limitada, a dissolução parcial poderá ser extrajudicial (deliberada em assembleia e formalizada em alteração contratual), se o contrato social expressamente o permitir; se omissivo, será judicial (art. 1.085).

Como explica (PIMENTA, 2017, p 540):

Estes atos de inegável gravidade devem, por sua vez, ser compreendidos como violações ao dever de colaboração do sócio. Trata-se do sócio que age deliberadamente contra e não a favor do empreendimento comum, colocando, assim, toda a empresa em risco.

Conclui-se então que elencadas as hipóteses de exclusão extrajudicial ao dever de colaboração, é necessário estar estipuladas em contrato social, tendo em vista que a doutrina pacificou o entendimento que a falta grave poderá acarretar a dissolução parcial extrajudicialmente.

#### **4.2.3 Exclusão judicial de sócio**

No que concerne a exclusão judicial de sócio (BECKER, 2011, p. 50), explica que:

A exclusão de sócio deverá ocorrer de forma judicial sempre que a lei exigir ou, quando os sócios e a sociedade não conseguirem configurar os requisitos necessários para promovê-la extrajudicialmente, ou ainda, quando por algum motivo, optarem propositalmente por este caminho. A exclusão judicial, também constitui providência de extrema importância na preservação da empresa ameaçada pelo sócio que se tornou nocivo à sociedade.

Conforme disposto no artigo 1.030 do Código Civil:

Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

Sendo assim, atribuindo-se nos conceitos de (PIMENTA, 2017, p. 544):

A exclusão de sócio por ato do Poder Judiciário (exclusão judicial) encontra-se disciplinada pelo art. 1.030 do Código Civil e tem por fundamento a "falta grave [do sócio] no cumprimento de suas obrigações". Pouco importa, deste modo, se as obrigações descumpridas se referem ao dever de conferimento ou ao dever de colaboração.

Nas palavras de (MAMEDE, 2022, p.134):

A expressão falta grave traduz todo comportamento que caracterize desrespeito relevante aos deveres sociais, conforme avaliação do magistrado. O contrato social pode prevê-los, listando comportamentos vedados cuja verificação, por si só, justificará a exclusão, certo ter sido contratada pelas partes. Para além dessas previsões, um amplo leque de possibilidades se define, como atos que caracterizem desrespeito ao dever de

fidúcia e lealdade, comportamento incompatível com *affectio societatis* (quando não seja lícito, como resistir a pretensões societárias que atentem contra valores legítimos), concorrência com a sociedade, prática – ou tentativa – de crimes dolosos que tenham a sociedade ou qualquer dos sócios como vítima, improbidade etc.

Conclui-se então que elencadas as hipóteses de exclusão judicial do sócio, basta que ocorra a falta grave dos sócios nos exercícios de suas obrigações, da incapacidade superveniente e as deliberações dos sócios majoritários que poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

## 5. APURAÇÃO DE HAVERES DO SÓCIO

No tocante a apuração de haveres do sócio, (PIMENTA, 2017, p. 557) ressalta que:

Após a manifestação do sócio insatisfeito (no recesso) ou dos demais consortes (na exclusão) no sentido de romper parcialmente o vínculo societário - enquadradas, ambas, no conceito de declaração receptícia de vontade - deve obrigatoriamente ocorrer o procedimento tendente à liquidação da parcela do patrimônio social pertencente àquele membro dissidente.

Cumprido observar que artigo 1.031 do Código Civil ressalta os aspectos trazidos à baila:

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 1º - O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 2º - A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

No sentido de corroborar com as afirmações do 1.031, do CC, é de entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.501668-6/000 - 15.12.2005  
CONTAGEM. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE - APURAÇÃO DE  
HAVERES - BALANÇO ESPECIAL - DATA-BASE - MANIFESTAÇÃO  
DO SÓCIO DA SUA INTENÇÃO DE RETIRADA - VALOR DAS  
QUOTAS - VALOR DE MERCADO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO -  
AÇÃO CONSTITUTIVA - ART. 20, §4º DO CPC.

- Na realização da dissolução parcial da sociedade, tendo em vista a retirada de sócio, devido ao rompimento da affectio societatis, **faz-se necessária a apuração dos haveres, mediante balanço, que deverá ocorrer no momento em que houve a efetiva manifestação da intenção do sócio da empresa de se retirar, garantindo, assim, a atualidade do balanço realizado**, nos termos do contrato social.

- Não havendo previsão expressa no contrato social para quantificar o valor patrimonial que deve ser reembolsado a crédito do sócio retirante, deverá ser adotado o valor das quotas correspondente ao valor patrimonial real, ou seja, ao valor de mercado, nos termos do disposto no art. 1031 do Código Civil/2002.

- A ação de dissolução de sociedade com apuração de haveres tem cunho constitutivo, não havendo que se falar em condenação e, por conseguinte, em estipulação dos honorários de advogado entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, devendo ser fixados consoante a apreciação equitativa do Juiz, com base no art. 20, § 4º do CPC. (TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.501668-6/000, Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 15/12/2005, publicação da súmula em 25/03/2006).

Como explica (COELHO, 2011, p. 208):

A dissolução parcial segue-se a apuração de haveres e o reembolso [...] A sociedade deve apurar os haveres do sócio desvinculado e pagar-lhe — nos prazos contratualmente previstos ou à vista em caso de omissão do contrato —, ou aos seus sucessores, a parte do seu patrimônio líquido que corresponder à proporção da cota liberada em relação ao capital social.

Ainda segundo (PIMENTA, 2017, p 558):

Denomina-se apuração de haveres a série de atos destinados a quantificar, realizar e restituir ao sócio que deixa a sociedade o valor correspondente à sua fração no patrimônio social. Está série de atos segue-se à dissolução parcial da sociedade, quando, por qualquer dos motivos legalmente admissíveis, há o rompimento do contrato social em relação a um ou alguns dos sócios. [...] Uma vez resolvido parcialmente o contrato de sociedade, é necessário, como consequência lógica, restituir ao sócio que deixa a pessoa jurídica o valor correspondente à sua fração no patrimônio da sociedade.

Conclui-se então que a apuração de haveres do sócio remisso deverá ocorrer conforme o valor de sua quota parte, considerando o montante integralizado. Na visão de (COELHO, 2011, p. 2009):

Mas a definição do quantum devido pela sociedade ao sócio desvinculado. Tem ele direito de crédito contra a pessoa jurídica no importe equivalente ao que teria se a hipótese fosse de dissolução total. Ou seja: o sócio tem direito ao valor patrimonial de sua cota social, não ao valor nominal, nem o de mercado, ou outro que se lhe atribua.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, venho contribuir academicamente com uma singela exposição das nuances da dissolução parcial da sociedade limitada. Ora esta, que fora embasada em doutrinas e jurisprudências.

A *affectio societatis* é um dos elementos mais importantes na constituição de uma sociedade, pois se trata do vínculo de confiança e cooperação entre os sócios. Quando esse vínculo é rompido, pode ocorrer a quebra da *affectio societatis*, o que pode levar à dissolução parcial da sociedade limitada.

A quebra da *affectio societatis* ocorre quando os sócios não possuem mais confiança e cooperação entre si, o que pode ser causado por diversos motivos, como divergências de opiniões, interesses conflitantes, problemas pessoais, dentre outros. Essa situação pode gerar prejuízos significativos para a empresa e para os sócios, afetando o desempenho financeiro e a qualidade dos serviços prestados.

A dissolução parcial da sociedade limitada é uma medida que pode ser adotada para solucionar os problemas decorrentes da quebra da *affectio societatis*. Nesse caso,

apenas parte da sociedade é dissolvida, mantendo-se a continuidade da empresa. A decisão de dissolução parcial deve ser tomada pelos sócios em comum acordo ou por decisão judicial, levando em consideração as consequências financeiras e operacionais da medida para a empresa e para os sócios.

É importante destacar que a dissolução parcial não é a única solução para a quebra da *affectio societatis*, e que a medida deve ser adotada apenas quando não houver mais possibilidade de reconciliação entre os sócios. A resolução do conflito pode ser obtida por meio de diálogo e negociação entre as partes, ou por meio de mediação ou arbitragem, evitando assim o encerramento parcial ou total das atividades da empresa.

Nosso ordenamento não prever a dissolução parcial judicial, em sim, extrajudicial, ou seja, por ser sociedade de pessoas, deve ser resolvido entre-as e somente em último grau, devesse levado a apreciação da justiça. Temos de modo operante, a constituição e a edificação de uma empresa e não a dissolução.

Portanto, fora elencadas sete tipos de dissolução neste artigo científico, os quais possam perceber que, independentemente de qual o tipo de dissolução, sempre se iniciar pela quebra do *affectio societatis*. Com isso, observamos que a quebra da *affectio societatis* e a dissolução parcial da sociedade limitada são questões complexas que devem ser tratadas com cautela e baseadas em uma análise criteriosa dos impactos financeiros e operacionais para a empresa e para os sócios. A adoção de medidas preventivas e o diálogo constante entre os sócios são essenciais para evitar a ocorrência desses problemas.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BECKER, ROSANGELA ERHARDT. **A quebra da affectio societatis como justa causa para exclusão de sócio de sociedade limitada.** Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/6135>. Acesso em: 14 mai. 2023.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 183.

BRASIL, **Código Civil.** Senado Federal, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0525.10.011066-3/001 0110663-10.2010.8.13.0525 (1) Relator(a) Des.(a) Evangelina Castilho Duarte. Julgamento: 03 dez. 2015.** Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=B4688E06BB35450CFF82A187124D1FCE.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagin](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=B4688E06BB35450CFF82A187124D1FCE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagin)

a=10&numeroUnico=1.0525.10.011066-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0188.13.004088-7/001 0040887-56.2013.8.13.0188 (1) Relator(a) Des.(a) Fernando Caldeira Brant. Julgamento: 05 fev. 2020.** Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B4688E06BB35450CFF82A187124D1FCE.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0188.13.004088-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B4688E06BB35450CFF82A187124D1FCE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0188.13.004088-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 14 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 2.0000.00.501668-6/000 5016686-48.2000.8.13.0000 (1) Relator(a) Des.(a) Hilda Teixeira da Costa. Julgamento: 15 dez. 2015.** Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B4688E06BB35450CFF82A187124D1FCE.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.501668-6%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B4688E06BB35450CFF82A187124D1FCE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.501668-6%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar). Acesso em: 14 mai. 2023.

BULGARELLI, Waldirio, **Sociedades comerciais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 26.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho**. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito Societário (Direito Empresarial Brasileiro)**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772582. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772582/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**. [recurso eletrônico] / Eduardo Goulart Pimenta -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

FRANCO, Vera Heleno de Mello. **Lições de direito comercial**. 2. ed. São Paulo: Maltese, 1995, p. 133.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado**. 7ª edição. Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788547230111.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. v.1. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627383. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627383/>. Acesso em: 24 mai. 2023.

## HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRAGMATISMO JURÍDICO E A CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**LARISSA FRANÇA FERRAZ:**  
Bolsista CNPq e Mestranda do  
Núcleo de Direito Constitucional  
da PUC-SP <sup>167</sup>

**JÚLIA LIBÓRIO BARBOSA** <sup>168</sup>

(coautora)

**RESUMO:** O Estado Social de Direito emergiu com o objetivo de o Estado garantir a concretização de direitos fundamentais, de forma que o progressivismo inerente ao Estado Regulatório substituiu, na prática jurídica, o “government by law” pelo “government by polices”, voltando-se de forma mais ampla às políticas públicas. Nesse contexto, a hermenêutica constitucional contemporânea deve ser compreendida à luz do pragmatismo jurídico, segundo o qual o Direito é visto como uma ciência que se ocupa da prática e, portanto, não pode dissociar-se dela. Para compreender tal cenário, o presente trabalho busca delinear dizeres de Pierce, um dos expoentes do pragmatismo, a fim de compreender – a partir de seus ensinamentos – a nova ordem constitucional instaurada pela Constituição da República de 1988 e o relevante papel que o Poder Judiciário passou a desempenhar para a concretização dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Pragmatismo. Hermenêutica Constitucional. Poder Judiciário. Políticas Públicas. Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The Social Rule of Law emerged with the aim of guaranteeing the concretization of fundamental rights, so that the progressivism inherent to the Regulatory State replaced, in legal practice, the “government by law” by the “government by polices”, focusing on a broader basis to public policies. In this context, the contemporary constitutional hermeneutics must be understood in the light of legal pragmatism, according to which the Law is seen as a science that deals with practice and, therefore, cannot be dissociated from it. To comprehend this scenario, this paper attempts to delineate the sayings of Pierce, one of the exponents of pragmatism, in order to understand - based on his ideas - the new constitutional order established by the 1988 Constitution of

167. E-mail: larissafferraz@hotmail.com.

168 Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pela PUC-SP. Advogada. E-mail: julialiboriobarbosa@gmail.com.

the Republic and the relevant role that the Judicial Power now plays in the consolidation of fundamental rights.

**Keywords:** Pragmatism. Constitucional Hermeneutics. Judicial Power. Public Polices. Fundamental Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

O pragmatismo enxerga o Direito como uma ciência que se ocupa da prática e, portanto, não pode dissociar-se dela. Para o pragmatismo, portanto, o Direito é construído a partir de uma situação concreta, para a qual se busca uma solução. É dizer: o problema antecede a construção do Direito.

Assim, o pragmatismo concebe o Direito a partir de uma visão tópica, visto que o problema concreto é que provoca a interpretação da norma. Nesse sentido, a interpretação e a aplicação da norma ocorrem de forma simultânea, pois a interpretação se dá pelo e para o problema concreto.

A norma jurídica, conforme entendem os pragmatistas, é criada para disciplinar situações concretas e, portanto, só pode ser compreendida quando efetivamente aplicada.

À luz do pragmatismo, este trabalho se propõe a analisar a atuação do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais.

Dessa forma, em um primeiro momento, serão abordadas as principais características do pragmatismo jurídico, com finalidade de evidenciar que o pragmatismo é um método de investigação que se afasta de teorias abstratas e absolutas sobre determinado tema e que tem como objetivo a busca da melhor solução jurídica a partir do caso concreto posto à análise do julgador.

Após, será abordada a evolução do Estado Liberal (marcado pela filosofia positivista) ao Estado Democrático de Direito, o qual demanda do juiz uma postura ativa da concretização dos preceitos constitucionais. Será dada ênfase à ascensão do *“government by polices”*, que alçou o Poder Judiciário a um papel de protagonismo na concretização de políticas públicas.

Ademais, serão traçadas as principais características do método abduutivo proposto por Pierce, cujo objetivo é dar vida ao contexto da justificação a partir do contexto da descoberta oportunizado pela abdução, evidenciando que o pragmatismo jurídico concebe a norma jurídica como instrumento de adaptação social promovida empiricamente quando da prestação jurisdicional.

O trabalho objetiva concluir que a concepção pragmática do direito exige do aplicador do direito uma atuação criativa que se afaste do formalismo interpretativo da lógica dedutiva tradicional. Isto, porque, a interpretação da Constituição dá-se, nos moldes do pragmatismo, a partir da conexão entre o texto e a realidade fática, de forma que a prestação jurisdicional caracteriza atividade criativa com vistas à concretização de direitos constitucionais fundamentais, tomados a partir do contexto em que se inserem.

Por fim, importa esclarecer que, em razão das limitações deste trabalho, não se pretende esgotar a filosofia pragmática jurídica, mas sim desenvolver as características do pragmatismo sob a perspectiva da prestação jurisdicional em matéria de concretização de direitos fundamentais através de políticas públicas.

## **2 CARACTERÍSTICAS DO PRAGMATISMO JURÍDICO**

O pragmatismo pode ser definido como uma corrente de pensamento que se originou, em meados do século XIX nos Estados Unidos, através da criação do chamado Clube Metafísico por Charles Sanders Peirce e William James 169.

Estes juristas tiveram influência direta do pragmatismo filosófico, o qual visa superar a tradição contemplativa da filosofia, propondo uma abordagem ativa das questões filosóficas, em que o conhecimento está diretamente relacionado às suas consequências práticas, isto é, ao efetivamente realizado.

Na concepção de Peirce, as discussões metafísicas são excessivamente abstratas e, por isso, obscuras, uma vez que aspiram à descoberta da verdade, estabelecendo conceitos universais e imutáveis e, assim, afastando a dúvida.

Por outro lado, a dúvida é elemento fundamental para o método pragmatista. Segundo Peirce, o pensamento é movido pela irritação decorrente da dúvida, de forma que esta é apaziguada quando se alcança a crença, enquanto decisão acerca da ação.

A dúvida tem como estímulo imediato o esforço para chegar à crença. É conveniente para o ser humano que as crenças orientem suas ações, de forma a satisfazermos seus desejos.

O esforço tem início através da dúvida, sendo finalizado apenas quando ela é cessada. A dúvida nos leva a um esforço por atingir um estado de crença, o qual recebe o

---

169 Os americanos Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey e Josiah Royce foram os primeiros filósofos a se autodenominarem pragmatistas.

nome de investigação. Todavia, a crença não caracteriza a solução da dúvida em definitivo, uma vez que, de acordo com Peirce:

[...] tem precisamente três propriedades: primeiro, é algo de que nos damos conta; nossa natureza de uma regra de acção, ou, numa palavra, de um hábito. Quando sossega a irritação da dúvida, que é o motivo do pensamento, o pensamento acalma-se segundo, sossega a irritação do pensamento; e, terceiro, implica a determinação na, e descansa o momento em que chega à crença. Mas, visto que a crença é uma regra de acção, cuja aplicação implica posterior dúvida e posterior pensamento, ao mesmo tempo que é um lugar de paragem é também um novo lugar de recomeço para o pensamento. O resultado final do pensar é o exercício da volição, e disso já não faz parte o pensamento; mas a crença é apenas um estágio da acção mental [...] que influenciará o pensamento futuro (PEIRCE, 1994, p. 9).

O método pragmatista proposto por Pierce não se propõe a estabelecer uma separação definitiva entre verdade e falsidade: o que se busca é perquirir<sup>170</sup> uma resposta racionalmente aceitável à investigação empírica.

A investigação, dessa forma, tem por objetivo único o acordo de opiniões. O jusfilosófico destaca que até pode-se pretender que isso não nos basta e que se busque não apenas uma opinião, mas uma opinião verdadeira. Todavia, essa pretensão não possui fundamento, pois tão logo alcançam uma crença, sentem-se satisfeitos por completo, seja essa crença verdadeira ou falsa (PEIRCE, 1972).

Feitas estas considerações iniciais, importa verificar que, não obstante a corrente pragmatista não seja homogênea, John Dewey (um de seus expoentes) apresenta, em um de seus principais trabalhos <sup>171</sup>, algumas ideias básicas que permite a identificação das principais características do pragmatismo jurídico, quais sejam: (i) antifundacionismo; (ii) contextualismo; (iii) instrumentalismo; (iv) consequencialismo e (v) interdisciplinabilidade.

O antifundacionalismo caracteriza-se pela perspectiva de que “a verdade não se encontra em princípios e conceitos dados ou previamente construídos” (CAMARGO, 2009, p. 367). Nesse sentido, os conceitos já estabelecidos preteritamente constituem hipóteses a serem confirmadas na prática. A perspectiva antifundacionalista, portanto, consigna que o pensamento é aberto e está sempre sujeito à verificação.

---

<sup>170</sup> Investigar minuciosa e escrupulosamente; indagar, inquirir, perscrutar (MICHAELIS, 2023).

<sup>171</sup> Intitulado *The quest of certainty: a study of the relation of knowledge on action*, publicado em 1929.

Já o contextualismo afirma a concepção do direito como prática social, de forma que o pragmatismo assume uma dimensão tópica, partindo-se da premissa de que o conhecimento origina-se de hipóteses a serem confirmadas na prática, o contextualismo reforça a dinamicidade do direito voltado para questões práticas, na medida em que “as questões de ordem prática é que norteiam a interpretação e aplicação da norma jurídica” (CAMARGO, 2009, p. 368).

Ademais, o instrumentalismo aponta o viés político do direito, uma vez que concebe o direito como um instrumento de orientação da conduta social e, nesse aspecto, o direito é construtivo, tendo em vista que interfere direta e efetivamente na realidade.

O consequencialismo, por sua vez, denota “que o conhecimento acompanha o dinamismo da vida” (CAMARGO, 2009, p. 368). O direito, neste sentido, pauta-se nas consequências da ação e, assim, volta-se para o futuro. Margarida Lacombe explica que “a decisão sobre a melhor conduta, nesse aspecto, é aquela que se pauta na consideração dos efeitos de um e de outro comportamento” (CAMARGO, 2009, p. 368).

Por fim, a interdisciplinariedade é a característica do pragmatismo que evidencia a abertura do direito para outras áreas do conhecimento especializado, que tem o propósito de melhor informar os efeitos da ação.

Das características apontadas, é possível concluir que o pragmatismo é um método de investigação que se afasta de teorias abstratas e absolutas sobre determinado tema, em que a busca da solução é auferida a partir do caso concreto posto à análise do julgador.

### **3 EVOLUÇÃO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

No Estado Liberal, cuja primazia era o respeito da liberdade individual, a atividade governamental não era regida por uma orientação finalística e não estava comprometida com a proteção de fins sociais.

Do contrário, o Estado mantinha uma atuação mínima, tendo em vista que a preocupação liberal-burguesa era demarcar os limites estreitos à intervenção do Estado, dimensionando-os no espectro mínimo, de modo a amparar a convivência social.

A atividade jurisdicional seguia esta mesma linha, de forma que o Estado Liberal caracteriza-se, sobretudo, pela obediência ao Princípio da Legalidade estrita, isto é, a atividade jurisdicional pautava-se na submissão ao império da lei, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo.

No contexto histórico do Estado Liberal, em que floresciam ideais iluministas, o campo da hermenêutica era marcado pelo dogma do positivismo jurídico estrito, não

havendo qualquer possibilidade de abertura à inserção de elementos tidos como “extrajurídicos” na atividade jurisdicional.

A finalidade, do contrário, era garantir uma suposta neutralidade técnica da lei, inviabilizando qualquer sobreposição entre o Direito e os reflexos sociais e políticos produzidos perante a sociedade.<sup>172</sup>

A partir do século XIX, diversos processos de transformações sociais, com destaque para a Revolução Industrial, tiveram como resultado o aumento das desigualdades sociais. Com isso, a insatisfação das classes populares foi fomentada, de forma que o individualismo e o neutralismo do Estado liberal, diante das imensas injustiças provocadas, passaram a revelar a insuficiência das liberdades burguesas e permitiram que se tivesse consciência da necessidade da busca por justiça social.

Nesse contexto, no início do século XX, a ideia de Estado de Direito como mero Estado Legal, sem qualquer preocupação com os direitos e garantias mínimas dos indivíduos, passou a perder força. Isso, porque, a ausência da intervenção estatal na regulamentação sócio econômica teve como resultado direto a perpetuação da miséria da nova classe de proletariados

Dessa forma, os direitos sociais ganharam destaque, consolidando o Estado Social, que se caracteriza por uma postura ativa e interventiva do Estado na promoção dos fins sociais. No Estado Social, imputa-se ao Poder Público a responsabilidade de prover as condições materiais mínimas para uma existência digna, a exemplo do direito à saúde, à moradia, ao lazer, ao trabalho, entre outros. Trata-se de um compromisso assumido pelo Estado de que prestará ações positivas a fim de que os direitos fundamentais sociais sejam promovidos e concretizados.

Logo, para além da igualdade em sentido formal do Estado Liberal, busca-se, no Estado Social, promover a igualdade material dos indivíduos.

O marco histórico para a concretização do Estado Democrático de Direito foi o período pós Segunda Guerra Mundial, uma vez que muitas das respostas advindas das atrocidades cometidas durante a guerra, foram respaldadas pelo manto da legalidade.

Sobre o tema, tem-se a importante lição de José Afonso da Silva:

[...] se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no

---

<sup>172</sup> “Em síntese, o positivismo torna a ciência jurídica uma ciência unidisciplinar, fechada em si mesma, admiradora exclusivamente de sua própria imagem”. (TAVARES, 2008, p. 149).

fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial.(SILVA, 2005, p.114).

Por conseguinte, a alteração do paradigma hermenêutico deu-se com as Constituições modernas do pós Segunda Guerra Mundial, que trouxeram, em seus corpos jurídicos, direitos relativos à solidariedade e à comunidade.

As normas constitucionais originadas deste novo modelo de Estado agregam finalidades sociais às ações do Estado, vinculando o Poder Público a ações efetivas para se atingir as finalidades das regras e valores insculpidos na Constituição.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi institucionalizado pela Constituição Federal de 1988<sup>173</sup>, marcada pela participação popular nas deliberações de interesse social, com especial realce à previsão legal da realização de audiências públicas.<sup>174</sup>

Assim, a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza deve ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/88)<sup>175</sup>, bem como, nas palavras de José Afonso da Silva:

[...] há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2005).

---

173 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: [...]"

174 Apenas para ilustrar, rememoremos a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 para debater a judicialização da saúde, em que o Ministro Gilmar Mendes, sob o peso de um histórico de reiteradas postergações e anos de subfinanciamento do Sistema Único de Saúde, perguntava: "a judicialização do direito à saúde (...) são omissão de política, uma inadequação das políticas ou há outros interesses envolvidos, Além disso, note-se que o debate acerca da chamada "judicialização da saúde" é permeado por diversos elementos políticos, econômicos, sociais, biológicos, etc., para que sejam respondidas perguntas para as quais a dogmática tradicional do Direito, sozinha, é incapaz de oferecer respostas. Insta salientar ainda que hoje, 12 anos após a referida audiência, tais perguntas permanecem pertinentes, senão ainda mais contundentes em razão da crise instaurada pela pandemia de Covid-19.

175 Art. 3º. "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]"

A nova hermenêutica, por meio de um modelo retórico-argumentativo, parte da premissa de que o Direito lida com a verdade construída por intermédio do diálogo, não sendo pautada na dimensão meramente gramatical do texto da lei.<sup>176</sup>

Cumprir destacar que uma das facetas da interpretação constitucional envolve o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e, com ela, a discussão acerca dos limites da atuação legítima de cada poder. Ao Poder Judiciário, foi conferido constitucionalmente o exercício deste controle, sendo-lhe outorgada a prerrogativa de realizar a interpretação de preceitos fundamentais para tanto, de forma que atuação jurisdicional passa a ter uma dimensão criativa e interpretativa.

Ainda, o Poder Judiciário mostra-se uma das mais importantes vias para a realização da defesa dos preceitos insculpidos na Constituição, tendo em vista que o acesso à justiça, inserto no rol de direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>177</sup>, recebeu uma função essencial no Estado Democrático, pois se trata de canal direto a serviço da sociedade para a promoção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, como será abordado mais adiante, a Constituição Federal de 1988 alargou a importância da função jurisdicional, na medida em que os direitos fundamentais conquistados podem ser exigidos perante o Poder Judiciário caso não sejam satisfeitos voluntariamente ou violados pelos demais Poderes.

Neste diapasão, o Poder Judiciário transcende o modelo de justiça retributiva, adentrando a esfera da justiça distributiva<sup>178</sup>, em que se busca a efetivação de uma política pública, tendo como função, portanto, a justa distribuição dos recursos comuns.

O Poder Judiciário, assim, afasta-se da justiça estática proposta pelo dogmatismo legalista e aproxima-se da justiça dinâmica, caracterizada pela discussão da constitucionalidade das leis, atos e programas e com a criação de novas regras a partir do modelo constitucional, conferindo potencial transformador à esfera jurisdicional.

#### **4 ASCENÇÃO DO “GOVERNMENT BY POLICES”**

---

<sup>176</sup> Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva: “a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social” (SILVA, 2005, p. 121).

<sup>177</sup> Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

“GOVERNMENT BY POLICES”. Tradução livre: governo através de políticas públicas, através de ações positivas do Estado.

A tradição liberal-positivista, que pugna pela aplicação das leis existentes “pura” e exclusiva coerência com o ordenamento jurídico, afasta a atividade do aplicador do direito da investigação de fatores tidos como “extrajurídicos”, como fatores políticos, econômicos e sociais. Tal aceção positivista está posta “em xeque” no contexto atual.

O complexo contexto inaugurado pela Constituição democrática de 1988 impõe a busca - pelo Poder Judiciário - de soluções jurídicas que melhor concretizem, em termos de eficácia e efetividade, o conteúdo das normas constitucionais, tendo por premissa a proteção do ser humano, individual e coletivamente considerado.

Nesse sentido, impõe-se ao Estado uma atuação positiva e proativa na busca da satisfação e efetivação dos direitos sociais e uma competência multifacetada, clamando para si a responsabilidade de ordenar a sociedade e aperfeiçoá-la. Exsurge, assim, o Estado regulatório, que traz para a esfera jurídica uma série de elementos que eram, no Estado Liberal, tidos como “extrajurídicos” e uma série de atividades que não estavam disciplinadas juridicamente de forma específica.<sup>179</sup>

O Estado regulatório, centrado na formulação e concretização de políticas públicas, “acabou por alçar (às vezes aberta e às vezes veladamente) o Poder Judiciário à condição de ente ativo na formulação da política pública” (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 115), de forma que o Poder Judiciário assume verdadeiro protagonismo no *government by policy*, inserindo no direito diversos temas que antes lhe eram estranhos, alocados pelo positivismo no mundo do “ser” e não no “dever ser”, para o qual o direito deveria se voltar.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Como exemplo, importa mencionar as regras de proteção à saúde pública, à segurança, ao meio ambiente e à proteção da mulher.

<sup>180</sup> Importa destacar que o pragmatismo jurídico supera a dicotomia entre “ser” e “dever ser”, considerando esta dualidade uma racionalidade artificial, uma “ilusão transcendental”. A distinção entre o mundo dos fatos e o mundo do direito não guarda sentido com o método pragmatista. Assim, unir pensamento e existência é ideia fundamental do pensamento pragmatista. No pragmatismo, não há um abismo epistemológico entre existência e pensamento, como ocorre no dogmatismo tradicional. Isto, porque, o pensamento, sob a ótica pragmatista, encontra sua significação na conduta que o agente está apto a produzir. Portanto, o pensamento só se faz como elemento da realidade, movendo em um único plano, do qual também fazem parte a existência e a vida. Neste sentido, para Dewey, a norma jurídica não poderia ser concebida como uma entidade separada, somente podendo ser discutida nos termos das condições sociais em que surge e do que concretamente se faz. Os significados dos conceitos intelectuais no pragmatismo não são definitivos, mas sim dinâmicos e abertos, repousando no somatório de todas as consequências práticas previsíveis de algo, cujo número é indefinido. Esta clareza conceitual a partir do método pragmatista impõe a unificação do mundo dos fatos (realidade) e do mundo do direito (abstração), com a superação da dicotomia entre “ser” e “dever-ser”. (NÓBREGA, 2013, p.118-134).

Assim leciona Fábio Konder Comparato:181

o "*government by policies*", em substituição ao "*government by law*", supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva e qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previdencial, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos — materiais e humanos — para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento. (COMPARATO, 1989, p. 102).

A busca por objetivos concretos (como, por exemplo, a melhoria da saúde pública) demanda a implementação de políticas públicas<sup>182</sup>, que, por sua vez, demandam do jurista o desafio de integrar os meios jurídicos aos fins normativos. O saber jurídico tradicional mostra-se insuficiente para este fim, o que demanda do jurista contemporâneo o emprego de conhecimentos produzidos por outras áreas do conhecimento, como a ciência social, econômica, biológica, etc. (precisa ter dois pontos antes de citação de mais de 3 linhas – formular algo).

Generalizando, pode-se dizer que a ascensão do *government by policy* propõe ao jurista problemas para os quais o conhecimento jurídico tradicional — interpretar leis e redigi-las, sustentar um argumento para um debate judicial ou desconstruir a coesão de argumentos sobre a interpretação das leis — oferece poucas respostas. A política pública é eminentemente finalística, isto é, está eminentemente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não apenas aos procedimentos seguidos para a sua feitura, mas também à plausibilidade de que os

---

181 Sobre esse tema, ensina Flávia Piovesan que "a ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo". (PIOVESAN, 2010, p. 56).

182 Assim definidas por Maria Paula Dallari Bucci como "Um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito." (BUCCI, 2006, p. 14).

efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados.( PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 114).

Nesse contexto, tendo sido o Poder Judiciário alçado ao centro do arranjo político pela Constituição de 1988, é crescente a “demanda” pelo emprego de aspectos empíricos e de conhecimentos até então estranhos – e verdadeiramente repudiados – pela concepção positivista enquanto norteadores da correta aplicação da norma ao caso. Assim, hodiernamente, nota-se uma maior importância do controle de validade finalística da norma, em detrimento de seu controle de validade meramente condicional.

O assunto é perfeitamente elucidado por Mariana Pargendler e Bruno Salama:

Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil — ora negativamente, contrabalançando o excesso, ora positivamente, contrabalançando a inação; e, nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos (e desincentivos) para toda sorte de atividades. É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* — muitas vezes a contragosto, ocasionalmente com certo júbilo — para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública. ( PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 116).

Dessa maneira, ao caso concreto posto à sua apreciação, incumbe ao juiz encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras, considerando as possíveis consequências sociais, políticas e econômicas de sua decisão.<sup>183</sup>

Ocorre que, na maioria dos casos, esta busca pela melhor decisão, à luz do método pragmatista, depende de dados empíricos ou juízos probabilísticos que apontem os efeitos concretos da aplicação de determinada norma, de forma que a necessidade de se empregar estudos que articulem a interpretação do texto da lei com as suas prováveis repercussões práticas e conhecimentos produzidos por outras áreas do conhecimento se torna cada vez mais premente na realidade Brasileira.

---

<sup>183</sup> Ao reformular a crítica de Dworkin sobre os juízes pragmatistas, Posner elucida que “os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado”. (POSNER, 2012, p. 380).

## **5 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O MÉTODO PRAGMATISTA NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O pragmatismo jurídico concebe a norma jurídica como instrumento de adaptação social promovida empiricamente quando da prestação jurisdicional. Tal concepção exige do aplicador do direito uma atuação criativa que se afaste do formalismo interpretativo da lógica dedutiva tradicional.

Para tanto, Pierce propõe o método abdutivo. A abdução é um modo de inferência bem peculiar que se apresenta no pragmatismo como ponto de partida do pensamento.

A abdução põe na hipótese (antecedente da norma), e não na inferência lógica, como ocorre no método dedutivo, os preconceitos humanos e o contexto em que o julgador encontra-se inserido, possibilitando que se pense os juízos de valor como próprios e fazendo-os explícitos, tornando possível submetê-los à crítica.

A abdução privilegia a lógica viva, que é, em suma, o teste de consequências. A lógica viva permite que a decisão exponha não apenas os elementos legais, mas todos os outros elementos que contribuíram à sua formação, como os elementos sociais, psicológicos, econômicos, etc.

A abdução legal, de modo geral, consiste em uma dupla tarefa, qual seja: descobrir o que realmente aconteceu e, na sequência, classificar o ocorrido de acordo com um conceito jurídico.

Importa destacar que o pragmatismo não renega de absoluto o papel da dedução ou indução, com a ressalva de que essas não se prestam a descobrir, mas têm a sua função específica para o teste da hipótese. Segundo Peirce, a abdução é a primeira etapa na busca de fatos e de leis, porém deve ser apoiada por inferências subsequentes para determinar seu valor.

O contexto da descoberta é o momento em que a abdução oportuniza-se como inferência apta a dar significado à decisão jurídica, bem como oportuniza a criatividade e a autocorreção. Assim, a abdução está ligada ao contexto da descoberta (da investigação), e não a um contexto de justificação ou racionalização de premissas, uma vez que propõe um juízo probabilístico e não necessário. Dessa forma, a abdução possibilitaria dar significado à decisão que aparece exposta no contexto da justificação.

A aplicação do raciocínio abdutivo ao direito pretende dar vida ao contexto da justificação a partir do contexto da descoberta oportunizado pela abdução.

Assim sendo, as teorias jurídicas que colocam em evidência, em primeiro lugar, o contexto da justificação, acabam por engessar qualquer contribuição que a descoberta

possa oferecer, pois limita o contexto da descoberta aos ditames de coerência e completude do ordenamento.

Os fatos sociais, no pragmatismo, não são concebidos como algo acabado, mas sim como um processo em andamento.

Nesse sentido, a tipicidade no direito não se encontra encerrada em molduras teóricas determinadas, tendo em vista que o exame das consequências na realidade constitui a base para a manutenção ou modificação de determinado padrão, cuja certeza não é teórica, mas sim prática e situada no futuro.

No método pragmatista, a ênfase dá-se nos fatos e nas consequências concebíveis, que atribuem vitalidade às teorias jurídicas que, sem provocação da dúvida e a partir de fatos surpreendentes na inferência abductiva, não passariam de aparentes.

A hermenêutica constitucional, à luz do método pragmatista, é vista sob uma perspectiva não essencialista, de forma que a manifestação jurisdicional caracteriza verdadeira atividade normativa, que devem veicular as consequências que contextualmente se verifiquem mais razoáveis. É neste sentido que se discute:

A prestação jurisdicional distingue-se como atividade destacadamente criativa, não obstante o contexto em que se faz inserto o magistrado vincule-o a relativo dever de adequação a um paradigma racional de verificação dos argumentos acostados quando da decisão judicial. Racionalidade que se caracteriza não como parâmetro essencialista ou que implique objetividade absoluta à interpretação, mas como desdobramento histórico-contextualizador mesmo do instrumento normativo balizador da decisão, que se estabelece como pressuposto – ponto de partida – à prestação jurisdicional. (MENDES FERREIRA; DE LIMA CATÃO, 2016, p. 276).

Esta atividade criativa faz-se necessária, essencialmente, em razão da posição central que a própria Constituição de 1988 confere ao Poder Judiciário, conferindo ao Direito uma abertura semântica que exige que o julgador empreenda interpretação voltada para a adequação da norma às necessidades sociais, considerando-se as consequências práticas verificáveis empiricamente.

Nesse sentido, a interpretação da Constituição dá-se, nos moldes do pragmatismo, a partir da conexão entre o texto e a realidade fática, de forma que a prestação jurisdicional deve ir além do expressamente prescrito no texto da norma, em uma atividade criativa com

vistas à concretização dos princípios consagrados dogmaticamente, sempre tomados a partir do contexto em que se inserem.

Importa destacar que a referida postura criativa que se impõe à atividade jurisdicional no arranjo determinado pela Constituição não significa a supremacia do Poder Judiciário em face dos demais poderes, o que violaria a harmonia entre as funções do Estado. Mas, sim, um instrumento de fiscalização entre os Poderes visando a garantia da Constituição.

Como já delineado, a Ascensão do *“government by polices”* e o advento do Estado regulatório alargaram a competência do Poder Judiciário no espectro da separação de poderes. Ocorre que, neste novo contexto, muitas são as críticas contra certos posicionamentos do Judiciário, que o acusam de atuar de forma indevida e além das fronteiras delimitadas para a sua atuação pela Separação de Poderes.

Não se pretende aqui, dadas as limitações deste trabalho, discutir de forma mais profunda o debate tão complexo voltado para a análise da linha tênue entre a necessária proteção constitucional pelo Poder Judiciário e uma atuação que não se amolde ao princípio da separação de poderes.

Cumprir esclarecer, apenas, que a atividade criativa característica do método pragmatista não se faz ilimitada, estando efetivamente condicionada a manifestar-se nos intrínsecos do ordenamento jurídico, visando tão somente a concretização dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição, em estrito cumprimento à função constitucional que lhe cabe, consagrando-se os valores democráticos que exigem o equilíbrio entre as funções do Estado.

Tal acepção está em plena harmonia com a própria sistemática constitucional, que promove o arranjo de fiscalização entre as funções do Estado, de modo a assegurar, em última instância, os valores e preceitos fundamentais da República.

Dessa forma, sob a ótica do pragmatismo, a prestação jurisdicional, necessariamente, deve visar a combinação entre a máxima efetividade das normas jurídicas inseridas no ordenamento e a concretização do Direito.

Importa salientar, ademais, que o método pragmatista não pode ser confundido com o incentivo irrestrito ao magistrado para que faça incidir suas opiniões pessoais na solução do caso concreto. Do contrário, Posner elucida, em seu texto *“A problemática da teoria moral e jurídica”*, que o pragmatismo não aconselha os juízes a criarem normas jurídicas por pura tentativa e erro de acordo com suas posições ou opiniões pessoais. (POSNER, 2012).

Isto, porque, segundo afirma Posner, a fonte de inspiração do juiz pragmatista é o cientista experimental, que não procede através de pura tentativa e erro. O cientista experimental “nos convida a imitar por meio de uma pergunta, que devemos fazer sempre que surgir uma discordância: que diferença prática, concreta e observável isso faz para nós?”. (POSNER, 2012, p. 402). Com esta afirmação, Posner quis dizer, unicamente, que os juízes não devem se enredar em disputas puramente abstratas, que não tem qualquer consequência prática.

Nesse sentido, o que deve prevalecer na decisão do juiz pragmatista é a experiência social e não sua posição pessoal.

Sendo assim, a atividade hermenêutica que tem o escopo de promover um juízo de adequação dos conceitos ao contexto em que se faz inserto o intérprete constitui-se inequívoca manifestação volitiva, que entretanto não caracteriza arbitrariedade decisionista, haja vista que a interpretação faz-se condicionada contextualmente e vinculada ao bem-estar social.

A manifestação de vontade, neste íterim, relaciona-se ao pronunciamento do órgão judicante acerca dos parâmetros justificadores da decisão jurídica, que são estabelecidos em face do paradigma sociolinguístico do referido órgão, configurando destacada abertura interpretativa, limitada impreterivelmente pelo princípio que veicula o dever jurídico de fundamentação das decisões. (MENDES FERREIRA; DE LIMA CATÃO, 2016, 277-278).

É, nesse contexto, pois, que se propõe a abordagem pragmatista da hermenêutica constitucional, sobretudo no que tange ao papel do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas, de forma que, nos moldes do método abduutivo proposto por Pierce, a jurisdição esteja comprometida com a adequação prática da aplicação da norma ao caso concreto, não se podendo perder de vista a necessidade de reiterada verificação dos conceitos.

## **5 CONCLUSÃO**

O Estado Social de Direito emergiu com o objetivo de o Estado garantir a concretização de direitos fundamentais, objetivo este que a Constituição Federal de 1988 elegeu como um dos objetivos da República, tendo o Poder Judiciário sido alçado à posição central na concretização de políticas públicas que visem à efetivação destes direitos fundamentais.

O progressivismo inerente ao Estado Regulatório substituiu, na prática jurídica, o *government by law* pelo *governmente by polices*, voltando-se de forma mais ampla às políticas públicas.

Esse novo paradigma impõe o desenvolvimento da técnica previdencial, da capacidade de formular objetivos possíveis e organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos para sua consecução. Para isso, apenas o saber jurídico não se faz suficiente, o que impõe a consideração de outras ciências sociais na aplicação da lei e para se pensar a aplicação desta no mundo concreto.

Dessa forma, a prestação jurisdicional, sobretudo em matéria constitucional, impõe ao juiz uma atuação positiva e criativa, que se estabelece mediante uma abertura semântica do Direito, visando à concretização dos princípios consagrados dogmaticamente, sempre tomados a partir do contexto em que se inserem.

Nesse sentido, a interpretação da Constituição dá-se, nos moldes do pragmatismo, a partir da conexão entre o texto e a realidade fática, de forma que a prestação jurisdicional deve ir além do expressamente prescrito no texto da norma, em uma atividade criativa que combine a máxima efetividade das normas jurídicas a uma postura concretizadora do Direito.

É certo, todavia, que a atividade criativa e a abertura semântica do Direito não são absolutas ou arbitrárias: estão sempre condicionadas ao contexto e limitadas à concretização de direito fundamental previsto pela Constituição.

Conclui-se, portando, que o pragmatismo jurídico, nos moldes do método abduutivo proposto por Pierce, confere à atividade hermenêutica um importante parâmetro de interpretação, na medida em que põe na hipótese (antecedente da norma), e não na inferência lógica, como ocorre no método dedutivo, os preconceitos humanos e o contexto em que o julgador se encontra inserido, o que caracteriza uma perspectiva marcada pela necessidade de constante verificação dos conceitos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 11 de maio de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. *in* Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro.** In: BINENBOJM, Gustavo. *et al.* Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris 2009, p. 367-368.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1989, p. 102.

MENDES FERREIRA, Cicero Alberto; DE LIMA CATÃO, Adrualdo. **O pragmatismo jurídico como método de interpretação constitucional.** Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, I ENPEJUD: "Poder Judiciário: estrutura, desafios e concretização dos direitos", [S.l.], p. 276-278, 2016. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/40>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

MICHAELIS. **Dicionário.** Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/palavra/PqBj7/perquirir/#:~:text=vtd%20Investigar%20minuciosa%20e%20escrupulosamente,ETIMOLOGIA%20lat%20perquir%C4%95re.>>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2023.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Superando o dualismo entre fato e norma, ser e dever-ser.** In Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito. João Pessoa: Editora Ideia, 2013, p. 118-134.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, 2013, p. 95-144.

PEIRCE, Charles S. **Como tornar as nossas ideias claras.** How to make our ideas clear, Collected papers V, 388-410, 1994. Tradução de António Fidalgo. LusoSofia: press, p. 9. Disponível em: <[https://www.lusosofia.net/textos/peirce\\_como\\_tornar\\_as\\_nossas\\_ideias\\_claras.pdf](https://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf)>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2023.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e Filosofia.** Textos escolhidos de Charles Sanders Peirce. Introdução, seleção e tradução de Octanny Silveira da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo, Ed. Cultrix, 1972.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais econômicos: desafios e perspectiva.** in CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Direitos Fundamentais Sociais. Érica Paula Barcha (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

POSNER, Richard Allen. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 380-402.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública** [online]. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dcbKgfyBes8>>. Acesso em: 10/08/23.

TAVARES, André Ramos. **Abertura epistêmica do direito constitucional**. in Leituras complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Marcelo Novelino (coord.). Salvador: JusPodivm, 2008, p. 149.

\_\_\_\_\_. **Direito, pragmatismo e democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

## A PENA DE MULTA NO DIREITO PENAL

**BÁRBARA PIFFER GRANDE:**

pós-graduada - assessora de desembargador<sup>184</sup>.

**RESUMO:** A pena de multa é considerada sanção penal e está prevista no artigo 51 do Código Penal, que deverá ser paga dentro de 10 dias após o trânsito em julgado da condenação. O presente artigo visa analisar os diversos aspectos que envolvem a execução da pena de multa e traçar a evolução da legislação e da jurisprudência acerca da referida sanção penal.

**Palavras-chave:** Pena de multa. Artigo 51, CP. Prescrição da multa pena. Tema 931 do STJ.

### 1. INTRODUÇÃO

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sendo no mínimo de 10 e no máximo de 360 dias-multa (artigo 49 do Código Penal). A multa pode ser uma sanção principal, quando cominada abstratamente como sanção específica a um tipo penal, alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade, ou poderá ser imposta como uma pena substitutiva.

Embora seja largamente empregada no direito penal contemporâneo, a experiência tem demonstrado que a pena de multa tem se mostrado inócua, pois a maior parte das pessoas sentenciadas não dispõe de recursos econômicos para saldar o seu valor. A doutrina aponta como falha principal a injustiça social de sua aplicação, já que afeta mais duramente o pobre que o rico.

Não obstante a baixa arrecadação estatal com a pena de multa, atualmente a sua execução tem ganhado destaque na jurisprudência, com teses relacionadas à prescrição, à forma de execução e à sua extinção.

A análise proposta neste trabalho é a verificação do histórico legislativo de alterações do artigo 51 do Código Penal, que trata da pena de multa, bem como as regras atinentes à sua execução e os entendimentos jurisprudenciais acerca da possibilidade da sua extinção.

### 2. HISTÓRICO LEGISLATIVO

---

184 E-mail: bpiffergrande@gmail.com

Após a reforma ocorrida na parte geral do Código Penal, em 1984, o diploma passou a prever a conversão da pena de multa resultante da condenação em pena de detenção quando o condenado solvente deixava de pagar ou frustrava a execução.

*Art. 51 - A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvente deixa de pagá-la ou frustra a sua execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)*

*Modo de conversão.*

*§ 1º - Na conversão, a cada dia-multa corresponderá um dia de detenção, não podendo esta ser superior a um ano. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)*

*Revogação da conversão*

*§ 2º - A conversão fica sem efeito se, a qualquer tempo, é paga a multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)*

A conclusão que se extraía dessa norma era a de que, sendo o condenado solvente e não pagando a multa, ela era convertida em dias de prisão na modalidade detenção, porém, sendo o condenado insolvente, não havia conversão em detenção justamente porque a exigência legal era ostentar condição oposta (solvência), e tampouco se falava na sua execução nos termos dos artigos 164 e 170 da Lei de Execução Penal, justamente pelo devedor não possuir patrimônio.

Diante do quadro generalizado de insolvência dos condenados penais a solução adotada pelo Ministério Público foi que, após o cumprimento da pena privativa de liberdade, aguardava-se o prazo prescricional e então a multa era declarada extinta pela prescrição.

Em uma segunda etapa, passamos a ter outro cenário.

O art. 51 do Código Penal foi alterado pela Lei nº 9.268/96 e passou a tratar a pena de multa como sendo dívida de valor, aplicando as normas relativas à dívida ativa da fazenda pública, inclusive quanto a causas de interrupção e suspensão.

*Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que*

*concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.*  
(Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

A situação do condenado paradoxalmente ficou um pouco pior, eis que agora, solvente ou insolvente, ele estará sujeito a pelo menos inscrição como devedor da dívida ativa. Isto porque na nova redação não se fez a discriminação da condição de "solvente" como se fazia na redação original.

Ora, com esta nova redação (transformando-se a pena de multa em dívida de valor ativa da fazenda pública sujeita à legislação específica) a conclusão lógica é que há legitimidade ativa do órgão da fazenda pública para executá-la, sendo o titular do crédito, que a cobrança da dívida de valor é feita pelo rito da execução fiscal, cujo juízo competente seria o do local de domicílio do devedor (art. 46, § 5º, do CPC), pouco importando o local onde se formou o título executivo. Porém, como se sabe, o preso tem domicílio necessário no local em que cumpre a sentença (art. 76, parágrafo único, do CC). Uma vez fixada a competência, eventual alteração de domicílio/residência da parte não a altera (art. 43 do CPC).

Em outras palavras, o juízo competente é aquele do domicílio do devedor, e havendo mais de um órgão judicial atuante no domicílio do devedor (vara cível e vara criminal) a execução fiscal (dívida de valor - natureza jurídica por determinação legal) deve ingressar no juízo cível. Havendo mais de uma vara cível, a competência será daquela com serviço anexo de fazenda pública. Havendo vara especializada de fazenda pública, esta será a competente.

Ocorre que, diante desta última alteração da redação do art. 51 do CP, criou-se uma celeuma na jurisprudência a respeito da legitimidade ativa para propor a execução fiscal da pena de multa, o que resultou na ADIN nº 3.150 que decidiu:

*"O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes". Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018.*

Em outras palavras, apenas se fixou que o Ministério Público tem legitimidade ativa prioritária, ou seja, a fazenda pública atua subsidiariamente no caso de inércia e/ou omissão do Ministério Público em propor a execução. A cobrança da dívida de valor continua a ser feita seguindo-se as normas da execução da dívida ativa pública e as demais normas processuais correlatas.

A conclusão lógica, diante dos parâmetros postos por este julgamento, é que a legitimidade ativa prioritária é do órgão do Ministério Público, com legitimidade ativa subsidiária do órgão da fazenda pública, e que a cobrança da dívida de valor é feita pelo rito da execução fiscal, com competência no local de domicílio do devedor, ou seja, no local onde o preso cumpre a sentença.

### **3.CENÁRIO ATUAL**

Ocorre que houve uma nova reforma no artigo 51 do Código Penal, agora pela Lei nº 13.964/2019, que manteve a pena de multa como sendo dívida de valor, aplicando as normas relativas à dívida ativa da fazenda pública, inclusive quanto a causas de interrupção e suspensão, inovando apenas na determinação legal expressa do juízo competente para tal cobrança – o juízo da execução penal.

*Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

A conclusão lógica depois desta última alteração legislativa e com a decisão proferida na ADIN nº 3.150 é a de que a legitimidade ativa prioritária é do órgão do Ministério Público, com a legitimidade ativa subsidiária do órgão da fazenda pública. Então, a cobrança da dívida de valor é feita pelo rito da execução fiscal, que deve ser proposta no local de domicílio do devedor, ou seja, onde o preso cumpre a sentença, no respectivo juízo responsável pela execução penal.

A introdução acima é necessária para ficar bem claro que estamos diante de uma dívida objetivamente de natureza cível por expressa imposição e disposição legal.

### **4.A QUESTÃO RELATIVA À CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA**

Muito bem. As normas da dívida ativa da fazenda pública estabelecem os seguintes parâmetros:

O Decreto nº 20.910 de 06/01/1932, no seu artigo 1º, determina que a dívida passiva da fazenda pública prescreve em cinco anos.

*Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*

A doutrina e a jurisprudência, obedecendo ao princípio constitucional da isonomia, fixaram o mesmo prazo prescricional para as dívidas ativas, ou seja, quando a fazenda pública é credora.

*PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO. PRESCRIÇÃO. RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN. DECRETO 20.910/32. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante no Código Civil. 2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. 3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria. 4. Recurso especial improvido. (REsp nº 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, STJ, j. 25/10/2005).*

Certo é que o Decreto-Lei regulamenta a prescrição em relação a ações a serem movidas contra a fazenda pública, entretanto, como se observa no Tema n. 135, fixado a partir do REsp n. 1.105.442/RJ, em razão da necessidade de observância do princípio da isonomia, dá-se interpretação extensiva ao referido diploma aplicando-o às execuções movidas pela fazenda pública relativas a créditos não tributários, ou seja, a norma que regulamenta o prazo prescricional aplicável à dívida ativa de créditos não tributário, como é a multa penal, é o Decreto-Lei n. 20.910/1932.

O Tema n. 135 teve a tese firmada com a seguinte redação: "*É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito, com o vencimento do prazo do seu pagamento*".

O REsp n. 1.105.442/RJ, selecionado como representativo da controvérsia e que levou à fixação do tema, é assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. É de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32). 2. Recurso especial provido. (g.n.)”

Fica claro, portanto, que compõe o conjunto de normas aplicáveis à dívida ativa o Decreto Lei n. 20.910/1932 e, por conseguinte, em razão da expressa disposição legal no art. 51 do Código Penal, é ele que regulará o prazo prescricional para a execução da pena de multa, assim como já restou firmado em relação à multa administrativa.

Por sua vez, o artigo 174, parágrafo único, inciso I, do Código Tributário Nacional determina que a prescrição é interrompida pelo despacho que ordenar a citação.

*Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.*

*Parágrafo único. A prescrição se interrompe:*

*I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)*

*II - pelo protesto judicial;*

*III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;*

*IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor*

Acontece, porém, que a cobrança judicial da dívida ativa dos entes estatais é regida por norma própria e específica (Lei nº 6.830/80) - que prevalece face às normas gerais do CTN diante do princípio da especialidade.

Trata-se do art. 40 da Lei nº 6.830/80 e seus parágrafos que regula os casos nos quais os devedores não são encontrados e/ou não se encontra bens penhoráveis, aqui também abrangendo os casos dos executados citados que não pagaram e não indicaram bens à penhora.

*Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.*

*§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.*

*§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.*

*§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.*

*§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)*

*§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4o deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)*

Conforme se nota, o "caput" determina a suspensão da execução com a consequente suspensão da prescrição, instituto diverso da interrupção do art. 174 do CTN.

Já o § 2º determina que tal suspensão dure um ano, ou seja, após esse prazo de suspensão do processo, volta a correr a prescrição, que como visto, é de cinco anos, até porque a regra geral do direito é a existência de prescrição e decadência, eis que a pessoa não pode ser eternamente devedora do Estado.

No mesmo sentido a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que: '*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano [...]*'.

Portanto, tem-se, com a aplicação do referido decreto e da Lei n. 6830/1980, o seguinte cenário, no que toca à prescrição:

a) Prazo quinquenal para prescrição, com exceções de prazos menores como, por exemplo, os casos de penas até 2 anos (ou até quatro anos nos casos do art. 115, CP; b) única causa de interrupção da prescrição é o despacho que ordena a citação (art. 8º, Lei n.

6.830/1980); c) única causa suspensiva se dá nos casos em que não se encontram bens a penhora ou o executado para a citação, sendo a suspensão limitada a 1 ano (art. 40, Lei n. 6.830/1980).

Além disso, o termo inicial dessa prescrição é o trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista que é o momento em que se constitui o débito de natureza não tributária.

Veja-se que tal paradigma corresponde exatamente ao que estabelece a legislação penal, que igualmente fixou como marco inicial da prescrição da pretensão executória da multa o momento em que a dívida de valor é constituída, ou seja, a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação, conforme preceitua o artigo 112, inciso I, do Código Penal.

Na mesma conclusão se chega a partir da redação do artigo 51 do Código Penal, que com a nova redação reza que "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor (...)" – (grifamos).

Na mesma trilha seguem os Tribunais Superiores:

*"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL OMISSÃO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE RECORRER. MULTA CUMULATIVA. PRESCRIÇÃO COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS REJEITADOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Reconhecida a prescrição da pretensão executória, fica prejudicada a impugnação acerca da multa cumulativa, porquanto prescreve juntamente com a pena privativa de liberdade, nos termos do art. 114, II, do CP. 2. Não se caracteriza a alegada ofensa ao princípio da colegialidade o reconhecimento, pelo relator em decisão monocrática, de causa extintiva da punibilidade, sobretudo diante da possibilidade de impugnação via agravo regimental ( AgRg no HC 459.152/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 30/10/2018). 3. Nos termos do art. 112, I, do Código Penal, o termo inicial do prazo da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes, prevalecendo a interpretação literal mais benéfica ao condenado. 4. Transcorrido lapso temporal superior a 8 anos, desde o trânsito em*

*julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, sem que tenha sido iniciada a execução da pena, operou-se a prescrição da pretensão executória. 5. Embargos de declaração de JOSÉ CLETO GONÇALVES rejeitados e agravo regimental do Ministério Público Federal improvido". (STJ – Edcl na PET no AREsp: 536804 MS 2014/0155874-2 Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 07/05/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2019).*

## **5. ENTENDIMENTO DIVERGENTE ADOTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A referida contagem do lapso prescricional – 1 ano de suspensão seguido de cinco anos de prescrição – não é adotada de forma unânime, havendo forte divergência apresentada pelo Ministério Público para que incidam os lapsos prescricionais previstos no Código Penal e nas normas da execução fiscal.

Em outras palavras, pretende-se a adoção de um sistema híbrido para o cálculo da prescrição, atendendo, de forma cumulativa, as regras previstas no artigo 114, incisos I e II, do Código Penal, e as relativas às causas suspensivas e interruptivas da prescrição no Código Penal, acrescidas das causas suspensivas e interruptivas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública.

Neste sentido, o Ministério Público do Estado de São Paulo tem sustentado que a aplicação somente das causas suspensivas e interruptivas da prescrição relativas à dívida ativa da Fazenda Pública afrontaria a natureza jurídica da multa, de sanção penal.

Partindo destas premissas, o órgão acusador tem defendido que o prazo prescricional da pretensão executória previsto no Código Penal quando a pena de multa é a única cominada ou aplicada (2 anos) ou quando for alternativa ou cumulativamente aplicada (no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade) teve início com o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público (artigo 112, inciso I, do CP), se o executado não estava preso.

Tem sustentado ainda, em suas manifestações nas varas da execução penal e em seus recursos, que deve ainda ser reconhecido que o prazo prescricional é reduzido da metade quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 anos ou, na data da sentença, maior de 70 anos, conforme previsto no artigo 115 do Código Penal, ou é aumentado de um terço se o condenado é reincidente, nos termos do artigo 110, caput, do Código Penal, circunstância a ser verificada em cada caso.

Pleiteia inclusive a aplicação das causas interruptivas previstas no artigo 117 do Código Penal, dentre elas a do inciso IV: pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; e a do inciso V: pelo início ou continuação do cumprimento da pena, na hipótese em que a pena de multa foi cumulativamente aplicada.

Destarte, o cálculo da prescrição da pena de multa a ser realizado deve considerar, expressamente, a data do término do cumprimento da pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, que foi cumulativamente aplicada ao sentenciado, uma vez que não se há falar em decurso do prazo prescricional enquanto o sentenciado está cumprindo uma de suas penas.

E ainda, busca a aplicação da causa prevista no artigo 116, parágrafo único, do Código Penal: “Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”. Nos casos em que o sentenciado se encontra preso durante o curso da execução da pena de multa, a prescrição não estaria correndo (TJSP, Agravo em execução n. 0003589-09.2023.8.26.0482).

## **6.A COBRANÇA DA MULTA DOS SENTENCIADOS HIPOSSUFICIENTES**

Em recente readequação do Tema Repetitivo 931, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que na hipótese de condenação concomitante à pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade.

De fato, em 2015, o Superior Tribunal de Justiça definiu que o réu que cumpre a pena privativa de liberdade tem a extinção da punibilidade decretada ainda que não paga a pena de multa.

Já em 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre o assunto em controle concentrado de constitucionalidade, por meio da ADI 3150, em sentido contrário, para fixar que, em que pese a multa ser dívida de valor, não perde a natureza de sanção penal, devendo ser cobrada, inclusive, pelo Ministério Público.

Nesse sentido, em adequação ao entendimento da Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão data de 02 de dezembro de 2020, promoveu uma primeira readequação de tese para decidir que o inadimplemento da pena de multa obsta a extinção da punibilidade do apenado.

Ocorre que, em recente acórdão publicado em 30 de novembro de 2021, tal entendimento foi novamente revisto pela 3ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça para acolher pleito de revisão de teses da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e determinar a possibilidade de extinção da punibilidade, ainda que não paga a pena pecuniária, após o cumprimento da reprimenda corporal:

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. REVISÃO DE TESE. TEMA 931. CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. PENDÊNCIA DA PENA DE MULTA. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. COMPREENSÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI N. 3.150/DF. MANUTENÇÃO DO CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL DA PENA DE MULTA. PRIMAZIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 51 DO CÓDIGO PENAL. DISTINGUISHING. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PECUNIÁRIA PELOS CONDENADOS HIPOSSUFICIENTES. PRINCÍPIO DA INTRASCENDÊNCIA DA PENA. VIOLAÇÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS. EXCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.519.777/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 3ª S., DJe 10/9/2015), assentou a tese de que "[n]os casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade". 2. Entretanto, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.150 (Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-170 divulg. 5/8/2019 public. 6/8/2019), o Pretório Excelso firmou o entendimento de que a alteração do art. 51 do Código Penal, promovida Lei n. 9.268/1996, não retirou o caráter de sanção criminal da pena de multa, de modo que a primazia para sua execução incumbe ao Ministério Público e o seu inadimplemento obsta a extinção da punibilidade do apenado. Tal compreensão foi posteriormente sintetizada em nova alteração do referido dispositivo legal, levada a cabo pela Lei n. 13.964/2019. 3. Em decorrência do entendimento firmado pelo STF, bem como em face da mais recente alteração legislativa sofrida pelo artigo 51 do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais Representativos da Controvérsia n. 1.785.383/SP e 1.785.861/SP (Rel. Ministro Rogério Schietti, 3ª S., DJe 21/9/2021), reviu a tese anteriormente aventada no Tema n. 931, para assentar que, "na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade*

*e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade". 4. Ainda consoante o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal julgamento da ADI n. 3.150/DF, "em matéria de criminalidade econômica, a pena de multa desempenha um papel proeminente de prevenção específica, prevenção geral e retribuição". 5. Na mesma direção, quando do julgamento do Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal n. 12/DF, a Suprema Corte já havia ressaltado que, "especialmente em matéria de crimes contra a Administração Pública como também nos crimes de colarinho branco em geral, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos". 6. Mais ainda, segundo os próprios termos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela indispensabilidade do pagamento da sanção pecuniária para o gozo da progressão a regime menos gravoso, "[a] exceção admissível ao dever de pagar a multa é a impossibilidade econômica absoluta de fazê-lo. [...] é possível a progressão se o sentenciado, veraz e comprovadamente, demonstrar sua absoluta insolvabilidade. Absoluta insolvabilidade que o impossibilite até mesmo de efetuar o pagamento parcelado da quantia devida, como autorizado pelo art. 50 do Código Penal" (Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-111 divulg. 10/6/2015 public. 11/6/2015) 7. Nota-se o manifesto endereçamento das decisões retrocitadas àqueles condenados que possuam condições econômicas de adimplir a sanção pecuniária, de modo a impedir que o descumprimento da decisão judicial resulte em sensação de impunidade. 8. Oportunamente, mencione-se também o teor da Recomendação n. 425, de 8 de outubro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça, a qual institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades, abordando de maneira central a relevância da extinção da punibilidade daqueles a quem remanesce tão-somente o resgate da pena pecuniária, ao estabelecer, em seu art. 29, parágrafo único, que, "[n]o curso da execução criminal, cumprida a pena privativa de liberdade e verificada a situação de rua da pessoa egressa, deve-se observar a possibilidade de extinção da punibilidade da pena de multa". 9. Releva, por seu turno, obtemperar que a realidade do País desafia um exame do tema sob outra perspectiva, de sorte a complementar a razão final que inspirou o julgamento da Suprema Corte na ADI*

*3.150/DF. Segundo dados do Infopen, até dezembro de 2020, 40,91% dos presos no país estavam cumprindo pena pela prática de crimes contra o patrimônio; 29,9%, por tráfico de drogas, seguidos de 15,13% por crimes contra a pessoa, crimes que cominam pena privativa de liberdade concomitantemente com pena de multa. 10. Não se há, outrossim, de desconsiderar que o cenário do sistema carcerário expõe as vísceras das disparidades sócio econômicas arraigadas na sociedade brasileira, as quais ultrapassam o inegável caráter seletivo do sistema punitivo e se projetam não apenas como mecanismo de aprisionamento físico, mas também de confinamento em sua comunidade, a reduzir, amiúde, o indivíduo desencarcerado ao status de um pária social. Outra não é a conclusão a que poderia conduzir – relativamente aos condenados em comprovada situação de hipossuficiência econômica – a subordinação da retomada dos seus direitos políticos e de sua conseqüente reinserção social ao prévio adimplemento da pena de multa. 11. Conforme salientou a instituição requerente, o quadro atual tem produzido "a sobrepena da pobreza, visto que o egresso miserável e sem condições de trabalho durante o cumprimento da pena (menos de 20% da população prisional trabalha, conforme dados do INFOPEN), aliado dos direitos do art. 25 da LEP, não tem como conseguir os recursos para o pagamento da multa, e ingressa em círculo vicioso de desespero". 12. Ineludível é concluir, portanto, que o condicionamento da extinção da punibilidade, após o cumprimento da pena corporal, ao adimplemento da pena de multa transmuda-se em punição hábil tanto a acentuar a já agravada situação de penúria e de indigência dos apenados hipossuficientes, quanto a sobreonerar pessoas próximas do condenado, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social, o que põe sob risco a implementação da política estatal proteção da família (art. 226 da Carta de 1988). 13. Demais disso, a barreira ao reconhecimento da extinção da punibilidade dos condenados pobres, para além do exame de benefícios executórios como a mencionada progressão de regime, frustra fundamentalmente os fins a que se prestam a imposição e a execução das reprimendas penais, e contradiz a inferência lógica do princípio isonômico (art. 5º, caput da Constituição Federal) segundo a qual desiguais devem ser tratados de forma desigual. Mais ainda, desafia objetivos fundamentais da República, entre os quais o de "erradicar*

*a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III). 14. A extinção da punibilidade, quando pendente apenas o adimplemento da pena pecuniária, reclama para si singular relevo na trajetória do egresso de reconquista de sua posição como indivíduo aos olhos do Estado, ou seja, do percurso de reconstrução da existência sob as balizas de um patamar civilizatório mínimo, a permitir outra vez o gozo e o exercício de direitos e garantias fundamentais, cujo panorama atual de interdição os conduz a atingir estágio de desmedida invisibilidade, a qual encontra, em última análise, semelhança à própria inexistência de registro civil. 15. Recurso especial provido, para acolher a seguinte tese: Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade." (Recurso Especial nº 1.785.861-SP, STJ, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 24.11.2021, publicado no DJ em 30.11.2021) (grifamos).*

No entanto, a jurisprudência indica que os Tribunais de Justiça têm entendido que a referida tese diz respeito à declaração da extinção da punibilidade em relação à pena privativa de liberdade, ou seja, que a falta do pagamento da pena de multa não impede a declaração da extinção da punibilidade da pena privativa de liberdade.

Assim sendo, a cobrança da pena de multa continua, pois a decretação de extinção da punibilidade da pena privativa de liberdade não implica necessariamente que o executado esteja dispensado do pagamento da pena de multa.

Apenas excepcionalmente a jurisprudência dos Tribunais de Justiça tem autorizado a extinção da punibilidade, sem o pagamento do valor da multa, devidamente comprovado nos autos a hipossuficiência financeira do sentenciado, e não apenas com base em alegações supostamente genéricas, como por exemplo, o fato do executado ser assistido pela Defensoria Pública:

*"Ora, conquanto se trate de sentenciado representado pela i. Defensoria Pública, tal fato, por si só, não evidencia a absoluta impossibilidade adimplir a sanção pecuniária, inexistindo prova nos autos acerca de eventual hipossuficiência. Ademais, o sentenciado pode, em caso de dificuldades financeiras, pleitear o parcelamento da multa (art. 50, CP), nomear bens à penhora, etc., providências sobre as quais não se tem notícia nos autos, sendo, portando, temerário e açodado concluir que se trata de pessoa incapaz de arcar com a sanção imposta." (TJSP – 9ª Câmara de Direito Criminal –*

*Agravo de Execução Penal nº 0011031-31.2021.8.26.0309 –  
julg.31/03/2022, rel. Des. Sérgio Coelho).*

Questão bastante debatida, para a qual não há uma orientação pacífica na jurisprudência, mas com decisões admitindo, como regra, que o inadimplemento da pena de multa obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, e excepcionalmente, o inadimplemento da pena de multa não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, quando ele comprovar a impossibilidade de pagamento da multa.

## **7.CONCLUSÃO**

As estatísticas mostram que os presos no Brasil cumprem pena, majoritariamente, pela prática de crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas, os quais preveem, em seus preceitos secundários, a pena de multa cumulativa à pena privativa de liberdade, o que faz com que a questão relacionada à execução da pena de multa ganhe especial relevância, na medida em que afeta a maioria das execuções penais.

Após reiteradas alterações legislativas, atualmente, conforme a norma extraída do artigo 51 do Código Penal, a pena de multa é considerada sanção penal, a ser executada, prioritariamente, pelo Ministério Público na Vara da Execução Penal, aplicando as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

A jurisprudência não é pacífica, mas tem admitido o prazo quinquenal para a prescrição da pena de multa, nos termos do Decreto Lei n. 20.910/1932, incidindo a causa suspensiva nos casos em que não se encontram bens à penhora ou o executado para a citação, sendo a suspensão limitada a 1 ano (art. 40, Lei n. 6.830/1980). Além disso, o termo inicial dessa prescrição deveria ser o trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista que é o momento em que se constitui o débito de natureza não tributária, embora o Ministério Público defenda um sistema híbrido de causas suspensivas e interruptivas da prescrição, incidindo, também, as normas do Código Penal.

Questão igualmente tormentosa na jurisprudência é a possibilidade de extinção da punibilidade da pena do sentenciado hipossuficiente, independentemente do pagamento da pena de multa. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça revisou o Tema 931, definindo que "*na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade*", com fundamento na seletividade do sistema penal, que tem a sua clientela pessoas vulneráveis e selecionadas de acordo com marcadores de raça, sexo e condição econômica, além do

atual quadro de sobrepena da pobreza, visto que o egresso miserável e sem condições de trabalho durante o cumprimento da pena (menos de 20% da população prisional trabalha, conforme dados do INFOPEN), alijado dos direitos do art. 25 da LEP, não conta com os recursos para o pagamento da multa e ingressa em "círculo vicioso de desespero", bem como na oneração das pessoas próximas do condenado, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social, o que põe sob risco a implementação da política estatal de proteção da família.

Não obstante, constantemente há decisões oriundas dos Tribunais de Justiça no sentido de que a referida tese diz respeito à declaração da extinção da punibilidade em relação à pena privativa de liberdade, ou seja, que a falta do pagamento da pena de multa não impede a declaração da extinção da punibilidade da pena privativa de liberdade, deixando de extinguir a pena de multa em razão da hipossuficiência do condenado, salvo se excepcionalmente a Defesa comprovar que ele não conta com recursos financeiros para o cumprimento da sanção.

#### **REFERÊNCIAS:**

MIRABETE, Julio Fabrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 29ª edição. Editora Atlas.

MASSON, Cleber. Direito Penal, Parte Geral, 15.ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

BRASIL, Código Penal. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL, Decreto nº 20.910 de 06/01/1932. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL, Código Tributário Nacional. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL, Lei n. 6.830/1980. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

Conjur, Pena de multa e a pessoa assistida pela Defensoria Pública. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-22/tribuna-defensoria-pena-multa-pessoa-assistida-defensoria-publica>. Acesso em 20 ago 2023.

STJ, Terceira Seção revisa tese e define que não pagamento de multa impede reconhecimento de extinção de punibilidade. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26012021-Terceira-Secao-revisa-tese-e-define-que-nao-pagamento-de-multa-impede-reconhecimento-de-extincao-de-punibilidade.aspx>. Acesso em 20 ago 2023.

TJSP, jurisprudência. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>

## TRANSIÇÃO DOS ATOS PREPARATÓRIOS PARA OS ATOS EXECUTÓRIOS

**GUILHERME GRUNFELD ZENÍCOLA MENDES:**

Advogado. Pós-graduado na Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro – AMPERJ<sup>185</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é, a partir do caminho do crime (*iter criminis*), debruçar-se sobre o estudo do momento do início da execução do delito, identificando à luz das principais teorias, quando o crime considera-se consumado, tentado ou quando há apenas a prática de atos meros atos preparatórios. O tema é crucial para a responsabilização do agente, sejam eles autores ou partícipes, pois a punição, via de regra, depende do início da execução. Em seguida, analisar-se-á a posição tanto da doutrina brasileira, bem como do Superior Tribunal de Justiça a respeito da transição do atos preparatórios para os atos executórios.

**Palavras-chave:** *Iter Criminis* – Consumação – Tentativa – Atos Preparatórios – Teoria Negativa – Teoria Subjetiva - Teoria Objetivo-Hostilidade ao Bem Jurídico – Teoria Objetivo-Formal – Teoria Objetivo-Material – Teoria Objetivo-Individual

**Sumário:** Introdução. 1. Iter Criminis: Fase Interna e Fase Externa. 1.1. Fase interna. 1.2. Fase externa. 2. Teoria Negativa. 3. Teoria Subjetiva. 4. Teoria Objetiva. 4.1. Teoria Objetivo-Hostilidade ao Bem Jurídico. 4.2. Teoria Objetivo-Formal. 4.3. Teoria Objetivo-Material. 4.4. Teoria Objetivo-Individual. 5. Qual é a teoria adotada pela doutrina brasileira e pelo Superior Tribunal de Justiça? Conclusão. Referências Bibliográficas.

**Abstract:** The objective of this article is, from the path of the crime (*iter criminis*), to study the moment of the beginning of the execution of the crime, identifying in the light of the main theories, when the crime is considered consummated, attempted or when there is only the practice of mere preparatory acts. The theme is crucial for the accountability of the agent, whether they are authors or participants, since punishment, as a rule, depends on the beginning of the execution. Then, the position of both the Brazilian doctrine and the Superior Court of Justice regarding the transition from preparatory acts to executory acts will be analyzed.

**Keywords:** Iter Criminis – Consummation – Attempt – Preparatory Acts – Negative Theory – Subjective Theory - Objective-Hostility Theory to the Legal Good – Objective-Formal Theory – Objective-Material Theory – Objective-Individual Theory

---

185 E-mail: guigrunfeld@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O momento do início da execução do crime, ou seja, a transição dos atos preparatórios para os atos executórios é fruto de intenso debate doutrinário, havendo diversas correntes que buscam delimitar o espaço temporal para a correta responsabilização do agente.

Isso se deve em razão da abertura legislativa conferida ao art. 14, inciso II, do Código Penal, que ao prever que *“o crime é considerado tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”*, não especificou quando se considera iniciada a execução.

Em razão da norma lacônica, podem ser elencadas ao menos 05 teorias que buscam decifrar esse espaço-temporal: (i) teoria negativa; (ii) teoria subjetiva; (iii) teoria da hostilidade ao bem jurídico; (iv) teoria objetivo-formal; (v) teoria objetivo-material; e (vi) teoria objetivo-individual

Recentemente, o tema ganhou destaque, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em 2021, optado pela Teoria Objetivo-formal.

Nesse cenário, o presente artigo buscará estudar cada teoria desenvolvida, e esmiuçar o caso julgado pelo Tribunal da Cidadania, tendo como escopo o aprofundamento da discussão.

### **1. Iter Criminis: Fase Interna e Fase Externa**

O *iter criminis*, isto é, o caminho do crime, delito, consiste na análise das etapas percorridas pelo agente (sujeito ativo) para a prática de um fato previsto em lei como infração penal.

O *iter criminis* possui 02 fases: fase interna (cogitação); e fase externa (preparação, execução e consumação). O exaurimento, por sua vez, não integra o *iter criminis*.

#### **1.1 Fase Interna**

No que toca à 1ª fase, a cogitação, esta é sempre interna, não reverberando em atos externos. Ou seja, é o momento em que nasce a ideia do delito na mente do agente, quando ele pensa, cogita, cometer o delito.

Por assim ser, não há, *a priori*, qualquer possibilidade de ofensa ao bem jurídico, logo, essa fase é impunível, inexistindo crime, ainda que na forma tentada, nem sequer atos preparatórios. Para que uma conduta possa ser penalmente relevante, faz-se

necessário que haja sua projeção para o mundo exterior (princípio da alteridade) (ex: direito à perversão, suicídio, o dano a coisa própria, a automutilação, entre várias outras condutas).

A cogitação se divide em 03 momentos: (i) Idealização: sujeito tem a ideia de cometer uma infração penal; (ii) Deliberação: faz uma análise das vantagens e desvantagens do seu comportamento; (iii) Resolução: decide pelo cometimento da infração penal.

## 1.2 Fase Externa

Ao decidir pelo cometimento do crime, passa-se para a fase externa do *iter criminis*, iniciando pela preparação, execução e consumação do delito.

Quanto à etapa dos atos preparatórios, essa corresponde aos atos indispensáveis à prática da infração penal, ocorre quando o agente procura criar condições prévias para a realização da conduta cogitada na fase interna (ex: aquisição de um revólver para a prática de um homicídio).

Em regra, são impuníveis, nem na forma tentada, uma vez que não se iniciou a realização do núcleo do tipo penal. Excepcionalmente, é possível a punição quando a lei optou por incriminá-los de forma autônoma, como é o caso do crime de petrechos para a falsificação da moeda (CP, art. 291) ou do art. 5º da Lei n.º 13.260/2016, que pune os meros atos preparatórios de terrorismo, ainda que não haja a prática de nenhum ato de execução.

Trata-se de opção do legislador em tutelar estes graves crimes de forma mais drástica, incorporando a 3ª Velocidade do Direito Penal, de Jesus Maria Silva Sanches, e o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs.

De antemão, cabe fazer uma observação importante: os crimes culposos não possuem *iter criminis*, já que não se cogita e nem se prepara, enquanto os dolosos, como regra, sim.

Após os atos preparatórios, passa-se para a fase da execução do delito, que é aquela em que se inicia o perigo/dano/agressão ao bem jurídico, por meio da realização do núcleo do tipo penal.

Para Rogério Sanches<sup>186</sup>, o ato de execução deve ser: (a) adequado - capaz de lesar o bem jurídico - ex: tiro de revólver para praticar um homicídio, ao contrário de um tiro de festim; e (b) inequívoco - direcionado ao ataque do bem jurídico, almejando a

---

<sup>186</sup> Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4ª ed. rev. ampl. atual. Salvador. Ed. JusPODIVM. 2016. Pg. 345

consumação e fornecendo certeza acerca da vontade ilícita – ex: disparo de arma de fogo na direção da vítima, e não para o alto.

O foco do trabalho está exatamente em elucidar a passagem dos atos preparatórios para os atos executórios e a consumação do delito, haja vista que a punição, via de regra, depende do início da execução. Contudo, definir esse início é uma das maiores celeumas do Direito Penal, haja vista a grande quantidade de teorias.

## **2. Teoria Negativa**

É uma teoria casuística, pois defende não ser possível a criação de um critério prévio para distinguir atos preparatórios de atos executórios, atribuindo essa análise ao magistrado no caso concreto. Para seus adeptos, não há relevância na distinção entre as fases que compõem o *iter criminis*.

Por sua vez, para os críticos dessa teoria, que não é aceita pela doutrina majoritária e jurisprudência, além dos amplos poderes conferidos ao juiz, poderiam ser criminalizados até mesmos pensamentos criminosos, que não foram sequer relevados ao mundo exterior.

## **3. Teoria Subjetiva**

Para a Teoria Subjetiva não há transição, pois o que interessa é a vontade criminosa do agente existente em quaisquer dos atos que compõem o *iter criminis*. Ou seja, tanto a fase de preparação como a de execução importam na punição do agente, haja vista a presença da vontade criminosa.

Qualquer manifestação, ato, que exteriorize, que deixe clara sua vontade, intenção, deve ser entendido como ato da execução. Não faz distinção entre atos preparatórios e ato de execução.

Embora também não seja aceita pela doutrina e jurisprudência, dois pontos são notáveis: (i) difere-se da teoria negativa, pois não admite a responsabilização da fase interna (cogitação) do *iter criminis*; (ii) não existe crime impossível, pois se há intenção, é possível a punição do agente.

## **3. Teoria Objetiva**

Por sua vez, a teoria objetiva acerta ao delimitar no tempo que os atos executórios dependem do início da realização do núcleo do tipo penal, sendo imprescindível a exteriorização dos atos idôneos e inequívocos para a produção do resultado lesivo.

Contudo, seus adeptos divergem quanto ao conceito do núcleo do tipo penal, isto é, em que momento se inicia a realização deste, dividindo-se tal discussão dentre as teorias a seguir analisadas.

### **3.1 Teoria da Hostilidade ao Bem Jurídico (Max Ernst Mayer - Nelson Hungria):**

Para a corrente que era defendida por Nelson Hungria, os atos executórios são aqueles que atacam o bem jurídico, criando concreta situação de perigo, enquanto os preparatórios mantém inalterado o “estado de paz”.

O problema desta teoria é considerar o início da execução a partir de comportamentos/fatos muito distantes da execução propriamente dita, sendo muito punitivista.

Vejamos como Rogério Sanches<sup>187</sup> ilustra, com a didática que lhe é peculiar, a teoria:

“Vamos partir de um exemplo: imaginemos que JOÃO, buscando furtar um televisor no interior da residência de ANTONIO, posiciona-se na esquina aguardando o morador sair do imóvel para o trabalho, deixando a propriedade desvigiada. ANTONIO, como de costume, sai de casa às 8h para a labuta diária. JOÃO então pula o muro, entra na casa e subtrai o televisor”.

Para esta teoria, JOÃO já pode ser punido a partir do momento em que se posicionou na esquina, pois iniciou a execução do crime.

### **3.2 Teoria objetivo-formal ou lógico-formal (Franz von Liszt):**

Segundo Cleber Masson, a doutrina majoritária brasileira adota esta teoria<sup>188</sup>, que afirma que, para que haja um ato executório, exige-se a concreta realização de ao menos uma parte da conduta típica, penetrando no núcleo do tipo.

Diz-se “formal” porque parâmetro é a lei, ou seja, a prática do verbo nuclear descrito no tipo (ex: “matar” no homicídio; “subtrair” no furto).

---

<sup>187</sup> Cunha, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4ª ed. rev. ampl. atual. Salvador. Ed. JusPODIVM. 2016. Pg.: 346.

<sup>188</sup> MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – v. 01. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. Pg.: 286.

Para seus críticos, é mais restritiva, garantista. Retomando-se o exemplo de Rogério Sanches mencionado no item anterior, apenas quando JOÃO subtrair o televisor é que se poderá puni-lo. Para o autor, enquanto a hostilidade ao bem jurídico é muito punitivista, a objetivo-formal restaria em uma intervenção estatal insuficiente para a proteção dos bens jurídicos (proporcionalidade em seu viés positivo), já que apenas puniria o agente quando já muito próximo da consumação, relevando atos anteriores importantes, tais como, no exemplo, pular o muro e ingressar na casa.

### **3.3 Teoria objetivo-material (Reinhart Franck):**

Para essa corrente doutrinária, seriam atos executórios aqueles que iniciam a realização do núcleo do tipo penal e também os imediatamente anteriores, de acordo com a visão de um terceiro observador, alheio aos fatos.

Ainda de acordo com o exemplo de Rogério Sanches constante do item 4.1, para um terceiro observador, quando JOÃO posiciona uma escada para pular o muro já haveria o início da execução do crime de furto, já que estaria evidente a prática de um ato anterior intrinsecamente ligado a conduta típica de subtrair.

Esta teoria é adotada pelo Código Penal Português.

Portanto, difere-se da objetivo-formal, pois aqui se pune os atos imediatamente anteriores também, sob a ótica de um terceiro observador.

### **3.4 Teoria objetivo-individual (Hans Welzel – Zaffaroni – Pierangeli):**

Por fim, segundo a teoria objetivo-individual, atos executórios são aqueles que, de acordo com o plano criminoso do agente, ocorrem no período imediatamente anterior ao começo da realização do núcleo da conduta típica. O início da execução é aquilo que o agente realiza, faz, segundo seu plano criminoso, como sendo o início da execução.

Não se preocupa com o terceiro observador, mas com a prova do plano concreto do autor. Para essa teoria, admite-se a prisão em flagrante por tentativa de homicídio, o que não ocorreria segundo a teoria objetivo-formal, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci<sup>189</sup>:

“ Exemplo sob a ótica das teorias: se alguém saca seu revólver, faz pontaria, pretendendo apertar o gatilho para matar outrem, somente seria ato executório o momento em que o primeiro tiro fosse disparado (sob o critério das teorias objetivo-formal e da hostilidade ao bem jurídico), tendo em vista que unicamente o disparo poderia

---

189 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pg.: 439

atacar o bem jurídico (vida), retirando-o do seu estado de paz, ainda que errasse o alvo.

Para as duas últimas teorias (objetivo-material e objetivo-individual), poderia ser o agente detido no momento em que apontasse a arma, com nítida intenção de matar, antes de apertar o gatilho, pois seria o momento imediatamente anterior ao disparo, que poderia ser fatal, consumando o delito. Não se trata de punir a mera intenção do agente, pois esta estaria consubstanciada em atos claros e evidentes de seu propósito, consistindo o instante de apontar a arma um autêntico momento executório, colocando em risco o bem jurídico (vida)".

No exemplo de Sanches, JOÃO, ao pular um muro e entrar na casa, caracteriza um ato anterior íntinseco ao crime de furto, evidenciando seu plano criminoso.

#### **4. Qual é a teoria adotada pela doutrina brasileira e pelo Superior Tribunal de Justiça?**

Em uma análise detalhada sobre o tema, verifica-se que, em um primeiro momento, o STJ já adotou a Teoria Objetivo-Individual, além de, conforme Rogério Sanches Cunha, ser a escolhida pela doutrina moderna:

" Está é a teoria adotada pela doutrina moderna, reconhecida, inclusive, pelo STJ:

FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. Uso de barra de ferro para ingresso em residência de terceiro com "animus forandi": Não consumação do ingresso por interferência de terceiros. Atos que se caracterizam como início de execução. Recurso conhecido e provido.

STJ- Quinta Turma- REsp 113603- Rei. Min. José Arnaldo da Fonseca- DJ 28/09/1998

Note-se que, no exemplo decidido pelo tribunal, a adoção da teoria objetivo-formal conduziria à atipicidade da conduta, uma vez que, embora o ingresso no domicílio alheio tivesse por intenção o furto, o núcleo do tipo penal ainda não havia sido praticado (restaria a possibilidade de punir o agente somente pelo crime de invasão de domicílio- art. 150, CP)"

Todavia, ao que parece, em recentes decisões, há uma preferência no Superior Tribunal de Justiça pela Teoria Objetivo-Formal, conforme se apura do julgado da 6ª Turma abaixo:

“Anote-se que, embora se reconheça o prestígio da teoria objetivo-formal no Direito Penal, segundo a doutrina, qualquer teoria pode revelar contornos diferenciados quando confrontada com o caso concreto. Com esses fundamentos, a Turma concedeu parcialmente a ordem, apenas para, conforme precedentes, redimensionar a pena aplicada ao paciente”.

HC 112.639-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 25/8/2009, noticiado no informativo 404.

Inclusive, a mais atual decisão, da mesma 5ª Turma<sup>190</sup>, adotou a Teoria Objetivo-Formal, senão vejamos:

“(…)

Como mencionam **Zaffaroni e Pierangeli**, o problema mais crítico e árduo da tentativa é a determinação da diferença entre os atos executivos e os atos preparatórios, que normalmente não são puníveis. Com razão, eles mencionam que determinar este limite é difícil, e, ao mesmo tempo, importantíssimo, esclarecendo que existem diversos critérios doutrinários que propõe uma solução, explicando seis diferentes, mas reconhecendo que nenhum deles é totalmente suficiente.

Apesar das dificuldades, referidos autores **adotam o chamado critério objetivo-individual, sugerido por Welzel**, por meio do qual a tentativa começa com a atividade do autor que, segundo o seu plano concretamente delitivo, se aproxima da realização. Outra não é a posição de **Paulo César Busato**, para quem o tipo deve ser percebido por intermédio da ação realizada, para que se identifique concretamente a presença de uma tentativa, dizendo ser esta a orientação dominante na academia. Diz ele que o sujeito flagrado de posse de um pé de cabra, mais um saco de estopa e um papel com anotação sobre a combinação do cofre, em frente à porta recém-arrombada de uma residência, teria dado início à realização do seu

---

<sup>190</sup> Disponível em

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8e5231f0eadafd174b670e838e42d97d?palavra-chave=fechadura+rompimento&critério-pesquisa=e>. Acesso em 09/08/2023.

plano de furto, malgrado não tenha realizado o núcleo do tipo, tampouco a ofensa patrimonial.

Seguindo outra trilha - variante do critério objetivo-individual, **embora a reconhecendo como doutrinariamente minoritária, Juarez Cirino** exige comportamento manifestado em execução específica do tipo, **segundo o plano do autor**, numa **conexão ou semelhança muito grande com a teoria objetivo-formal**, que exige o início da realização do núcleo da norma penal incriminadora. Assim, seriam condutas meramente preparatórias a de dirigir-se ao local da subtração patrimonial, ainda que portando armas, montar mecanismo de arrombamento no local, etc.

**Não há jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores sobre a divergência**, no entanto, aplica-se o mesmo raciocínio já desenvolvido pela Terceira Seção deste Tribunal (CC 56.209/MA), por meio do qual se deduz a **adoção da teoria objetivo-formal** para a separação entre atos preparatórios e atos de execução, exigindo-se para a configuração da tentativa que haja início da prática do núcleo do tipo penal.

No caso, o rompimento de cadeado e a destruição de fechadura de portas da casa da vítima, com o intuito de, mediante uso de arma de fogo, efetuar subtração patrimonial da residência, configuram **meros atos preparatórios** impuníveis, por não iniciar o núcleo do verbo subtrair, o que impedem a condenação por tentativa de roubo circunstanciado.

STJ. 5ª Turma. AREsp 974254-TO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 21/09/2021, noticiado no informativo 711.

(grifo nosso)

Sobre a teoria objetivo-formal, e a necessidade de sua complementação para abarcar condutas anteriores intrínsecas ao verbo nuclear do tipo, alerta Cezar Roberto Bitencourt<sup>191</sup>:

---

191 BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte Geral. Coleção Tratado de Direito Penal volume 01. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. Pg.: 1187

“Há entendimento de que a teoria objetivo-formal necessita de complementação, pois, apesar de tê-la adotado e de o Código afirmar que o crime se diz tentado “quando, iniciada a execução, não se consuma...”, existem atos tão próximos e quase indissociáveis do início do tipo que merecem ser tipificados, como, por exemplo, alguém que é surpreendido dentro de um apartamento, mesmo antes de ter subtraído qualquer coisa; poder-se-á imputar-lhe a tentativa de subtração? Mas pode-se afirmar que ele teria iniciado a subtração de coisa alheia? Por isso, tem-se aceito a complementação proposta por Frank, que inclui na tentativa as ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem, como parte integrante dela, segundo uma concepção natural, como é o caso do exemplo supra referido”.

Já para Guilherme de Souza Nucci<sup>192</sup>, a teoria objetivo-formal tinha preferência no Brasil, mas, para o autor, a mais acertada seria a teoria objetivo-individual:

“ Parece-nos a teoria objetivo-individual a mais acertada. Ademais, a teoria objetivo-formal é extremamente restritiva, pretendendo punir somente atos idôneos e unívocos para atingir o resultado, desprezando os imediatamente anteriores, igualmente perigosos ao bem jurídico, o que, de certo modo, significa aguardar em demasia o percurso criminoso do agente.

De todo o exposto, no entanto, deve-se ressaltar que qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador).

Por isso, encontrar, precisamente, a passagem da preparação para a execução não é tarefa fácil, somente sendo passível de solução à vista da situação real. Confira-se caso real: “C. H. S., de 24 anos, foi o protagonista de um inusitado

caso policial. Às 23 horas de anteontem, ele foi içado pelo guincho do Corpo de Bombeiros do interior da chaminé de uma padaria em Bauru, Interior de São Paulo. Os policiais foram chamados pelos vizinhos que ouviram gritos vindos do alto da padaria. Quando

---

192 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pg.: 439

chegaram, encontraram o homem preso pelo tórax. Depois de retirado pelos bombeiros, S. foi levado ao pronto-socorro, onde tratou as escoriações. (...) O homem revelou que frequentava a padaria e decidiu furtá-la, entrando pela chaminé, mas calculou mal. (...) O delegado M. G. indiciou S. por tentativa de furto...” (Jornal da Tarde , Caderno A, p. 7, 22.11.2006, grifos nossos). À luz da teoria objetivo-formal, o ato não passaria de uma preparação malsucedida. Porém, levando-se em conta a teoria objetivo-individual, o ato imediatamente anterior à subtração (ingressar no estabelecimento comercial), associado ao plano concreto do autor (afirmou querer furtar bens do local), permitiu a sua prisão por tentativa de furto”.

## CONCLUSÃO

Portanto, a partir da pesquisa, pode-se concluir que não há jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, tendo as últimas decisões adotado a teoria objetivo-formal, mormente em casos referentes a crimes patrimoniais (furto e roubo).

Por sua vez, na doutrina, parece prevalecer a teoria objetivo-individual, tendo como adeptos Rogério Sanches Cunha, Guilherme de Souza Nucci e Paulo César Busato, com a qual compartilhamos, sobretudo quando diante de tentativas de homicídio, em que a iminência da prática do crime já permite a prisão em flagrante e a responsabilização criminal do agente, sob pena de tornar o bem jurídico vida mais vulnerável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Parte Geral. Coleção Tratado de Direito Penal volume 01. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120). 4ª ed. rev. ampl. atual. Salvador. Ed. JusPODIVM. 2016.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – v. 01. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. **Código de Penal**, 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 09/08/2023.

## DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DA INFORMAÇÃO NA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

**RÁVYLLA NAYARA DA SILVA:**

Acadêmico do curso de Direito da  
Universidade Estadual do Tocantins  
– UNITINS, Câmpus Dianópolis-TO<sup>193</sup>.

JAQUELINE DE KÁSSIA RIBEIRO DE PAIVA<sup>194</sup>

(orientadora)

**RESUMO:** A informação é um direito constitucional fundamental para a garantia do acesso à justiça e do devido processo legal, haja vista que o conhecimento contribui para que o indivíduo possa atuar ativamente no processo, com o intuito de assegurar um julgamento justo. A democracia processual tem por via principal a informação, que está ligada à introdução aos demais direitos, além de atuar em conjunto com a educação. Ademais, além da informação, que permite o discernimento, é relevante pontuar que para alcançar a justiça não se pode dispensar o princípio do devido processo legal, uma vez que este princípio assente que todas as movimentações processuais pertinentes ao caso serão realizadas, e através deste o acesso à justiça será efetivado. É importante destacar que fatores como a linguagem rebuscada e a maneira pela qual o processo é disposto podem complicar a compreensão por parte da sociedade, em razão disto é preciso que sejam utilizadas diretrizes que simplificam este infortúnio, como o uso de uma linguagem clara e objetiva e de ferramentas tecnológicas. Desta forma, oportunizar o conhecimento e optar por meios transparentes faz com que as premissas do devido processo legal sejam alcançadas, e assim, por conseguinte o acesso à justiça será obtido.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Devido Processo Legal. Informação. Linguagem.

**ABSTRACT:** Information is a fundamental constitutional right to guarantee access to justice and due process of law, given that knowledge contributes to the individual being able to act actively in the process, with the aim of ensuring a fair trial. Procedural democracy has information as its main route, which is linked to the introduction of other rights, in addition to acting in conjunction with education. Furthermore, in addition to information, which allows discernment, it is important to point out that in order to achieve justice, the principle of due process of law cannot be dispensed with, since this principle states that all procedural movements relevant to the case will be carried out, and through this access to

---

193 E-mail: nayaravylla@unitins.br

194 Professor do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins - UNITINS, Câmpus Dianópolis-TO. E-mail: jakpaiva1@hotmail.com.

justice will be effective. It is important to highlight that factors such as the elaborate language and the way in which the process is arranged can complicate the understanding by society, because of this, it is necessary to use guidelines that simplify this misfortune, such as the use of clear and objective language. and technological tools. In this way, providing knowledge and opting for transparent means means that the premises of due process of law are achieved, and thus, consequently, access to justice will be obtained.

**Keywords:** Access to justice. Due Legal Process. Information. Language.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema a importância da informação para assegurar o acesso à justiça, bem como, sucessivamente, o devido processo legal, e tem por esteio a seguinte indagação: É possível facilitar a compreensão do direito processual e observar o devido processo legal com intuito de fornecer o acesso à justiça através de meios alternativos? Acerca deste ponto é válido ressaltar preliminarmente que a linguagem jurídica e a forma em que o processo é disposto são recursos que dificultam a compreensão e inviabilizam o acesso à justiça, o que prejudica o devido processo legal.

O principal objetivo da pesquisa é discutir o direito à informação dentro do processo como instrumento de efetivação do devido processo legal. No que concerne aos objetivos específicos, são: Apresentar o direito de informação como instrumento de democratização do processo; estudar a garantia do devido processo legal, na legislação brasileira; identificar recursos que auxiliem na compreensão do processo judicial.

Atualmente, entender sobre o trâmite do processo contribui para que o indivíduo esteja ciente da lógica processual, visto que todos possuem direito à informação, não somente por permitir a formação de uma opinião clara, mas também por oportunizar o posicionamento e o respeito na busca por um julgamento justo.

Para tal pesquisa a utilização da legislação constitucional foi elementar, pois a referência à Constituição Federal (CRFB-1988) se dá em razão de que esta é a lei maior que o ordenamento jurídico brasileiro prevê, onde direitos como a informação, o acesso à justiça e o devido processo legal são fundamentais. A partir desta temática, com o intuito de lograr êxito nos objetivos pretendidos, tem-se três seções.

A primeira delas aborda o direito à informação como forma de acessibilidade ao processo judicial, além de elencar a relevância que a educação possui na obtenção deste direito. Em seguida, a segunda seção trata sobre o princípio do acesso à justiça e o princípio do devido processo legal, na qual analisa a previsão na lei para demonstrar a pertinência do conhecimento e efetivação destes.

Por fim, o terceiro capítulo traz caminhos alternativos para que a simplificação do processo seja alcançada, seja pela tecnologia visual, ou até mesmo na utilização de uma linguagem clara e objetiva, o que faz com que a democratização do direito seja consubstanciada.

Ante o exposto, passa-se à apreciação mais minuciosa do desenvolvimento da pesquisa alicerçada na formação expressa.

## **2. O DIREITO DE INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO HÁBIL DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL.**

O direito à informação é previsto na Carta Magna de 1988 (CRFB-1988) no Art. 5º, XIV e XXXIII e Art. 220 da mesma constituição. Desta forma, compreende-se que por se tratar de matéria constitucional de direito fundamental, garante a transparência e a dignidade de forma livre e igualitária a todos.

Em democracias modernas, a informação desempenha um papel crítico, pois permite que as pessoas tenham conhecimento das políticas, decisões e outras questões que afetam a sua vida cotidiana e as suas perspectivas de futuro. Por outras palavras, o direito à informação abre caminho para que os cidadãos possam expressar as suas opiniões e participar ativamente na sociedade, visando o bem comum. Neste sentido, Raddatz (2014, p. 109) entende que:

[...] o direito à informação uma matriz central na sociedade contemporânea, partindo do princípio de que não é apenas um direito humano garantido na Constituição Federal, mas um direito-meio que dá condição de acesso aos demais direitos do cidadão, relacionando-se com a educação e a mídia, outros dois elementos fundamentais para a constituição da cidadania e a efetivação da democracia. Nesse contexto, as tecnologias, mesmo com todos os questionamentos que elas suscitam, podem ser aliadas no processo de discussão e difusão das ideias e informações, permitindo que um maior número de cidadãos opine e comunique seus pontos de vista, o que é saudável num ambiente democrático.

Evidentemente, o direito à informação também permite que os cidadãos tenham acesso a informações processuais. Esta informação inclui a legislação aplicável, as regras e procedimentos que regem o processo. Ora, o acesso à informação processual é um fator adjutório na garantia de que o processo seja justo e imparcial, também, é um coadjuvante essencial no tocante a impedir que as partes envolvidas sejam enganadas ou abusadas em relação ao processo judicial. Isso, por sua vez, ajuda a promover a igualdade e a justiça nos processos judiciais.

Ademais, o direito à informação ajuda os órgãos judiciais a aumentarem as suas responsabilidades, pois as decisões judiciais tornam-se mais responsivas às preocupações da sociedade, o que corrobora com o princípio do devido processo legal. À vista disto, o esclarecimento dos atos do processo contribui para que haja a cognição, assim, o Poder Judiciário assegura a fidúcia de seus consumidores.

Contudo, no que tange à informação é importante destacar que o grau de educação é um fator que limita o acesso a este direito, quando se trata de uma população carente. Neste sentido lecionam Monteiro e Jahnel (2019, p. 214-215) que:

Denota-se, por conseguinte, que o direito à informação, sob esse enfoque – presente na terceira onda do acesso à justiça –, exige especial atenção dos juristas, sobretudo quando se está a tratar da população economicamente mais carente, a qual, como decorrência dessa condição, possui um acesso à educação qualitativamente limitado.

Desta forma, ao se tratar do Direito como uma ciência política, evidencia-se que a linguagem extremamente rebuscada e arcaica dificulta a compreensão por parte da sociedade. Em detrimento de tal situação, o princípio do devido processo legal é comprometido, o que, conseqüentemente, restringe o acesso à justiça. Em razão disso, Monteiro e Jahnel (2019, p. 218) compreendem que:

[...] sem qualquer dúvida, direito à informação e linguagem jurídica se relacionam, mostrando-se pertinente o questionamento sobre a complexidade exacerbada da linguagem jurídica e sua quase inacessibilidade aos principais destinatários: os cidadãos. Indaga-se se o discurso jurídico possibilita efetiva e concretamente o acesso à informação por parte dos cidadãos. Pergunta-se se os cidadãos não estão sendo violados em seu direito fundamental de acesso à justiça, ferindo-se, em consequência, o próprio princípio democrático.

O acesso à informação é muito importante para que as minorias possam ter acesso às leis e procedimentos existentes no direito processual. Isso permite que elas tenham uma compreensão mais profunda de seus direitos e deveres, bem como a possibilidade de se defenderem nos tribunais.

Na mesma linha de raciocínio, Raddatz (2014) compreende que os cidadãos devem não apenas ter acesso a uma informação de qualidade, é necessário ter essa informação comprometida com a pluralidade e a diversidade, pois tal situação relaciona-se com as

demandas do cidadão na sociedade, haja vista ser a diretriz pela qual ele se informa sobre os seus direitos civis, políticos e sociais.

Para mais, o acesso à informação possibilita a difusão de conteúdos educacionais e informativos que possam ajudar as minorias a desenvolver melhor o exercício da cidadania, em razão de que a produção destes conteúdos por esses indivíduos torna a participação cívica mais ampla e diversificada, pois podem expressar seus pontos de vista e contribuir com sua opinião para a construção de soluções coletivas para os problemas que afetam a sociedade.

Isto posto, a democratização do processo refere-se à ideia de permitir que todos os membros da sociedade tenham a oportunidade de participar igualmente de qualquer processo decisório que afete seus interesses. Isso significa que todos os membros da sociedade, independentemente de seu status econômico, status social ou qualquer outra característica, devem ter a chance de participar de maneira equilibrada e ativa.

Ao tornar o processo acessível através da informação, o principal objetivo é criar um sistema de governança que seja mais transparente, responsável e equitativo. Pode incluir a introdução de novas tecnologias, a adoção de práticas mais transparentes e a redução dos obstáculos para a participação cívica.

### **3. DEVIDO PROCESSO LEGAL E O ACESSO À JUSTIÇA**

Considerando a finalidade do processo judicial como instrumento capaz de manter a jurisdição, se analisa particularmente no que diz respeito à necessidade de discernir a relação e influência das forças associadas ao assunto. Logo, ressalta-se a importância da Teoria Geral do Processo sobre ramos do direito processual e a solução de conflitos, pois conforme entendem Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) é um sistema de conceitos e princípios generalizados e úteis adotados a partir do confronto de diversos ramos do direito processual, entre os quais estão o princípio do devido processo legal e o princípio do acesso à justiça, a seguir tratados.

O princípio do Devido Processo Legal é o liame para que o acesso à justiça seja efetivado. Neste sentido, o acesso ao Judiciário é um dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, de modo que assegure a efetivação desses direitos. O Judiciário é responsável por julgar as disputas relacionadas ao cumprimento da lei, bem como por aplicar as sanções aos que não a cumprem.

O Acesso à Justiça surgiu no Brasil como direito fundamental pela primeira vez na Constituição de 1946 (CEUB-1946) em seu Art. 141, §4º, e na atual conjuntura se faz presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB-1988), em seu artigo 5º, XXXV, o qual assegura que:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

**XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O Poder Judiciário detém a legitimidade para solucionar conflitos independentemente da matéria em que se trata a lide, seja em um contexto político, cultural, socioeconômico e, até mesmo ideológico, onde surgem contradições e paradoxos. Essas questões são relevantes porque afetam a validade do procedimento e, portanto, o ideal de justiça da demanda.

O devido processo legal é o princípio basilar para que a busca pelo julgamento justo surta efeito. Outrossim, é imprescindível que tal princípio instrua não somente advogados, promotores e juízes, mas que toda a sociedade tenha o discernimento necessário acerca do processo.

Assim sendo, não há que se falar na garantia do acesso à justiça, sem que haja comento ao princípio constitucional do devido processo legal, pois tal princípio norteia todos os demais. Ademais, conforme leciona Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 90):

hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são formadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa [...].

A legislação é o meio pelo qual o poder judiciário busca organizar as controvérsias existentes na sociedade, e todo o procedimento tem o objetivo de assegurar a justiça, por esta razão se destaca o inciso LIV do artigo 5º da Constituição (CRFB-1988), que dispõe que: “[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Os princípios constitucionais são fundamentais para a manutenção da estabilidade e da ordem democrática no país. Estes princípios estabelecem os direitos e deveres dos cidadãos, além de estabelecer a forma como o Estado deverá atuar. Assim, eles são essenciais para garantir a proteção dos direitos humanos, a liberdade de expressão e a segurança de todos os cidadãos. Ora, os princípios constitucionais também promovem a igualdade de oportunidades, permitindo que todos os cidadãos desfrutem plenamente dos

direitos e dos deveres previstos na Constituição (CRFB-1988), assim, é possível mensurar a magnitude do devido processo legal.

Neste sentido, vejamos:

[...] os princípios constitucionais indicam em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade; são eles que amarrarão em um só corpo todo o sistema jurídico brasileiro, pois, apesar de não possuírem um local específico ou uma sede reservada no texto constitucional, é por meio dos princípios constitucionais que se chegará à interpretação e à aplicação mais correta da norma. (SEIXAS; SOUZA, 2014, p. 442)

O princípio do devido processo legal está presente em todos os ramos do direito, pois visa garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Neste sentido compreende Seixas e Souza (2014, p. 445) que o devido processo legal “em seu aspecto material, atua em todos os campos do direito, não apresentando limites e podendo abranger quaisquer direitos. ”

Ao longo do processo, as partes terão direito à ampla defesa, ao contraditório e à igualdade de tratamento. Isso significa que todas as partes deverão ter acesso completo aos meios de prova disponíveis, a possibilidade de questionar as testemunhas da outra parte e a chance de se defender.

Com efeito, o juiz irá decidir a questão em questão a partir de todos os elementos oferecidos pelas partes e da aplicação da lei. A decisão do juiz deverá ser imparcial e independente e será baseada apenas no direito aplicável ao caso, pois não pode ser influenciado por interesses externos ou partidários, e qualquer decisão proferida deverá ser fundamentada com base na lei e nos fatos do caso, uma vez que todos os direitos das partes deverão ser equilibrados e assegurados.

A justiça é conquistada através do trâmite conveniente, e para que ocorra a simplificação na percepção do indivíduo acerca do processo, é elementar adotar meios que democratizam o acesso à jurisdição efetiva. Neste sentido, a revista do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulada “Democratizando o Acesso à Justiça” (2021), enfatiza pontos importantes no que se refere ao tema.

Nesta perspectiva, a contribuição do CNJ (2021, p. 14) torna-se fundamental, pois tal obra elenca métodos que oportunizam o domínio da temática e conseqüentemente possibilitam sua resolução, quais sejam:

[...]democratizar o acesso à Justiça pela transparência e pela informação; pelo aperfeiçoamento da prestação jurisdicional; pela

celeridade processual; pelas tutelas de urgência; pela linguagem mais clara; pelos meios alternativos de solução de controvérsias [...].

Ao enfatizar os métodos supramencionados o Conselho Nacional de Justiça (2021, p. 16) salienta em seu trabalho que: “[...] o direito constitucional de acesso à Justiça não abrange apenas as decisões adjudicadas pelos órgãos judiciários, mas também soluções efetivas de conflitos por meio de uma ordem jurídica justa.”.

Destarte, é evidente que o devido processo legal exerce um papel de grande importância na ciência jurídica, mas é significativo lembrar que tal princípio aplicado na prática pode ser violado, haja vista a maneira em que se é disposto o processo, com diretrizes que dificultam o entendimento das partes e resultam no rompimento do efetivo acesso à justiça, tais como: a linguagem rebuscada e arcaica; a desinformação acerca de noções básicas de direito e; sistemas complexos e não dinâmicos.

Nesse mesmo diapasão, apesar da legislação brasileira ser coerente, a interpretação feita pelos juristas acaba sendo obscura, em razão da adoção do discurso jurídico complexo e dotado de tecnicidade, assim, a percepção de todos os públicos um emaranhado. Nesta perspectiva, Monteiro e Jahnel (2019, p. 214) entendem que: “No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências a utilização de um remédio jurídico [...]”.

O processo é uma medida adotada para assegurar que não haja uma privação ilícita dos direitos, conforme preceitua o art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988 (CRFB-1988) ao destacar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Todavia, a burocracia que integra essa via pode ensejar em uma decisão incongruente ao caso, se porventura, houver uma interpretação incorreta em razão da não compreensão dos atos do processo, seja pela linguagem rebuscada ou pela falta de conhecimento jurisdicional.

Neste caso, é necessário que o devido processo legal seja aplicado de forma clara e objetiva para garantir que os direitos individuais sejam respeitados. Quando não há a devida aplicação do processo legal, os direitos fundamentais dos indivíduos podem ser violados. Por isso, é importante que as partes interessadas, como o Ministério Público, as autoridades judiciais e outros órgãos responsáveis, sejam os responsáveis por garantir que todas as etapas do processo judicial sejam cumpridas de forma adequada. Assim, têm-se que:

O princípio do devido processo legal em seu aspecto processual é aquele que possibilita o efetivo acesso à justiça pela parte, seja como autor ou réu, pois visa a possibilitar os mais amplos meios de deduzir

a pretensão ou defesa. O processual *due process* possui como objetivo verificar se os procedimentos empregados por aqueles responsáveis na aplicação da lei, ou regulamento, estão sendo devidamente respeitados. (SEIXAS; SOUZA, 2014, p. 455)

Os meios adotados para a aplicação da lei no processo exercem papel fundamental na simplificação do processo, haja vista que quanto mais claros forem, mais serão compreendidos pelo público e garantirá o devido processo legal.

Atualmente a maioria dos processos judiciais são eletrônicos, e o uso da tecnologia também tem grande importância para a celeridade dos processos judiciais, pois proporciona o armazenamento de informações e facilita o acompanhamento de cada etapa. Todavia, ainda é muito vago o conhecimento acerca do processo, a educação jurídica e a disseminação de informações sobre direitos e deveres dos cidadãos não satisfazem às reclamações.

Em suma, não basta que haja o direito positivado e os princípios constitucionais sem que ocorra uma adaptação da aplicação desses direitos na prática, pois o devido processo legal é a garantia da proteção de normas opressivas que possam vir a prejudicar o indivíduo sem que todos os requisitos para uma sentença justa sejam cumpridos. Neste sentido leciona Seixas e Souza (2014, p. 457) que:

O simples acesso ao Judiciário não é suficiente para que os cidadãos tenham seus litígios solucionados, é necessário que seja observado o princípio do devido processo legal, que constitui uma forma de garantir aos cidadãos o pleno acesso à justiça, o qual irá conferir à parte o poder de levar suas pretensões ao Judiciário e assegurar os seus direitos do modo mais completo possível. Somente a partir desse princípio é que se efetivarão os demais princípios previstos constitucionalmente.

À vista disso, apesar da relevância do acesso à justiça, tão somente não será hábil para garantir a justiça, dado que existe a correlação com o devido processo legal, pois este sim é o alicerce para que todas as outras prerrogativas processuais sejam sustentadas.

#### **4. MEIOS ALTERNATIVOS PARA A SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO**

Com a linguagem, é possível se comunicar, compartilhar conhecimentos, expressar opiniões, resolver problemas, estabelecer relações sociais, criar e compreender narrativas, e, assim, adquirir novas habilidades. A linguagem é, portanto, um dos principais meios de humanização de um indivíduo.

Nesta perspectiva compreende Monteiro e Jahnel (2019, p. 215) que:

Adote-se a variável que for para defini-la, observa-se que muito mais do que um meio ou um modo de comunicação, a linguagem constitui o próprio instrumento de identidade de uma sociedade, de um povo. Por meio dela que os membros desses grupos se comunicam, criam especificidades e características próprias, as quais não apenas viabilizam uma identificação linguística entre si, e também cultural, mas também possibilitam a distinção de outros povos ou nações em geral.

É importante considerar a terminologia adotada no direito, que, normalmente, possui um vocabulário próprio, estando sujeita a diversas interpretações, dependendo do contexto em que se encontre. Por este ângulo, é coerente dizer que:

A linguagem rebuscada e tecnicista utilizada no judiciário é algo peculiar e inerente ao direito, sendo verificada nas leis, nos atos judiciais e em outras formas diversas que não dispensam a ferramenta da linguagem hermética. Resta evidente, assim, que o direito é ciência dotada de linguagem técnica e específica, com espaço de sentido e espaço estrutural autônomos (gramática e dicionário jurídicos próprios). Pode-se observar, que não só o direito que possui sua linguagem própria, outras tantas ciências possuem vocabulário próprio, tais como a medicina, a informática e a economia. Entretanto, o tecnicismo demasiado utilizado no direito tem sido alvo de preocupações, uma vez que esse deva atender a coletividade, em geral. (MONTEIRO; JAHNEL, 2019, p. 217-218).

Ainda, é preciso que os autores das leis, portarias e demais dispositivos jurídicos busquem discorrer de uma forma objetiva, possibilitando ao leitor a visualização e interpretação descomplicada das normas a serem aplicadas. Destarte, é necessário que sejam utilizadas expressões concisas e didáticas para que se alcance um melhor entendimento por parte dos leitores.

Desta maneira, torna-se imprescindível que sejam tomadas medidas para que o direito possa ser interpretado de maneira satisfatória, o que implica no emprego de um vocabulário adequado, a fim de que se consiga um melhor aproveitamento das leis e normas jurídicas, evitando-se, assim, interpretações equivocadas.

Não obstante o tecnicismo utilizado na ciência jurídica ser próprio da área, esclarecer os exageros da linguagem se torna essencial, à vista que o "juridiquês" torna inacessível a absorção do conteúdo, como por exemplo a seguinte frase: "V. Ex.<sup>a</sup>, data máxima vênia não adentrou às entranhas meritórias doutrinárias e jurisprudenciais

acopladas na inicial, que caracterizam, hialinamente, o dano sofrido.” (ANDRADE, 2018, p. 05). Tal frase seria mais compreensível se fosse escrita de maneira diferente, como sugere Freese (2018, p. 17): “Vossa Excelência - V. Ex.<sup>a</sup>. Com respeito, creio que o nobre Magistrado não tenha abordado a devida doutrina e a jurisprudência identificada na inicial, no qual demonstra o dano mencionado.”

Apesar de se tratar de uma questão de estilo, o uso da linguagem jurídica deve ser apropriado às partes envolvidas, sejam elas operadores do direito ou cidadãos em geral. Quando se trata de pessoas que não são operadores do direito, é importante que a linguagem seja clara e objetiva, evitando-se termos técnicos e complexos. Assim, cada vez mais, é importante que os juristas invistam na busca por uma linguagem jurídica acessível a todos, que contribua para a democratização do acesso à justiça.

Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário, como órgão responsável pela aplicação e interpretação das normas jurídicas, bem como pela produção da doutrina jurídica, desempenhar o papel de garantir o acesso às leis. A linguagem jurídica é carregada de termos arcaicos tendo por principal influência o Latim, a título de exemplo, são bastante utilizadas as seguintes expressões: *in verbis*, *data vênia*, *a priori*, *a quo*, *ad quem*, *de cujus*, etc.

Isto posto, leciona Monteiro e Jahnel (2019, p. 220) que:

A linguagem jurídica recorrentemente praticada com excessivo preciosismo, arcaísmo, latinismo e polissemia contribui para o afastamento da própria sociedade em relação do direito, sendo que do fundamento ontológico deste ramo do conhecimento. Ora, infere-se que a linguagem jurídica deveria apresentar-se mais acessível, despida de termos técnicos de difícil compreensão e despida de termos tão rebuscados aos olhos dos cidadãos, como verdadeiro instrumento a serviço da sociedade e de busca pela excelência da prestação jurisdicional. Ressalvando, assim, que o acesso ao conhecimento do direito constitui umas das modalidades de acesso à justiça.

Para mais, a linguagem exerce papel fundamental na garantia dos direitos, entende-se que ao dominar o assunto o cidadão estará devidamente amparado. À vista disto, Raddatz (2014, p. 116) afirma que:

A partir da linguagem e do acesso à informação chega-se a uma situação de conhecimento de si mesmo e da realidade que leva à compreensão mais facilmente da importância de buscar a direção do bem comum combinado com o exercício livre do agir.

Atualmente, existem iniciativas de aprimorar o discurso jurídico, o que contribuirá para a disseminação dos direitos, a promoção da justiça e a garantia do Estado Democrático de Direito, seja através de recursos tecnológicos ou até mesmo pela educação.

A utilização de recursos tecnológicos contribui para a simplificação da linguagem jurídica. Por exemplo, a criação de aplicativos e sites que permitem a consulta de leis, decisões judiciais e outros textos legais de forma mais clara e intuitiva. Isso ajuda os cidadãos a entenderem os seus direitos e deveres com mais facilidade. Salienta-se, que esses recursos também permitem o compartilhamento de informações de forma mais eficiente, aumentando a transparência na aplicação da lei.

Outrossim, é importante enfatizar a utilização do Visual Law, que é uma ferramenta que une o Direito e a tecnologia do Design. O objetivo desse recurso é tornar as informações mais simples de serem lidas e compreendidas, ao mesmo tempo que ajudam na memória dos usuários, já que as imagens são mais facilmente lembradas, promovendo a celeridade da norma jurídica.

Tal expressão surgiu em 2001, através de uma pesquisa de PHD de *Collete R. Brunswick*, na Universidade de Zurique, em seguida propagado e utilizado por Helena Haapio na Finlândia e popularizado pela norte-americana Margaret Hagan da Universidade de *Stanford*. No Brasil o Direito Visual ainda está em fase introdutória, pois surgiu ainda em 2019, de acordo com o Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (2022).

O Visual Law também estimula a interatividade entre quem lê e quem produz o conteúdo, pois estimula a curiosidade e a descoberta de novos conhecimentos. Além disso, pode ser usado para mostrar novos pontos de vista, ajudando as pessoas a refletirem sobre determinados temas. Oportuno acentuar que tal artifício não viola nenhuma regra do processo, somente visa a simplificação das informações, sem suprimir a natureza do processo.

Por meio do Visual Law, é possível compreender conceitos complexos da área do Direito e torná-los mais acessíveis para o usuário. É uma forma de popularizar o conhecimento jurídico e torná-lo mais atrativo e compreensível tanto para especialistas quanto para leigos.

Sendo assim, há uma queda nas barreiras entre informação e pessoas, o que evita a compreensão distorcida, além de agilizar os processos de comunicação. A tecnologia visual é também um dos grandes destaques, pois através dela é possível montar gráficos, mapas, fluxogramas, entre outros, que permitem a representação de algo de forma clara e objetiva, seja para fins de estudo, de divulgação ou de análise.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista de todo o exposto é notória a importância que a informação desempenha para a formação jurídica, pois ratifica-se o princípio do devido processo legal que é o norteador de todos os demais, e, por conseguinte proporciona a garantia do pleno acesso à justiça.

Contudo, é explícito que a aplicação do direito processual na prática, difere do que está positivado na legislação e na doutrina, a compreensão do processo é defasada em detrimento de meios que dificultam a compreensão, tais como: a linguagem rebuscada e o meio de transmissão utilizado.

O devido processo legal é um princípio que garante a todos, o direito de serem julgados de acordo com as leis vigentes. É um princípio essencial para o funcionamento da justiça, pois garante que todos os direitos fundamentais sejam respeitados e que todos possam ter acesso a um julgamento justo e imparcial. Por exercer tamanha relevância na tramitação do processo é elementar que seu cumprimento seja absoluto.

O acesso à justiça é o direito que todas as pessoas têm de ter acesso aos tribunais de justiça para que possam defender seus direitos e obter a proteção que a lei prevê. Significa que todos devem ter acesso igualitário à justiça, independentemente de questões econômicas, raciais, de gênero, etc.

O "juridiquês" é fortemente empregado em decisões, petições e até mesmo em sustentações orais no âmbito do direito. Entretanto, o vocábulo sinuoso que é aplicado no direito como ciência jurídica é tecnicamente demasiado, tendo em vista que se deixa de observar o direito enquanto ciência social.

Em conformidade com o apresentado, depreende-se deste estudo que a simplificação do processo tanto no tocante à linguagem, quanto na utilização de meios alternativos como na tecnologia Visual Law, corroboram com a ideia de que a educação jurídica de todos os indivíduos se torna mais completa quando os recursos facilitam a compreensão.

Deste modo, quando o processo se torna mais inteligível às partes, mais será concretizado o objetivo do devido processo legal, pois, assim, tendo o total aproveitamento de todas as informações dispostas, o acesso à justiça é efetivado.

Deve-se, portanto, oferecer ao sujeito, um meio de se informar, e de se adequar às normas vigentes, de forma a prevenir ou solucionar conflitos. Para isso, o Estado deve promover ações que visem à disseminação da informação jurídica e ao acesso à justiça, como, por exemplo, a adoção de meios que viabilizem a educação jurídica, que possam contribuir para a formação de cidadãos mais conscientes de seus direitos, e que se

alfabetizam acerca dos princípios e regras jurídicas que regem a sua vida e as relações com a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. **O juridiquês e a linguagem jurídica: O certo e o errado no discurso**. Disponível em: <<http://www.direitolegal.org-seus-direitos-ojuridiques-e-linguagem-juridica->>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Constituição (1946). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidente da República, 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (14ª Região). **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. Vol. 10. 2022.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª ed. revista e ampliada. Brasil: Malheiros, 2015.

FREESE, Evandro. **Linguagem jurídica e o afastamento da objetividade social**. 2018. 45 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Ensino de Língua Portuguesa e Literatura) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

MONTEIRO, Ana Lídia Silva Mello; JAHNEL, Marta Regina. **Linguagem jurídica e acesso à justiça: A facilitação do direito de acesso à informação** – Uma terceira onda. 2019. Disponível em: < <https://periodicos.univali.br/index.php-acts-article-view-16618>>; . Acesso em: 05 nov. 2022.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Democratizando o acesso à justiça** - Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2021.

RADDATZ, Vera Lucia Spacil. **Direito à Informação para o Exercício da Cidadania**. 2014. Disponível em: < <https://www.researchgate.net/profile/Vera-Spacil-Raddatz-publication-280741525>>; Acesso em: 06 fev. 2023.

SEIXAS, Bernardo Silva; SOUZA, Roberta Kelly Silva. **A Importância do Princípio Constitucional do Devido Processo Legal para o efetivo Acesso à Justiça no Brasil**. 2014. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/index.php-ppgdir-article-view-44535-31261>>. Acesso em 08 mar. 2023.



## **A CRISE DA EXECUÇÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS BRASILEIROS VISANDO À DURAÇÃO RAZOÁVEL**

**LEISIANI DA SILVA MARCHI:**  
graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário de Santa Fé do Sul<sup>195</sup>.

WANIA CAMPOLI ALVES  
(orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho discorre sobre a crise em relação à execução dos processos judiciais, os elementos que não contribuem para a duração razoável, que é vivenciada. Esse congestionamento dos processos provoca fatores ruins dentro da sociedade, como o possível aumento da criminalidade, e também a desvalorização do ordenamento jurídico. As pessoas desacreditam que a justiça possua eficiência. Alguns processos levam mais anos para serem solucionados do que um cidadão poderia aguardar em vida. A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste trabalho está embasada na revisão de literatura, análises em livros, sites e periódicos. Dado o momento foi realizada uma pesquisa extensiva, com o objetivo de compreender as causas desta realidade perdurada por anos e buscar através de estudos, métodos que torne a execução mais célere, como prevista na Lei. Necessita-se que o Poder Legislativo faça uma análise das normas processuais e que o Poder Judiciário programe novos mecanismos para garantir o procedimento adequado, desta forma, haverá mais comprometimento, facilidade e agilidade com os processos judiciais. Conclui-se que a proteção do Estado e um ordenamento jurídico eficaz, satisfatório, são direitos de todos, além disso, a executividade qualificada poderá garantir a efetividade das Leis.

Palavras-chave: Processos Judiciais. Duração Razoável. Poder Judiciário. Poder Legislativo.

**ABSTRACT:** The present work discusses the crisis in relation to the execution of judicial processes, the elements that do not contribute to the reasonable duration that is experienced. This congestion of processes causes bad factors within society, such as the possible increase in crime, but also the devaluation of the legal system. People disbelieve that justice has efficiency. Some processes take more years to be resolved than a citizen could wait in life. The methodology used for the development of this work is based on the literature review, analyzes in books, websites and periodicals. Given the moment, an extensive research was carried out, with the objective of understanding the causes of this reality that lasted for years and to search, through studies, methods that make the

---

195 E-mail: leisimarchi25@gmail.com

execution faster, as foreseen in the Law. It is necessary that the Legislative Power analyze the procedural norms and that the Judiciary Power program new mechanisms to guarantee the adequate procedure, in this way, there will be more commitment, ease and agility with the judicial processes. It is concluded that the protection of the State and an effective, satisfactory legal system is everyone's right, in addition, qualified enforcement can guarantee the effectiveness of the Laws.

Keywords: Judicial Proceedings. Reasonable duration. Judicial power. Legislativo power.

## 1 INTRODUÇÃO

Há muitos anos existe esta crise da execução dos processos e das leis no Brasil. Com o desenvolvimento acelerado tanto do mundo quanto das pessoas, percebe-se um crescimento geral repentino e, com isso, também é afetado o âmbito jurídico, com um aumento exacerbado dos processos judiciais. É fato que, com a facilidade das mídias sociais, o conhecimento sobre diversos assuntos foi propagado rapidamente, destarte nota-se que a cada dia, muito mais pessoas buscam se informar melhor sobre seus direitos, o que é ideal, mas, conseqüentemente acarretam o congestionamento do ordenamento jurídico (CNJ, 2021).

Concomitantemente à sobrecarga dos processos, o Estado não auferir a garantia para os cidadãos, da proteção e da eficiência que é prevista em Lei, desta forma, o ocorrido gera prejuízos à sociedade como um todo. Em decorrência da não efetividade, as pessoas tendem a desacreditar no âmbito jurídico como meio eficiente e eficaz cabível de confiança. A falta de segurança contribui para que os cidadãos se sintam desamparados e, conseqüentemente, os levam a tomar decisões desesperadas e impensadas, vulgarmente conhecidas como “justiça com as próprias mãos”. Isto posto, contrariamente do Estado solucionar um caso de ilicitude, este acaba se deparando com inúmeros outros, sendo que a propensão é sempre aumentar (VIEIRA,2020).

Entretanto, como salienta Rodrigues (2019), mesmo que considerada habitual, tal situação faz-se necessária uma análise profunda para que traga à luz do conhecimento e com isso haja compreensão sobre as causas que prolongam exageradamente os processos, bem como averiguar os responsáveis e quais medidas podem ser tomadas para que esta realidade venha ser controlada, garantindo assim, a não escassez do ordenamento jurídico, mas também a satisfação da população, a solução e a segurança.

Frente ao exposto, o presente trabalho tem como objetivo despertar essa realidade perdurada por anos e buscar a execução prevista na Lei, para tanto divide-se em cinco tópicos onde inicialmente será abordado sobre o excesso de demandas, como um dos fatores que atrapalham o desfecho do processo, geralmente retardando sua conclusão, seguido do tópico que explana sobre a quantidade insuficiente de funcionários como

justificativa para a lentidão dos processos judiciais, uma vez que, algumas atribuições devem ser executadas apenas pelo órgãos determinado de competência.

Dando continuidade ao desenvolvimento da dissertação, o tópico sobre recorribilidade trata do princípio e da competência que visa garantir a possibilidade de revisão de qualquer decisão proferida que não esteja de acordo com a vontade de uma ou ambas as partes do processo, especificando sobre as espécies de recorribilidade, as quais em excesso contribuem para a morosidade dos processos judiciais. Além disso, em um breve parecer, o trabalho ainda apresenta, de maneira sucinta, o impacto da pandemia da COVID-19, no âmbito jurídico, e suas resoluções.

Por fim, é discorrido sobre o juízo digital, o qual foi instituído através da Resolução nº 345 de 2020 e está sendo implantado cada vez mais nos tribunais, que surgiu como necessidade devido aos impactos da pandemia, levando esclarecimentos sobre as Serventia do Juízo 100% Digital por Estados, bem como do Programa Justiça 4.0, este por sua vez, foi instaurado no ano de 2021 a partir da Resolução nº385, que prevê a criação de Núcleos de Justiça 4.0, como um inovador modelo de atendimento do Poder Judiciário, no qual permite o funcionamento totalmente digital e remoto, trabalhando em conjunto com o programa Balcão Virtual que permite o atendimento ao público online, na unidade desejada, durante o horário comercial, o PDPJ-Br com o intuito de desenvolver a colaboração dos tribunais para manter o PJe como prioridade e a possível implantação do programa Codex que além da sua inteligência artificial, alimentará o DataJud (CNJ, 2021).

Após toda esta explanação, é apresentada a conclusão do referido trabalho explanado sobre os pontos mais relevantes deste.

## **2 EXCESSO DE DEMANDAS**

O excesso de demandas com a limitação de funcionários é um dos fatores que não contribuem para um processo com duração razoável. Devem-se observar as atribuições e processos (sem litígio) que poderiam ser efetuados em outras instâncias, como as administrativas, mas que por burocracia são encaminhadas ao Poder Judiciário e acabam sobrecarregando os magistrados(as) e servidores(as).

Todo ano o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elabora um relatório nomeado "Justiça em Números" onde é realizada uma pesquisa aprofundada sobre o trabalho do Poder Judiciário, a mais recente pesquisa foi disponibilizada no ano de 2022 de acordo com análises do ano anterior. Finalizaram o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação.

O relatório analisou 90 tribunais do Poder Judiciário como previsto na CF/88. De acordo com a pesquisa contabilizaram um total de 27,7 milhões de casos novos, incluindo casos da Justiça Estadual (78,8%), Justiça Federal (13,2%), Justiça do Trabalho (6,7%), os demais, como Justiça Eleitoral, Tribunais Superiores, Justiça Militar Estadual e Auditoria Militar da União, computaram juntos 1,3%. Obtiveram em 2021 uma totalidade de 27.000.000 de sentenças proferidas e 26.900.000 de casos baixados (CNJ, 2022).

Apuraram que o ano base da pesquisa teve o retorno de acúmulo de processos pendentes, iguais a 2019, alguns Tribunais superaram a quantidade de pendências quanto a quantidade de casos novos e baixados, totalizando um estoque abundantemente maior que a capacidade da demanda. A atenção é voltada para a proporção de processos em tramitações e os que iniciam a cada ano.

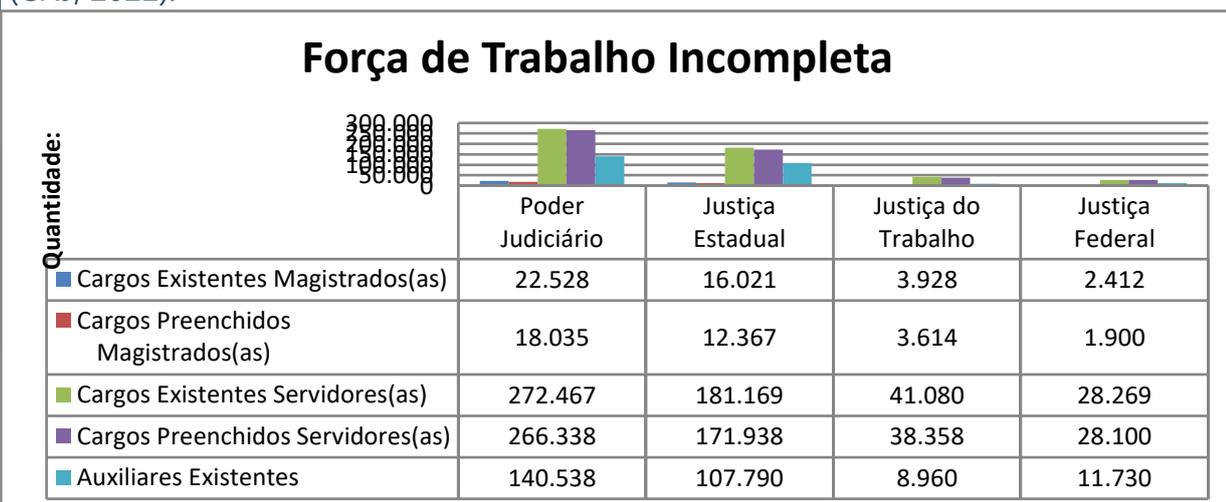
Vale ressaltar que cada juiz brasileiro elabora em média de dias úteis 6,3 dos casos solucionados, (sem descontar períodos de recessos e férias) o que totalizou no índice de produtividade 1.588 processos baixados por magistrados(as) no ano de 2021. Significa que mesmo que não ocorresse abertura de novas demandas, mantendo a produção, seriam precisos aproximadamente 2 anos e 10 meses de trabalho para zerar o estoque (AMAREJ, 2022).

### 3 QUANTIDADE INSUFICIENTE DE FUNCIONÁRIOS

O quadro de funcionários incompleto é uma das justificativas para a lentidão dos processos judiciais, afinal, de acordo com Souza (2017), algumas atribuições só podem ser executadas pelo órgão determinado de competência. O CNJ ofereceu demonstrativos da quantidade de vagas existentes e a quantidade da força de trabalho.

Ocorre que o Poder Judiciário e os órgãos com maiores capacidades de colaboradores, como a Justiça Estadual, Justiça do Trabalho e a Justiça Federal não possuem os quadros de funcionários completos (Gráfico 1).

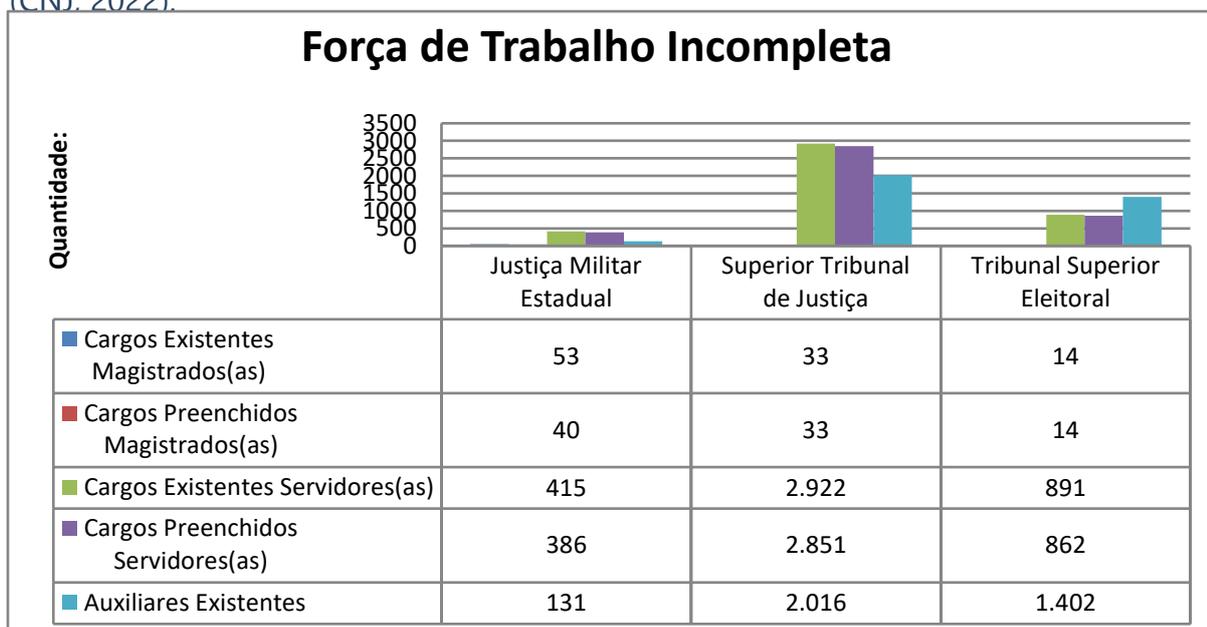
Gráfico 1 - A força de trabalho dos órgãos com maiores capacidades de colaboradores (CNJ, 2022).



Fonte: Da própria autora.

Por outro lado, embora a capacidade de colaboradores seja menor, ainda existem três órgãos analisados com os quadros de funcionários incompletos, sendo eles a Justiça Militar Estadual, Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior Eleitoral (Gráfico 2).

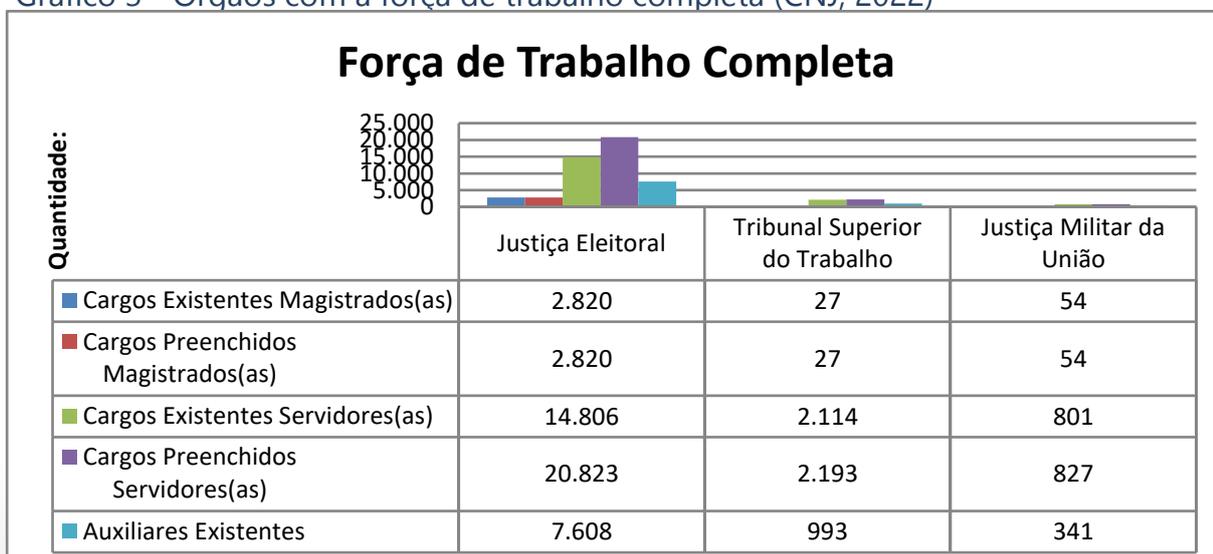
Gráfico 2 - A força de trabalho dos órgãos com menores capacidades de colaboradores (CNJ, 2022).



Fonte: Da própria autora.

Dentre todos, os únicos órgãos que se encontram com os quadros de funcionários completos para magistrados(as) e servidores(as), são a Justiça Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e a Justiça Militar da União (Gráfico 3).

Gráfico 3 - Órgãos com a força de trabalho completa (CNJ, 2022)



Fonte: Da própria autora.

## 4 RECORRIBILIDADE

### 4.1 Do princípio e da competência

Os recursos surgiram através do princípio do duplo grau de jurisdição (que embora existam diferentes correntes doutrinárias, prevalece) que foi adotado desde a Revolução Francesa com o intuito de garantir uma melhoria da prestação jurisdicional, com a finalidade de que a causa seja analisada por dois juízes distintos (CABRAL,2019).

Levando em consideração os dizeres de Pussak (2015), o princípio do duplo grau de jurisdição também é considerado um direito implícito pois não existe previsão e garantia na CF/88, por isto ocorreu através de estudos de outros princípios, assim como o da ampla defesa, além disso, possui imediação com o princípio da voluntariedade dado que o ato de recorrer depende da vontade das partes.

Para Mendes (2015), o objetivo deste princípio é garantir a possibilidade de revisão de qualquer decisão proferida que não esteja de acordo com a vontade de uma ou ambas as partes do processo. Vale ressaltar que este princípio possui impacto maior em determinadas áreas do direito, como, Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Civil e Direito Processual Penal.

Atualmente existem 10 recursos previstos no CPC/15 e para cada decisão existe um recurso adequado, não devendo utilizar um recurso por outro. Todas as espécies e hipóteses de recursos estão previstas em lei processual, sendo assim, de acordo com a CF/88, somente a União possui competência para legislar sobre (NÚÑEZ, 2019).

### 4.2 Espécies de recorribilidade

O excesso de recursos contribui para a morosidade dos processos judiciais. No ano de 2020 foram registrados mais de 4 milhões de casos novos recursais, além disso, existem dois tipos de recorribilidade e esta foi a primeira vez em onze anos que a recorribilidade interna (13,6%) ultrapassou a recorribilidade externa (9,3%), (CNJ, 2021).

Tabela 1 – Elementos que diferenciam os tipos de recorribilidade.

Recorribilidade interna		
Significado	Finalidade	Exemplos de Recursos

Recursos que serão julgados pelo próprio tribunal prolator da decisão recorrida.	Calcular o número de recursos internos interpostos em relação ao número de sentenças proferidas.	Embargos declaratórios; Embargos infringentes;  Recursos regimentais;  Agravos internos;
Recorribilidade externa		
Significado	Finalidade	Exemplos de Recursos
Recursos que serão julgados por tribunais diferentes do que aquela que prolatou a decisão recorrida.	Calcular o número de recursos enviados a outros tribunais em relação às decisões publicadas e acórdãos.	Agravo de instrumento; Apelação; Recursos extraordinários; Recursos especiais;

Fonte: CNJ, 2021.

O ano de 2020 teve a maior recorribilidade interna nas instâncias de segundo grau na Justiça do Trabalho (25,2%) embora a recorribilidade externa tenha sido maior (53,1%). Contabilizaram na Justiça do Trabalho juntamente com a Justiça Federal as maiores quantidades de casos novos de segundo grau sendo 95% e 97,1%. Além disso, o maior índice de casos novos em grau de recurso foi no Tribunal Superior do Trabalho (99,4%).

Com a sobrecarga dos Tribunais Superiores, estes estão ocupando 85,4% de suas cargas de trabalho com casos recursais (levando em consideração que sua competência constitucional é menor em comparação com unidades de primeiro e segundo grau). Entre o segundo grau e os Tribunais Superiores existem os maiores índices de recorribilidade externa.

Segundo Maurício Zanoide de Moraes, professor da USP:

[...] o excesso de “judicialização”, somado aos vários recursos e à frequente passagem para as instâncias superiores, que têm estrutura e capacidade menores e onde as decisões têm que ser colegiadas (feitas por um grupo de juízes), acaba travando o sistema e tudo

desemboca nas instâncias superiores, que não dá conta [...] (MORAES apud, BODAS, 2017).

Vale ressaltar que a maior taxa de congestionamento esta nas execuções fiscais, elas representam 93% na Justiça Federal, 88% na Justiça do Trabalho e 86% na Justiça Estadual (onde produz o maior impacto). Essas ações têm como finalidade recuperar fundos devidos por pessoas e empresas aos Estados, Municípios ou à União. Ocorre que depois de esgotada as vias administrativas elas chegam ao Poder Judiciário onde só podem repetir todas as etapas e providências tomadas anteriormente. Além disso, desconsiderando estas execuções o congestionamento do Poder Judiciário cairia 6,1, passando de 73% para 66,9% (CNJ, 2021)

## **5 DO IMPACTO DA PANDEMIA**

A pandemia da Covid-19 em março de 2020, segundo Florão (2020) foi um momento atípico onde todos tiveram que se reinventar e se adaptar, com o Poder Judiciário não foi diferente. Necessariamente aplicaram novas medidas e por mais assustador que ainda fosse para alguns, considerando a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados empregaram o uso da tecnologia.

Vale ressaltar que a Justiça brasileira agiu de forma eficiente, visando que em Junho do mesmo ano começaram a desmobilizar e retornaram aos serviços presenciais de maneira gradual respeitando todos os protocolos sanitários. Dois meses depois com a inovação, os servidores do Judiciário começaram a exercer trabalhos modelo home-office e aceitaram com mais regularidade outros meios de comunicação virtual (SÁ, 2020).

Tendo em vista que seria árduo garantir a segurança do povo e a efetividade da Lei, o Judiciário também programou que as audiências fossem realizadas através de videoconferências, exceto quando a situação financeira da parte não permitia, analisando-se a desigualdade de renda e automaticamente o acesso à informática/internet.

A digitalização foi um grande avanço, mas também um grande desafio para o meio jurídico, levando-se em conta que alguns órgãos ainda dependem de instalações físicas e alguns procedimentos precisam ser realizados de forma presencial como, por exemplo, audiências trabalhistas (intimações pessoais), audiências com participação de réus em cárceres (restrição de transportes, entre outros) ou até mesmo atos de penhora e leilão.

Além disso, a International Association for Court Administration realizou uma pesquisa comparando 38 países, com o intuito de perceber a adequação de cada país durante a pandemia. O Brasil, no primeiro quartil amostral, foi encontrado na 9º posição, outros países, diferente do Brasil não mantiveram atendimento as partes neste período, como, Espanha, Finlândia, Holanda, Austrália, Noruega e muitos outros (CNJ,2021).

## 6 DO JUÍZO DIGITAL

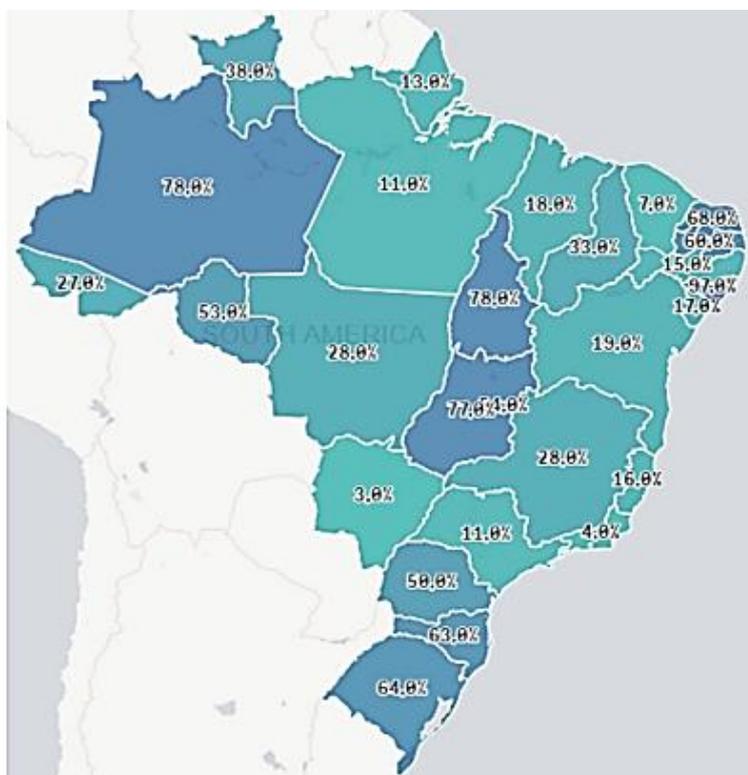
O Juízo 100% Digital foi instituído através da Resolução nº 345 de 2020 e está sendo implantado cada vez mais nos tribunais, principalmente depois da pandemia da Covid-19. Esta novidade tem como finalidade facilitar o acesso a justiça, sem necessariamente fazer com que o cidadão compareça fisicamente aos fóruns.

O CNJ analisou que até setembro de 2021, dezoito tribunais haviam aderido totalmente o Juízo 100% Digital. Contabilizaram 6.839 serventias que aderiram ao programa, o que equivale a 30,7% de adesão incluindo o primeiro e segundo graus.

### 6.1 Serventias do Juízo 100% Digital por Estados.

Todos os Estados do país já aderiram alguma serventia do Juízo 100% Digital e 18 tribunais já apresentam 100% de adesão, como, TJAL, TJAM, TRT2, TRT3, TRT5, TRT9, TRT11, TRT12, TRT13, TRT14, TRT16, TRT17, TRT19, TRT23, TRE-GO, TRE-MG, TRE-PI e TRE-TO, parte predominante no segmento da Justiça Trabalhista, portanto, entende-se que é um mecanismo que proporciona eficácia e praticidade para o desenvolvimento no âmbito jurídico, como demonstra a ilustração abaixo (Figura 1).

Figura 1 - Mapa das porcentagens de serventias do Juízo 100% Digital.



Fonte: CNJ, 2021.

## 6.2 Do Programa Justiça 4.0

Em 2021 foi instaurada a Resolução nº 385, que prevê a criação de Núcleos de Justiça 4.0, onde permitem o funcionamento totalmente digital e remoto. Esse inovador modelo de atendimento do Poder Judiciário garante qualificar as demandas nas varas de primeiro grau, hoje sobrecarregadas. O problema abala principalmente unidades de comarcas do interior, onde são raras as varas especializadas.

Visa também à transformação digital do Poder Judiciário ou como o conceito "Justice as a service". O intuito é ligar o diálogo real e o digital, assim, engloba ações de implementação, sendo, do Juízo 100% Digital, Balcão Virtual, PDPJ-Br, auxiliar os tribunais e implantar também o programa Codex para automatizar e alimentar o DataJud (CNJ, 2022).

O projeto de Balcão Virtual também foi implantado durante a pandemia, uma experiência que iniciou com o Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, com o intuito de disponibilizar a videoconferência de imediata comunicação (durante o horário de atendimento público) com o setor de atendimento de cada unidade. Vale ressaltar que de 15 mil unidades judiciais pesquisadas, 10 mil já possuem o Balcão Virtual, sendo as ferramentas mais utilizadas o Microsoft Teams, WhatsApp e Zoom.

A Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), ainda em estudo, tem como prioridade desenvolver a colaboração dos tribunais e a expansão do Processo Judicial Eletrônico (PJe) para assim mantê-lo como prioritário do CNJ. O principal objetivo é modernizar a plataforma e inovar multisserviços, como, computação em nuvem, inteligência artificial e experiência do usuário.

O projeto Codex, encontra-se em estudo para sua implantação, consiste em um programa automatizado com o intuito de transformar em texto puro as decisões e petições, a fim de ser utilizado como insumo de modelo de inteligência artificial (CNJ, 2021).

Essas medidas adotam a utilização da tecnologia para benefício dos cidadãos e do ordenamento jurídico, garantindo assim a celeridade, duração razoável do processo, acessibilidade, produtividade e segurança. Além disso, visa reduzir as demandas e os gastos públicos. Desta forma se torna mais possível acompanhar o mundo contemporâneo.

## 7 CONCLUSÃO

Pela observação dos aspectos analisados, conclui-se que as junções desses principais fatores não contribuem para a duração razoável do processo e sua celeridade

como prevê a lei soberana do Brasil. A quantidade de demandas é um fator que tem tendência de aumentar naturalmente com o desenvolvimento do mundo, cabe então, a justiça buscar parâmetros para se adequar com a evolução. A quantidade insuficiente de funcionários é uma questão que merece atenção, pois algumas atribuições só podem ser realizadas por especificidade, ou seja, pelo órgão daquela competência, além disso, desenvolveriam grandes oportunidades de emprego.

Os recursos são importantes para a garantia do princípio da ampla defesa, mas também são considerados um dos fatores que travam o sistema judicial, pois existem diferentes espécies e hipóteses para serem interpostos, vale ressaltar que em algumas causas, a única solução é refazer os mesmos procedimentos já feitos anteriormente, principalmente nos casos de execuções fiscais que possuem grandes taxas de congestionamentos nas instâncias de maiores capacidades, sendo assim, seria necessária uma análise aprofundada pela União e o Poder Legislativo sobre a efetividade dos recursos já existentes para disponibilizar maior facilidade, agilidade e eficiência.

A pandemia da Covid-19 foi um tempo difícil de adaptação para todos, porém, visando o contexto jurídico, trouxe fantásticas evoluções, progressos que talvez só fossem alcançados depois de décadas, se não houvesse toda imediação da situação.

Posto isso, sobrepuseram a tecnologia a favor dos cidadãos e da justiça. A implantação de projetos tecnológicos, mesmo que ofereça riscos é considerada uma ferramenta digna de conhecimento pelo Poder Judiciário, pois, se observada e trabalhada corretamente pode ser o trajeto para a solução da crise levantada no artigo, mas também uma porta de oportunidades de empregos, melhoria, segurança, facilidade (considerando a desigualdade econômica da população atendida), eficiência, celeridade, duração razoável do processo e acima de tudo, a valorização do sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS

BODAS, Alvaro. **Por que a Justiça brasileira é lenta?**. Exame.55anos, 2017. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/por-que-a-justica-brasileira-e-lenta/>>. Acesso em: 07 de jul. de 2022.

CARVALHO, Leonardo. **DUPLO grau de jurisdição: Um princípio implícito**. BVA Advogados, 2022. Disponível em: <<https://bvalaw.com.br/duplo-grau-jurisdicao/#:~:text=O%20duplo%20grau%20de%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20um%20princ%C3%ADpio%20constitucional%20que,ambas%20as%20partes%20do%20processo.>>. Acesso em: 11 de nov. de 2022.

FLORÃO, Marcos. **O impulso da pandemia à evolução digital da justiça**. Jota, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/ inova-e-acao/a-pandemia-como-catalisadora-da-evolucao-digital-da-justica-brasileira-16062020>>. Acesso em 15 de jul. de 2022.

**JUSTIÇA em números 2021**. CNJ, 2021. Disponível em: <<https://+www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em 15 de jul. de 2022.

**JUSTIÇA em números: relatório revela que número de recursos em tribunais superiores é próximo a 90%**. STM, 2016. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-denoticias/item/6593-justica-em-numeros-relatorio-revela-que-numero-de-recursos-em-tribunais-superiores-e-proximo-a-90>>. Acesso em: 07 de jul. de 2022.

MENDES, Laura. **Recursos à luz do Novo Código de Processo Civil**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <[https://lauracsmendes.jusbrasil.com.br/artigos/334120860/recursos-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20artigo,em%20recurso%20especial%20e%20extraordin%C3%A1rio](https://lauracsmendes.jusbrasil.com.br/artigos/334120860/recursos-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20artigo,em%20recurso%20especial%20e%20extraordin%C3%A1rio.)>. Acesso em: 11 de nov. de 2022.

PRUSSAK, Jucineia. **Recursos no Código de Processo Civil (NCPC)**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://jucineiaprussak.jusbrasil.com.br/noticias/372575062/recursos-no-codigo-de-processo-civil-ncpc>>. Acesso em: 09 de jul. de 2022.

RODRIGUES, Victor. **A morosidade do Judiciário, suas consequências para as partes e as formas de trazer celeridade aos processos no Brasil**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://vieiravictor.jusbrasil.com.br/artigos/943683744/a-morosidade-do-judiciario-suas-consequencias-para-as-partes-e-as-formas-de-trazer-celeridade-aos-processos-no-brasil>>. Acesso em: 13 de jul. de 2022.

SOUZA, Isabela. **3 motivos que fazem o judiciário brasileiro ser lento**. Politize, 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/judiciario-lento-motivos/#:~:text=O%20sistema%20judici%C3%A1rio%20brasileiro%20%C3%A9,justi%C3%A7a%20dentro%20do%20ritmo%20necess%C3%A1rio.&text=O%20relat%C3%B3rio%20analisou%2090%20cortes,do%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a>>. Acesso em: 13 de jul. 2022.

**TEORIA geral dos Recursos (Processo Civil) – Novo CPC – (Lei nº 13.105/15)**. DireitoNet, 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/193/Teoria-Geral-dos-Recursos-Processo-Civil-Novo-CPC-Lei-no-13105-15#:~:text=As%20v%C3%A>



[1rias%20esp%C3%A9cies%20de%20recursos,I%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal\)>. Acesso em: 09 de jul. de 2022.](#)

## A EFETIVIDADE DO DIREITO À PRIVACIDADE DO TELETRABALHADOR NO CONTEXTO ATUAL

**FRANCISCO ANTONIO DA SILVA NETO:**

Graduando do 10º período do curso de Direito no Centro Universitário UNA Betim/MG. <sup>196</sup>

LUCAS SILVA

(orientador)

**RESUMO:** O teletrabalho é uma modalidade de trabalho que se caracteriza pela realização de atividades profissionais fora das dependências físicas do empregador, por meio de tecnologias de informação e comunicação. Essa forma de trabalho ganhou destaque na atualidade, no entanto, esta modalidade de trabalho também traz desafios e riscos para os direitos dos trabalhadores, especialmente se tratando da efetividade do direito fundamental à privacidade. Sabendo que a privacidade é um valor constitucionalmente protegido, que abrange a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como o sigilo de dados pessoais e profissionais. O teletrabalhador tem o direito de preservar sua privacidade em relação ao empregador e a terceiros, evitando interferências indevidas ou abusivas em sua esfera pessoal ou familiar. Neste artigo, pretendemos analisar o direito à privacidade do teletrabalhador identificando os principais desafios e as possíveis soluções no contexto atual.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, home office, privacidade, teletrabalho.

**ABSTRACT:** Telecommuting is a type of work that is characterized by carrying out professional activities outside the physical premises of the employer, through information and communication technologies. This form of work has gained prominence today, however, this type of work also brings challenges and risks to workers' rights, especially when it comes to the effectiveness of the fundamental right to privacy. Knowing that privacy is a constitutionally protected value, which covers intimacy, private life, honor and image of people, as well as the secrecy of personal and professional data. The teleworker has the right to preserve his privacy in relation to the employer and third parties, avoiding undue or abusive interference in his personal or family sphere. In this article, we intend to analyze the teleworker's right to privacy, identifying the main challenges and possible solutions in the current context.

---

196 E-mail: franciscoantoniopains@gmail.com

**Keywords:** fundamental rights, human dignity, home office, telework, privacy.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a efetividade do exercício dos direitos fundamentais da personalidade, como a privacidade e a intimidade do teletrabalhador. Isso se deve ao fato de que essa modalidade laboral não se restringe mais ao espaço físico da empresa, mas também ao ambiente doméstico e familiar do teletrabalhador, neste sentido, Schreiber (2013, p. 142-143) enfatiza que a norma diz muito pouco para o seu tempo como já se enfatizou em relação aos direitos da personalidade em geral, o desafio atual da privacidade não está na sua afirmação, mas na sua efetividade. A mera observação da vida cotidiana revela que, ao contrário da assertiva retumbante do Art. 21 Código Civil, a vida privada da pessoa humana é violada sistematicamente.

De acordo com Goldschmidt (2019), o teletrabalho pode representar riscos para o trabalhador que não se limitam apenas a problemas físicos ou ergonômicos, mas também afetam outras áreas de sua personalidade, como a honra, imagem, intimidade, liberdade, autoestima, sexualidade, saúde, lazer, integridade física e a proteção de dados pessoais, além de sua própria dignidade.

Conforme observado por Goldschmidt (2019), o objetivo do artigo em questão é o estudo da efetividade da proteção da privacidade, de modo que, o exercício dos direitos da personalidade não podem ser limitados de forma voluntária e o direito em si não pode ser renunciado ou transmitido pelo seu titular, exceto nos casos previstos em lei. Schreiber (2013) acrescenta que, se deixados livres, os indivíduos podem acabar renunciando a seus direitos mais essenciais, concordando com situações intoleráveis por força da necessidade, o que evidencia a importância da tutela desses direitos.

Neste contexto, surge o problema da pesquisa: Qual é o impacto do teletrabalho em home office na proteção da privacidade do trabalhador e como garantir a efetividade do exercício do direito à privacidade nessa modalidade laboral? Diante do questionamento acima, tem-se as seguintes hipóteses: (1) A privacidade do trabalhador é afetada negativamente pelo teletrabalho em home office devido à dificuldade de separação entre vida pessoal e profissional; (2) A adoção de medidas de segurança e privacidade, como a utilização de ferramentas de criptografia e a definição de regras claras para o uso de dispositivos e recursos da empresa, pode minimizar o risco de violação da privacidade do trabalhador; (3) A criação de políticas específicas para o teletrabalho em home office, considerando as particularidades da modalidade, pode ser uma forma efetiva de garantir a proteção da privacidade do trabalhador.

Para tanto, a presente investigação tem como problema geral analisar o impacto do teletrabalho em home office na proteção da privacidade do trabalhador e identificar medidas que possam garantir a efetividade do exercício do direito à privacidade nessa modalidade laboral. Sendo assim, seus objetivos específicos são: (1) Identificar as principais dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores em relação à privacidade durante o teletrabalho em home office; (2) Avaliar o impacto de medidas de segurança e privacidade adotadas pelas empresas no exercício do direito à privacidade pelos trabalhadores em home office. (3) Analisar a efetividade de políticas específicas para o teletrabalho em home office na proteção da privacidade dos trabalhadores.

Para alcançar os objetivos expostos, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, sendo a metodologia descritiva quanto aos fins e de análise documental e revisão de bibliografia quanto aos meios de pesquisa (VERGARA, 2016).

O presente artigo é composto por cinco partes, sendo elas a introdução, onde é apresentado o problema, as hipóteses, os objetivos e a metodologia de pesquisa realizada por meio de pesquisas em bibliotecas, tanto físicas como digitais, em busca de livros, artigos publicados, revistas jurídicas e sites governamentais com as devidas referências apresentadas, ao final, são apresentadas as considerações finais.

## **2. A EFETIVIDADE DO DIREITO À PRIVACIDADE NO TELETRABALHO**

### **2.1. Definição de teletrabalho em home office**

O teletrabalho é uma forma de organização e realização do trabalho, distinta dos meios tradicionais para o desenvolvimento e execução das atividades laborativas. Esta nova forma de organizar o trabalho tem por característica principal estabelecer entre duas partes (uma entidade empregadora e um trabalhador) um conjunto de relações laborais à distância, asseguradas por instrumentos informáticos e/ou instrumentos de telecomunicações (REBELO, 2004, p. 3).

Alguns autores entendem que teletrabalho é mais do que uma nova forma de trabalhar, tratando-se de uma verdadeira quebra de paradigma sobre o trabalho tradicional, em razão de certo grau de liberdade. Para Aranda (2001, p. 29) o teletrabalho é, sobretudo, um modo de organização e execução diferente do modelo tradicional de trabalho.

Segundo Rebelo (2004, p. 8):

Contudo, com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC) a possibilidade de executar trabalho a partir do domicílio constitui um "novo modelo de organização" que oferece grande flexibilidade às entidades empregadoras, representando uma

vantagem competitiva importante. Emerge então uma “nova forma trabalho” – o teletrabalho – que possibilita às empresas a opção (ou não) em gerir e organizar o trabalho a partir do domicílio, agora através do recurso às TIC, permitindo a emergência da denominada “terciarização do trabalho no domicílio” ligada ao amplo movimento de mudança tecnológica. A adoção de regras jurídicas relativas à flexibilidade da organização do trabalho procura responder à vontade das empresas para desenvolverem novas práticas em matéria de gestão de recursos humanos, mais adaptadas às exigências produtivas e de competitividade (REBELO, 2004, p. 11)

O teletrabalho é previsto legalmente no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que estabelece que não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, no domicílio do empregado ou a distância, desde que sejam cumpridos os requisitos da relação de emprego. O parágrafo único desse dispositivo, adicionado em 2011, equipara, para fins de subordinação jurídica, os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, embora o trabalho seja realizado remotamente, não há diferenças significativas em relação à proteção ao trabalhador. “Os direitos são os mesmos de um trabalhador normal. Ou seja, vai ter direito a carteira assinada, férias, 13º salário e depósitos de FGTS”, explica o ministro Agra Belmonte, do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) introduziu um capítulo específico na CLT sobre o tema: o Capítulo II-A, “Do Teletrabalho”, composto pelos artigos 75-A a 75-E. Esses dispositivos definem o teletrabalho como a prestação de serviços fora das dependências do empregador, predominantemente por meio de tecnologias de informação e comunicação que não se caracterizem como trabalho externo, excluindo as atividades externas como vendedor, motorista, ajudante de viagem e outras que não possuem um local fixo de trabalho.

O atual momento nunca foi tão propício para reflexão, debate e enfrentamento acerca dos limites à privacidade, à imagem e à intimidade frente às novas tecnologias que se apresentam cada vez mais intrusas, agressivas e contundentes. Nesse sentido, é preciso que se dê maior atenção ao direito à privacidade dos trabalhadores, não somente pela carga de fundamentalidade que carrega, mas pelo fato dele ser constituído de características e de atributos da pessoa humana, especialmente nos dias atuais, onde as relações laborais são transformadas pelo uso das tecnologias (DACHERI, 2019)

## **2.2. Impacto do teletrabalho na privacidade do trabalhador**

Para Rebelo (2004), o direito à privacidade é um direito de controle das informações que afetam a pessoa (com relevância tanto para a forma quanto para o conteúdo da sua divulgação). Ou seja, é o direito que qualquer cidadão tem de não só reservar para si uma esfera da sua vida privada (mantendo-a secreta e intangível aos demais), mas também de poder evitar a instrumentalização ou a divulgação de informações sobre a sua pessoa.

A privacidade engloba a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, com previsão expressa no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Entretanto, a autodeterminação informativa nada mais é do que uma derivação daqueles, dado que todos estão abrangidos como direitos da personalidade, sob o manto do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Schreiber (2013) argumenta que atualmente o direito à privacidade não se limita apenas à proteção da vida íntima do indivíduo, mas também inclui a proteção de seus dados pessoais. O direito à privacidade agora é mais amplo do que o direito à intimidade e envolve o controle da coleta e uso de dados pessoais em qualquer ambiente onde esses dados circulam. Em resumo, a privacidade pode ser definida como o direito ao controle da coleta e utilização dos próprios dados pessoais

Tem sua vida mapeada, seus hábitos, preferências e comportamentos revelados. Assim, a proteção da privacidade inclui atualmente a proteção dos dados pessoais e o direito ao controle da coleta e utilização desses dados (SCHREIBER, 2013). Quanto à autodeterminação informativa, alguns doutrinadores a consideram como um novo direito fundamental, enquanto outros entendem que se trata apenas de novas possibilidades de violação dos direitos de personalidade, em especial o direito à privacidade (REBELO, 2004).

No contexto do data mining, os dados pessoais podem ser utilizados na construção de perfis, resultando em uma preocupação com a privacidade dos indivíduos. De acordo com Moreira (2010), é um direito fundamental de cada pessoa preservar sua identidade e controlar a revelação e o uso dos dados que lhe dizem respeito, garantindo que o titular dos dados tenha consentido na recolha e no tratamento dos seus dados pessoais ou, pelo menos, os tenha conhecido, além de dispor do direito de aceder, retificar ou cancelar tais informações quando necessário.

De acordo com Schreiber (2013), apesar de o Código Civil brasileiro tratar apenas de alguns direitos da personalidade, sem ressaltar a existência de outros tantos além daqueles que contempla em seus artigos 11 a 21, essa omissão não impede que outras manifestações da personalidade humana sejam consideradas merecedoras de tutela, por força da aplicação direta do art. 1º, inciso III, da CF. Já a privacidade é tratada no artigo 21 do Código Civil, sendo criticado o fato de o legislador não ter desenvolvido o comando constitucional (art. 5º, inciso X) para regular as situações mais habituais de violações

frequentes. Em relação à legislação trabalhista, a previsão dos direitos da personalidade do trabalhador encontra-se no artigo 223-C da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, de forma exemplificativa e não taxativa (Goldschmidt, 2019). Por fim, o artigo 11 do Código Civil brasileiro estabelece que, em caso de necessidade decorrente de alguma circunstância fática ou econômica, o titular não pode renunciar a nenhum dos seus direitos de personalidade, devido à sua natureza irrenunciável, exceto em casos previstos por lei.

Segundo Pego (2019), as ferramentas virtuais de direção e controle utilizadas pelas empresas não poderão violar os direitos fundamentais do trabalhador, em especial a dignidade, a privacidade (intimidade e vida privada), à imagem e a inviolabilidade do domicílio. Apesar desta proteção decorrer das normas constitucionais, dotadas de eficácia direta e aplicação imediata, é salutar a edição de regras que reforcem esses limites.

Acredita-se não existir necessidade de mais “regras” ou “normas” para reforçar estes limites, conforme pontuou Pego (2019), basta a obediência e efetivo cumprimento das normas constitucionais fundamentais, até mesmo porque o ordenamento jurídico brasileiro possui volume expressivo de leis

### **2.3. Dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores em relação à privacidade**

O desafio consiste em assegurar a aplicação prática do direito à privacidade do trabalhador, especialmente em um contexto de relação de trabalho em home office. Os riscos para o trabalhador não ficam adstritos somente a possíveis problemas físicos ou ergonômicos, mas prolongam-se para outras particularidades da sua personalidade, como a honra, imagem, intimidade, liberdade, autoestima, sexualidade, saúde, lazer, integridade física (GOLDSCHMIDT, 2019) e proteção de dados pessoais, assim como da sua própria dignidade.

Anteriormente, o domicílio do trabalhador servia como uma barreira física que permitia a plena expressão dos seus direitos de personalidade. No entanto, com o avanço tecnológico que permitiu a realização do trabalho remoto por meio do computador, este se tornou tanto uma ferramenta de trabalho quanto um mecanismo de controle, independentemente de qualquer norma.

Conforme explica Moreira (2010), a privacidade não se limita a englobar os aspectos mais íntimos e pessoais, mas supera-os na medida em que assentam sobre o próprio marco da relação de trabalho, englobando diversos outros aspectos. Assim, a privacidade pode ser definida como o direito a ter um âmbito de reserva inacessível no local de trabalho, à intimidade das relações com os seus companheiros de trabalho, à própria atividade sindical, às comunicações por qualquer meio, incluindo o e-mail e a internet, à recolha e tratamento de dados, à captação de imagens e sons, além de outros

requisitos, à realização de testes de saúde de determinadas doenças, testes genéticos, assim como à realização de testes para controle de consumo de álcool.

É preciso conciliar o direito à privacidade do teletrabalhador, que agora utiliza ferramentas tecnológicas, com o local de trabalho virtual que é sua própria residência. Esse conflito surge porque a residência sempre foi considerada uma zona de reserva, onde apenas pessoas selecionadas são permitidas a entrar.

### **3. MEDIDAS DE SEGURANÇA E PRIVACIDADE NO TELETRABALHO EM HOME OFFICE**

#### **3.1. Adoção de medidas de segurança e privacidade pelas empresas**

No Brasil, a legislação trabalhista não traz uma regulamentação específica sobre a privacidade no teletrabalho. No entanto, alguns dispositivos legais, como a CLT e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), podem ser aplicados para garantir a proteção da privacidade dos trabalhadores em home office.

De acordo com a CLT, o empregador é responsável pela adoção de medidas de segurança e proteção da dignidade do trabalhador, o que pode incluir a proteção da privacidade. Além disso, a LGPD estabelece regras para o tratamento de dados pessoais pelas empresas, inclusive no contexto do teletrabalho.

As implicações jurídicas para empresas e trabalhadores envolvem a responsabilidade da empresa em garantir a proteção da privacidade do trabalhador em home office. As empresas devem estabelecer políticas claras de privacidade e segurança, incluindo a utilização de ferramentas de monitoramento e coleta de dados pessoais. É importante que essas políticas respeitem os direitos do trabalhador à privacidade e à proteção de dados.

Além disso, as empresas devem fornecer equipamentos e treinamentos adequados para o trabalho remoto, de forma a garantir a segurança das informações confidenciais e pessoais. Também é importante que as empresas forneçam treinamento adequado aos trabalhadores sobre as políticas de privacidade e segurança, bem como sobre o uso adequado de ferramentas de monitoramento.

Os trabalhadores, por sua vez, devem seguir as políticas estabelecidas pelas empresas e garantir a proteção das informações confidenciais e pessoais. É importante que os trabalhadores estejam cientes de seus direitos à privacidade e à proteção de dados, e que exijam o cumprimento desses direitos pelas empresas.

Embora a legislação trabalhista brasileira não traga uma regulamentação específica sobre a privacidade no teletrabalho, as empresas e os trabalhadores devem seguir as regras estabelecidas pela CLT e pela LGPD para garantir a proteção da privacidade e dos dados

peçoais. As empresas devem estabelecer políticas claras e respeitar os direitos dos trabalhadores, enquanto os trabalhadores devem estar cientes de seus direitos e exigir o seu cumprimento.

### **3.2. Ferramentas de criptografia e regras claras para uso de dispositivos**

As empresas devem adotar práticas éticas que respeitem a privacidade dos trabalhadores, permitindo que os trabalhadores usem seus próprios dispositivos pessoais para o trabalho e garantam que as ferramentas de monitoramento sejam utilizadas de maneira controlada e apresentadas de forma explícita.

Em resumo, de acordo com (Drummond, 2020), as medidas de segurança e privacidade são fundamentais para garantir a proteção das informações confidenciais e pessoais dos trabalhadores em home office, mas é importante equilibrá-las com o direito dos trabalhadores à privacidade. As empresas devem adotar medidas proporcionais e transparentes e garantir que os trabalhadores sejam informados e respeitados.

Além disso, é importante que as empresas estabeleçam regras claras para o uso de dispositivos no teletrabalho. Essas regras devem definir as condições de uso dos equipamentos, tais como a instalação de softwares de segurança, a utilização de senhas fortes, o acesso somente a redes seguras, a proibição de compartilhamento de dispositivos, entre outras.

As empresas também podem adotar medidas de segurança, como a configuração de políticas de bloqueio automático de dispositivos após um período de inatividade, o monitoramento remoto dos dispositivos e a proibição do uso de dispositivos pessoais para o trabalho remoto.

Por fim, (Drummond, 2020) é importante que as empresas e os trabalhadores estejam sempre atualizados sobre as novas ameaças à segurança e privacidade dos dados no contexto do teletrabalho, e adotem medidas de proteção sempre que necessário, a utilização de ferramentas de criptografia e a definição de regras claras para o uso de dispositivos são fundamentais para garantir a segurança e privacidade dos dados no teletrabalho. As empresas devem adotar medidas de segurança e conscientizar os trabalhadores sobre a importância de proteger as informações confidenciais e pessoais no exercício do teletrabalho.

### **3.3. Impacto das medidas de segurança e privacidade no exercício do direito à privacidade pelos trabalhadores em home office**

A violação da dignidade nas relações laborais, na maioria das vezes, ocorre em razão do empregador extrapolar o seu poder empregatício, valendo-se da vulnerabilidade econômica dos empregados, os quais necessitam permanecer no emprego para manter a subsistência e, por conta disso, acabam se submetendo a condições indignas e lesivas aos seus direitos fundamentais (DACHERI, 2019).

A ofensa aos direitos de personalidade é decorrência do abuso do poder diretivo por parte do empregador. Ainda que o artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho garanta ao empregador a prerrogativa de dirigir a prestação do serviço (BRASIL, 1943), tal normativa não o autoriza a ultrapassar os limites, que são determinados pelos direitos fundamentais e humanos (REIS, 2019).

No entanto, essas medidas também podem impactar o exercício do direito à privacidade pelos trabalhadores em home office. Por exemplo, o uso de softwares de monitoramento pode ser necessário para garantir a produtividade dos trabalhadores, mas pode gerar desconfiança e ansiedade entre eles. Da mesma forma, a utilização de dispositivos de segurança, como firewalls e VPNs, pode impedir o acesso a certos conteúdos na internet ou limitar o uso de dispositivos pessoais, como smartphones.

Além disso, a coleta de dados pessoais pode ser uma preocupação em relação à privacidade dos trabalhadores em home office. É importante que as empresas expliquem claramente quais dados estão sendo coletados, como serão utilizados e quem terá acesso a eles. Os trabalhadores devem ter o direito de acessar, corrigir e excluir seus dados pessoais.

Para minimizar esses impactos, as empresas devem implementar medidas de segurança e privacidade que sejam proporcionais às necessidades do trabalho e que respeitem os direitos dos trabalhadores à privacidade. As políticas de segurança e privacidade devem ser claras e transparentes, e devem ser comunicadas claramente aos trabalhadores.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na atual era da informação, em que os meios tecnológicos são cada vez mais necessários para a execução do trabalho, o teletrabalho em regime de home office coloca em risco o direito fundamental à privacidade. Ao ocupar o mesmo espaço físico do ambiente doméstico, onde não há uma clara distinção entre hora de trabalho e hora de descanso, torna-se difícil para o empregador estabelecer limites ao seu poder diretivo sem invadir a intimidade e a vida privada do teletrabalhador.

Embora o artigo 2º da CLT conceda ao empregador a prerrogativa de dirigir a prestação do serviço, tal poder não deve ultrapassar os limites estabelecidos pelos direitos

fundamentais. A utilização das novas Tecnologias de Informação e Comunicação como meio de controle, sem limites prévios, potencializa ainda mais os riscos à privacidade do trabalhador, especialmente em um contexto no qual a flexibilidade e a liberdade são preconizadas.

Assim, é necessário fixar limites ao poder diretivo do empregador, uma vez que ele é quem conduz a atividade econômica e estabelece as condições e obrigações da relação jurídica. Embora os meios tecnológicos tragam inúmeras vantagens para a relação de trabalho, sua aplicação deve ser regulada para evitar o parcial desaparecimento de direitos fundamentais como a privacidade, liberdade e dignidade dos trabalhadores.

No entanto, o uso não autorizado ou não transparente de dados pessoais pode levar a consequências negativas, como o aumento do risco de fraudes, violações de privacidade e discriminação. É importante que os indivíduos tenham controle sobre seus dados pessoais e saibam como eles estão sendo usados pelas empresas.

Além disso, é necessário que as empresas sigam as regulamentações e melhores práticas de proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia. Essas leis estabelecem regras claras sobre a coleta, o uso e o armazenamento de dados pessoais, além de preverem penalidades para as empresas que as descumprirem.

Contudo, diante do progresso tecnológico, é evidente o descompasso na elaboração de instrumentos jurídicos que abordam essa nova realidade, sendo inaceitável que o uso das novas tecnologias pelo empregador anule os direitos fundamentais de personalidade do trabalhador. Os diversos ramos do direito, em especial o laboral, não têm acompanhado a velocidade das mudanças sociais, culturais e tecnológicas, o que também afeta as relações de trabalho, incluindo a modalidade de teletrabalho em home office.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, têm como objetivo garantir o mínimo de civilidade nos direitos sociais dos cidadãos e trabalhadores. Portanto, todas as relações privadas, incluindo as relações jurídicas trabalhistas, com ênfase no teletrabalho em home office, devem ser pautadas pelo respeito e aplicação dos direitos fundamentais, independentemente dos avanços tecnológicos, ferramentas de trabalho ou modalidade de trabalho.

Os avanços tecnológicos e a mudança de perspectivas e valores da sociedade, em todas as relações, sejam elas comerciais, sociais ou laborais, não permitem uma resposta de imediato, seja do legislador ou do ordenamento jurídico infraconstitucional, devendo buscar proteção irremediavelmente nos direitos fundamentais, em especial no princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLO, Clara Lacerda. **A proteção de dados do trabalhador: o Direito do Trabalho constitucionalizado e seu diálogo com o direito à privacidade.** *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, Brasília, v. 15, p. 255-264, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/22429>.

ALCASSA, Flávia. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a exposição de dados sensíveis nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, Brasília, v. 24, n. 02, p. 145-151, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/419>. Acesso em 24 abr. 2023.

ALCASSA, Flávia. O papel da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) nas relações de trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 31, n. 375, p. 58-65, set. 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/147021>

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

Cesar; ESTRELA, Catarina Galvão. Consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pelo empregador: análise da subordinação jurídica, da higidez da manifestação de vontade e da vulnerabilidade do trabalhador no contexto da LGPD. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, v. 30, n. 375, p. 25-40, set. 2020. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/media/465144/Bibliografia%20atualizada%20LGPD%20-%20abril%202021%20v3.pdf>

DACHERI, Emanuelli. Direito à privacidade do trabalhador. In: GOLDSCHMIDT, Rodrigo (Org.). **Direitos da personalidade do trabalhador.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p.117-135. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/8928>

DRUMMOND, Marcilio. **Segurança da Informação e proteção de dados no home office: o guia**, JUSBRASIL, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/seguranca-da-informacao-e-protecao-de-dados-no-home-office-o-guia/802688576>

**Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/114020.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114020.htm).

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Direito da personalidade do trabalhador: aproximações conceituais e tentativa de conformação de um microsistema trabalhista. *In*: GOLDSCHMIDT, Rodrigo (Org.). **Direitos da personalidade do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 1-36. Disponível em:

[https://lumenjuris.com.br/DynamicItems/Catalog/1b9b7be3-de03-4616-8f18-7449dbca96c2Direitos\\_da\\_Personalidade\\_do\\_Trabalhador\\_W65.pdf](https://lumenjuris.com.br/DynamicItems/Catalog/1b9b7be3-de03-4616-8f18-7449dbca96c2Direitos_da_Personalidade_do_Trabalhador_W65.pdf)

LIMA FILHO, José Sarto Fulgêncio de; BRASIL, Ana Larissa da Silva. O conceito legal de teletrabalho e suas repercussões nos direitos do empregado. **Revista Juris UniToledo**. v. 4, n. 1, p. 111-126. Araçatuba, mar. 2019.

Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2881>

MATURO, Marcio R., Isabela C. **O teletrabalho com a reforma trabalhista e a pandemia**. Acesso em: 24/04/2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91581/o-teletrabalho-com-a-reforma-trabalhista-e-a-pandemia>

PAIXÃO, Tamiris Vilas Bôas da; SCHAEFER, Matheus Karl Schmidt. Covid-19 e teletrabalho: uma análise dos tempos de trabalho e de não trabalho. *In*: MELO, Ezilda; PRATA, Marcelo Rodrigues. Direito fundamental à precaução em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. (coords.) **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: JusPodivm, 2020.

PEGO, Rafael Foresti. Trabalho remoto e panóptico. **Revista LTr**, São Paulo, v. 83, n. 6, p. 678-685, jun. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/8928>

REBELO, Glória. **Teletrabalho e Privacidade**: contributos e desafios para o direito do trabalho. Lisboa: RH, 2004. Disponível em: <https://bibliografia.bnportugal.gov.pt/bnp/bnp.exe/registo?1308804>

REIS, Beatriz de Felipe. A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores na defesa dos direitos fundamentais de personalidade: os riscos e desafios à luz da nova LGPD. *In*: GOLDSCHMIDT, Rodrigo (Org.). **Direitos da personalidade do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 137-154. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/100526>

RODRIGUES, Luciano Ehlke. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade e os limites da intervenção do Estado. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 10, n. 97, p. 16-30, mar. 2021. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/186030>.

SCALZILLI, Roberta. **O direito à desconexão: uma análise crítica do instituto do teletrabalho brasileiro frente ao dano existencial como consequência da jornada excessiva de trabalho em tempos de pandemia.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. II, p. 643-664, Belo Horizonte, jul. 2020. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/56362>

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Guilherme Elias. **Teletrabalho: nova configuração de trabalho flexível e possíveis efeitos à subjetividade e saúde mental dos teletrabalhadores.** Revista Espaço Acadêmico. n. 209, p. 44-55. Maringá, out. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/44709/751375138432/>

Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região, **processo nº 0001609-74.2012.5.01.0024**, relator Leonardo Dias Borges, publicado em DOU 03/09/14

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração.** 16. SÃO PAULO: Atlas, 2016. Disponível em: Biblioteca Virtual Una

## **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: AS MODIFICAÇÕES ORIUNDAS DA LEI Nº 14.230/21 E SEUS REFLEXOS NA SEARA JUDICIAL**

**LUISA MARTINS VILARINHO MARINHO RAMOS:**  
Advogada. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela Faculdade Ademar Rosado. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho.

**RESUMO:** Inicialmente, destaca-se que a ação de improbidade possui base no art. 37, § 4º, da CF, dispositivo que delega à Lei 8.429/92 definir a forma e a graduação das penalidades advindas da respectiva ação. Em uma noção conceitual, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, tendo em vista que a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei. Neste ínterim, a ação em comento possui natureza cível, guardando independência em relação às esferas administrativa e penal. No tocante à superveniência da Lei nº 14.230/2021, foram profundas as modificações no regramento jurídico da improbidade, tendo estes impactos relevantes na seara judicial. Nesse contexto, o presente artigo tem como finalidade a análise dessas alterações na praxe jurídica, em um aspecto prático. O estudo pautou-se na análise da Constituição Federal, de diplomas legais, das jurisprudências pátrias dos Tribunais Superiores e da doutrina, em uma metodologia predominantemente bibliográfica.

**Palavras-chave:** Ação de Improbidade. Penalidades. Improbidade. Imoralidade. Natureza Cível. Independência entre as instâncias. Lei nº 14.230/21. Mudanças. Análise. Aspecto Judicial. Aspecto Prático.

**ABSTRACT:** Initially, it should be noted that the improbity action is based on art. 37, § 4, of the CF, a device that delegates to Law 8.429/92 to define the form and gradation of the penalties resulting from the respective action. In a conceptual sense, impropriety is broader than immorality, considering that damage to the principle of morality constitutes one of the hypotheses of acts of impropriety defined by law. In the meantime, the action under discussion has a civil nature, keeping independence from the administrative and criminal spheres. With regard to the supervenience of Law No. 14.230/2021, the changes in the legal rules of improbity were profound, with these having relevant impacts on the judicial area. In this context, this article aims to analyze these changes in legal practice, in a practical aspect. The study was based on the analysis of the Federal Constitution, legal diplomas, the national jurisprudence of the Superior Courts and the doctrine, in a predominantly bibliographical methodolog

**Keywords:** Improbity Action. Penalties. Misconduct. Immorality. Civil Nature. Independence between instances. Law No. 14.230/21. Changes. Analysis. Judicial Aspect. Practical Aspect.

## 1. INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa tem base na Constituição Federal que, em seu art. 37, § 4º, enumera algumas sanções a serem aplicadas pela prática de ato de improbidade e delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos ímprobos, assim como a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas:

Art. 37 (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.<sup>197</sup>

Dessa forma, a Lei 8.429/92, que regulamenta os atos de improbidade, relaciona um rol mais extenso de sanções, tendo em vista que aquele constante na Constituição Federal é um rol de sanções mínimas a serem aplicadas.

Destaca-se que a referida lei tem sua estrutura composta por quatro pontos principais: sujeitos, a tipologia da improbidade, as sanções e os procedimentos.

Nesse contexto, a Lei nº 14.230/2021 promoveu a maior reforma da Lei de Improbidade Administrativa desde que o diploma foi editado. Dentro dessas mudanças, as mais relevantes dizem respeito à supressão da modalidade culposa de improbidade administrativa, modificação das regras sobre prescrição e alteração de aspectos processuais.

Assim, questiona-se: como tais mudanças irão refletir no âmbito judicial, em relação aos processos futuros e pendentes?

Nesse contexto, o presente trabalho tem como foco central a análise das mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/21, no âmbito da improbidade administrativa, na praxe judicial, visando a responder essa indagação primordial. Para isso, faz-se um estudo normativo, jurisprudencial e doutrinário a respeito da temática.

Inicialmente, faz-se uma breve exposição acerca do conceito e natureza jurídica das sanções de improbidade.

Posteriormente, passa-se à análise da questão principal, a fim de responder à indagação em apreço, diante de um estudo da Constituição Federal de 1988, do posicionamento da doutrina, e do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>197</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 de agosto de 2023.

Nesse sentido, a análise do tema improbidade administrativa ganha relevância diante das relevantes mudanças legislativas e seus reflexos no campo prático e judicial.

## **2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES DE IMPROBIDADE**

A doutrina não é unânime quanto à precisa distinção entre o sentido de probidade e moralidade. De forma majoritária, pode-se afirmar que as duas expressões, enquanto princípios, são sinônimas, em razão do fato de se relacionarem com a ideia de honestidade na Administração Pública.

No entanto, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022), apesar de, como princípios, os da moralidade e probidade se confundirem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, tendo em vista que a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.

Nesse contexto, ressalta-se que a imoralidade se constitui como uma espécie de improbidade. O agente ímprobo violará concomitantemente o princípio da moralidade, contudo, nem todo ato de improbidade tipificado em lei corresponde a violação ao princípio da moralidade.

Quanto à natureza jurídica da ação de improbidade, afigura-se que é cível. Nessa toada, sobressai a independência entre as instâncias penal, administrativa e cível, o que permite que haja punição em todas essas esferas.

Logo, ao praticar um ato tipificado na Lei 8.429/92, o servidor estará sujeito, além das penalidades do referido diploma, às sanções administrativas e penais.

## **3. DOS ASPECTOS ESTRUTURAIS DA LEI Nº 8.429/92 E DAS RELEVANTES ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI Nº 14.230/21**

Primeiramente, destaca-se que a redação original da Lei 8.429/92 já previa uma precisa definição entre os sujeitos ativo e passivo, a tipologia da improbidade, as sanções e os procedimentos.

De forma geral e com base nas disposições legais, ato de improbidade administrativa consiste em um ato praticado por um agente público, de forma isolada ou em conjunto com um particular, e que gera enriquecimento ilícito, causa prejuízo ao erário ou atenta contra os princípios da Administração Pública.

Nesse contexto, a Lei nº 14.230/2021 inseriu o § 1º ao art. 1º da LIA trazendo uma definição de ato de improbidade administrativa:

Art. 1º (...) § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.<sup>198</sup>

Assim, atualmente, todos os atos de improbidade administrativa exigem dolo. Não há margem, na legislação, para esta espécie de ato administrativo ser praticado com culpa. Nesse sentido, destaca-se o novo art. 17-C, § 1º, também acrescentado pela Lei nº 14.230/2021 a revogação do art. 5º, que previa a modalidade culposa:

~~Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano. (REVOGADO)~~

:Art. 17-C (...) § 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.<sup>199</sup>

Ademais, outra importante novidade da Lei nº 14.230/21 ocorreu no campo da divergência interpretativa, nos moldes do § 8º do art. 1º que afirma que não há que se falar em improbidade se a conduta do agente público foi baseada em jurisprudência, ainda que posteriormente não tenha sido a que prevaleceu:

Art. 1º (...) § 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.<sup>200</sup>

Dessa forma, o legislador optou por eximir de responsabilidade àqueles atos praticados com dúvida razoável do que seja ato lícito ou ilícito.

Ainda no contexto das inovações, com o objetivo de ressaltar a gravidade dos atos praticados no campo da improbidade administrativa, a Lei nº 14.230/2021 acrescentou o §

---

198 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

199 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

200 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

4º ao art. 1º da LIA afirmando que a ele devem ser aplicados os princípios do direito administrativo sancionador, que muito se assemelham aos princípios do direito penal:

Art. 1º (...) § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.<sup>201</sup>

### **3.1 Da mudanças legais relativas à legitimidade e à assessoria jurídica e da consequente interpretação jurisprudencial**

A Lei nº 14.230/2021 incluiu o art. 17-B, § 5º na Lei nº 8.429/92 prevendo que somente o Ministério Público poderia negociar e celebrar acordo de não persecução cível com o investigado ou demandado:

Art. 17-B. § 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>202</sup>

Dessa forma, houve a supressão da legitimidade conferida anteriormente também à pessoa jurídica de direito público interessada.

No entanto, tal inovação não prevaleceu, tendo sido declarada inválida pelo STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, que firmou a tese de que os entes públicos que sofreram prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados, de forma concorrente com o Ministério Público, a propor ação e a celebrar acordo de não persecução civil em relação a esses atos.

Tal entendimento deriva do respeito aos vetores básicos da Administração Pública, consagrados no artigo 37 da Constituição Federal, além da melhor proteção ao patrimônio público.

No tocante à assessoria jurídica vinculada à defesa do agente público, A Lei nº 14.230/2021 inseriu o § 20 no art. 17 da Lei nº 8.429/92, com a seguinte redação:

---

201 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

202 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

Art. 17 (...)§ 20. A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado.<sup>203</sup>

No entanto, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, desse § 20 do art. 17 da Lei nº 8.429/92, para dizer que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”. Assim, como fundamento para tal, foi levantada a predestinação constitucional do órgão da advocacia pública, enquanto função essencial à justiça, relativa somente à representação judicial e extrajudicial dos entes públicos.

Nessa oportunidade, o STF afirmou a possibilidade de atuação do órgão da advocacia pública na defesa do agente público ímprobo de forma excepcional e desde que norma local assim disponha.

### **3.2 Das mudanças legais relativas à prescrição**

De início, com fundamento no Código Civil, percebe-se que a prescrição é a extinção da pretensão de buscar judicialmente a reparação do dano pelo decurso de prazo previsto em lei. Nesse sentido: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Os atos de improbidade administrativa, assim como ocorre com as infrações penais, também estão sujeitos a prazos prescricionais. Dessa forma, percebe-se que a prescrição dos atos de improbidade administrativa é tratada em um único dispositivo da Lei nº 8.429/92:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.<sup>204</sup>

Em análise ao referido dispositivo, percebe-se que houve alteração substancial pela Lei nº 14.230/2021. A nova redação unificou em 8 anos contados a partir da

---

203 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

204 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência, o prazo de prescrição para a ação de improbidade.

Em comparação ao regramento anterior, percebe-se que o termo inicial do prazo prescricional foi antecipado, como regra geral, para a data da ocorrência do fato, não importando mais quando ele se tornou conhecido das autoridades. Dessa forma, verifica-se que a mudança prestigia a segurança jurídica, pois torna a contagem do prazo prescricional mais segura, em consonância com a data do fato, não mais variando de acordo com a qualidade do sujeito ativo.

Ademais, ainda na seara da prescrição, o novo § 1º do art. 23 da LIA, inserido pela Lei nº 14.230/2021, afirma que a instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração de atos de improbidade administrativa suspende o curso do prazo prescricional:

Art. 23 (...) § 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>205</sup>

Destaca-se que se trata de efetiva inovação pois, antes da Lei nº 14.230/2021, o STJ possuía o entendimento consolidado no sentido de que a instauração do inquérito civil não tinha o condão de interromper ou mesmo suspender o curso do prazo prescricional. O argumento era justamente a falta de previsão legal:

(...) 2. O pedido de providências ao Ministério Público Federal, ou mesmo a instauração de inquérito civil, não ilidem a ocorrência da prescrição. Isso porque, ainda que a parte interessada tenha realizado diligências em busca da solução da lide, o curso do prazo prescricional somente é interrompido nas hipóteses legais e suspenso quando se verificar a pendência de um acontecimento que impossibilite o interessado de agir, o que não se verifica na hipótese dos autos. (...) (AgRg no REsp n. 1.384.087/RS, relator Ministro Mauro Campbell

---

<sup>205</sup> BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

Marques, Segunda Turma, julgado em 19/3/2015, DJe de 25/3/2015.)206

No tocante à prescrição intercorrente, a Lei nº 14.230/21 inseriu o § 8º do art. 23, da LIA, passando expressamente a prevê-la:

Art. 23 (...)§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.207

Assim, além da prescrição ordinária, deve-se atentar para o fato de a ação de improbidade dever ser definitivamente julgada dentro de determinado prazo. Caso seja ultrapassado esse prazo, haverá perda da pretensão punitiva por parte do Estado e consumação da prescrição intercorrente.

Na forma do § 5º do art. 23, esse prazo será de 4 anos e será analisado em cada um dos marcos temporais, havendo hipóteses de interrupção da prescrição:

§ 4º O prazo da prescrição referido no **caput** deste artigo interrompe-se: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - pela publicação da sentença condenatória; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

---

206 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.384.087/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. 19 de março de 2015.

207 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6º A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>208</sup>

#### **4. DOS REFLEXOS DAS MUDANÇAS LEGAIS NO CAMPO JUDICIAL**

As alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 provocaram importantes mudanças no campo judicial, tanto para os processos em curso, como para aqueles casos em que ainda não houve formalização processual. Nesse sentido, dispôs o STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1912569 - AL (2020/0337696-2) DESPACHO Vistos, etc. Trata-se, na origem, de ação de improbidade administrativa. A Lei n. 14.230/2021 trouxe mudanças significativas procedimentais e materiais sobre a matéria. Entre essas alterações, o legislador destacou a natureza sancionatória da Lei de Improbidade, o que pode impactar de maneira imediata os processos em curso, notadamente as alterações referentes à legitimidade, às condutas, às sanções e à prescrição. Assim, seria prematuro decidir o presente recurso sem ouvir as partes e o Ministério Público Federal, como fiscal da ordem jurídica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sobre o caso em questão. Ademais, o art. 10 do CPC/2015 impõe a oitiva prévia dos interessados para que se evite a decisão surpresa sobre a eventual aplicação do referido marco legislativo. Ante o exposto, determino a intimação das partes no prazo comum de 15 (quinze) dias úteis para se manifestarem sobre o impacto da Lei

---

208 BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

n. 14.230/2021 para o caso pendente de julgamento. Após o prazo, com ou sem manifestação das partes, dê-se vista ao Ministério Público Federal para emissão de parecer como fiscal da ordem jurídica se já não for o legitimado ativo da ação de improbidade. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 24 de novembro de 2021. Ministro OG FERNANDES Relator.209

Em debate mais específico das presentes questões, o STF firmou teses impactantes em sede de repercussão geral:

Após o início do voto do Relator, o julgamento foi suspenso. Falaram: pela recorrente, o Dr. Francisco Zardo; pelo amicus curiae Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado; pelo amicus curiae Ministério Público do Estado de Goiás, a Dra. Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, Promotora de Justiça do Estado; pelo amicus curiae Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pelo amicus curiae Associação Brasileira de Municípios - ABM, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin; pelo amicus curiae Frente Nacional de Prefeitos - FNP, o Dr. Saul Tourinho Leal; pelo amicus curiae Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Fabiano Dallazen, Promotor de Justiça do Estado; pelo amicus curiae Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, o Dr. Vicente Martins Prata Braga; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 3.8.2022. Decisão: Em continuidade de julgamento, após o voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, propondo a fixação da seguinte tese (tema 1.199 da repercussão geral): "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) **A norma benéfica da Lei 14.230/2021** - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é

---

209 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp: 1912569 AL 2020/0337696-2. Relator: Ministro Og Fernandes. 24 de novembro de 2021.

**IRRETROATIVA**, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, **não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;** 3) Aplicam-se os princípios **da não ultra-atividade e tempus regit actum** aos atos de improbidade administrativa culposos praticados **na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado**, em virtude de sua revogação expressa pela Lei 14.230/2021; devendo o juízo competente analisar eventual má-fé ou dolo eventual por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 **é IRRETROATIVO**, em respeito ao ato jurídico perfeito e em observância aos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa”; e do voto do Ministro André Mendonça, que dava provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, propondo a fixação das seguintes teses de repercussão geral: “I) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, **aplicam-se aos processos em curso e aos fatos ainda não processados;** II) diante da proteção constitucional **à coisa julgada**, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/2015; III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; IV) o novo prazo de prescrição geral tem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, devendo ser computado, contudo, o decurso do tempo já transcorrido durante a vigência da norma anterior, estando o novo prazo limitado ao tempo restante do lustro pretérito, quando mais reduzido em relação ao novo regramento”, o

juízo foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 4.8.2022. Decisão: Após o Ministro André Mendonça ter feito esclarecimentos sobre o quarto tópico constante da parte final de seu voto, concluindo sua parte dispositiva no sentido de dar provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário e, no mérito, dar-lhe provimento, propondo a fixação das seguintes teses de repercussão geral (tema 1.199): "I) **as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021** em relação ao elemento subjetivo apto a configurar o ato de improbidade administrativa, inclusive na modalidade do artigo 10 da LIA, aplicam-se **aos processos em curso e aos fatos ainda não processados**; II) diante da proteção constitucional **à coisa julgada**, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, a aplicação da referida tese, quando cabível, aos processos já transitados em julgado, dependerá do manejo da respectiva ação rescisória, nos termos do art. 525, §§ 12 a 15, do CPC/2015; III) as alterações promovidas pela Lei 14.230/2021 em relação aos novos prazos de prescrição intercorrente aplicam-se de maneira imediata, inclusive aos processos em curso e aos fatos ainda não processados, tendo como termo inicial, nestes casos, a data de entrada em vigor da inovação legislativa; IV) o novo prazo de prescrição geral, previsto no caput do artigo 23 da Lei 8.429/1992, alterado pela Lei 14.230/2021, tem aplicação imediata, inclusive quanto a fatos pretéritos. Contudo, se a prescrição do direito de ação já havia se iniciado quando do advento da alteração promovida pela Lei 14.230/2021, aplica-se o princípio da ultratividade da norma anterior, ou seja, prevalece o prazo prescricional de cinco anos já em curso"; do voto do Ministro Nunes Marques, que conhecia do recurso extraordinário com agravo e dava-lhe provimento, para subsequentemente dar provimento ao correspondente recurso extraordinário, a fim de que o acórdão recorrido seja reformado, extinguindo-se a ação formalizada contra a recorrente, por atipicidade da conduta culposa e pela prescrição intercorrente da pretensão; do voto do Ministro Edson Fachin, que reconhecia a natureza civil da improbidade administrativa, não depreendia forma de aplicar a irretroatividade das suas alterações de forma parcial, entendendo, assim, que a irretroatividade deve ser total, e, quanto ao exame do caso concreto, pela incidência do Enunciado 897, dava provimento ao recurso extraordinário, divergindo do Ministro Alexandre de

Moraes (Relator) apenas quanto a um trecho do item 3 da tese proposta; do voto do Ministro Roberto Barroso, que dava provimento ao recurso extraordinário e acompanhava a tese de repercussão geral proposta pelo Relator apenas no tocante aos itens 1, 3 e 4, mas, quanto ao item 2, acompanhava o voto do Ministro Edson Fachin, entendendo que a lei nova não retroage, seja na questão que envolve culpa, seja na situação que envolve prescrição; e do voto do Ministro Dias Toffoli, entendendo aplicáveis os dispositivos previstos na Lei nº 14.230/21 aos processos futuros, aos que ainda estão em curso e às execuções das penas, assim como aos demais incidentes dos atos de improbidade culposos, adotando as mesmas premissas e a mesma lógica com relação aos prazos de prescrição geral e intercorrente mais benéficos ao réu, e, no caso concreto, dava provimento ao recurso extraordinário, absolvendo a ré, deixando de se manifestar, por ora, sobre a tese de repercussão geral, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.8.2022. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.199 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, e, por maioria, o Tribunal acompanhou os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), vencidos, parcialmente e nos termos de seus respectivos votos, os Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Na sequência, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação

expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei". Redigirá o acórdão o Relator. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 18.8.2022.210

Em análise à decisão, percebe-se que há diferentes desfechos em relação à aplicação ou não das mudanças implementadas na Lei nº 8.429, a depender do momento processual da lide e se há ou não a formalização processual da questão.

Primeiramente, como explicitado anteriormente, *a partir a Lei nº 14.230/2021 (26/10/2021), deixou de existir, no ordenamento jurídico, a tipificação para atos culposos de improbidade administrativa.*

*No entanto, de acordo com as teses firmadas, tal mudança não retroage para absolver pessoas que já tenham sido condenadas com trânsito em julgado, nem para surtir efeitos durante o processo de execução das penas e seus incidentes.*

*Como se depreende do posicionamento do STF, a regra no ordenamento jurídico é a irretroatividade das leis e preservação dos atos jurídicos perfeitos, em prestígio ao princípio "tempus regit actum". Nesse sentido, há preceito fundamental na Constituição Federal:*

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: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;<sup>211</sup>

Dentro dessa seara, desfecho diverso ocorre quando o processo ainda não tiver transitado em julgado, mas estiver em curso, ocasião em que o juízo competente não poderá mais manter a condenação por ato culposo de improbidade administrativa. Nesse caso, para subsistir eventual condenação, deverá ser apurado eventual dolo na conduta do agente, não sendo a absolvição automática.

---

210 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 843989. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 18 de agosto de 2022.

211 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 de agosto de 2023.

Nesse contexto, satisfaz-se preceito fundamental de acesso à justiça, contido na Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;<sup>212</sup>

Por fim, conclusão diferente ocorre quando não há processo judicial em curso, estando em tramitação apenas eventual sindicância. Nesse caso, com as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, não há viabilidade na propositura da ação de improbidade com base em inciso expressamente revogado com a nova redação legal, tendo em vista que o STF frisou a necessária tipicidade para a configuração do ato de improbidade.

No que tange à prescrição, o Poder Judiciário, na análise dos processos em curso, cujos atos foram praticados na vigência do texto original da Lei nº 8.429/92, deve seguir o regime prescricional revogado, tendo em vista que o STF firmou a tese de que o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/21 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei, qual seja, 26/10/2021.

## **5. CONCLUSÃO**

Buscou-se, nesta pesquisa, abordar acerca dos reflexos da Lei nº 14.230/21 na seara prática e judicial.

A revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa é irretroativa, em virtude do art. 5º, XXXVI, da CF, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada, bem como durante o processo de execução da pena e seus incidentes.

Nesse contexto, de forma diversa é a conclusão sobre o tema em relação à atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, sendo dever do juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.

---

<sup>212</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 de agosto de 2023.

Em relação à fase anterior ao processo judicial, em sede de investigação ou sindicância, é necessário analisar se subsiste a tipicidade da conduta sob a égide da Lei nº 14.230/2021.

Por fim, o novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/21 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais somente a partir da publicação da lei.

Conclui-se que o tema é bastante delicado, tendo em vista as recentes alterações legais e o regramento intertemporal estabelecido pelo STF em sede de repercussão geral, com visões diversas no que tange à apuração de conduta dolosa, bem como do prazo prescricional aplicável. Dessa forma, nota-se que, na prática, poderão vir a surgir diversos conflitos jurídicos na aplicação da lei, tendo em vista as nuances do caso concreto, bem como as particularidades da conduta do agente ímprobo.

Assim, recomenda-se ampla pesquisa de como as supracitadas alterações e teses fixadas em repercussão geral serão aplicadas em processos judiciais, com o objetivo de ganhar maior familiaridade com o tema, que se mostra bastante complexo, considerando especificidades de cada conduta analisada, levando em conta o regramento jurídico anterior e posterior e as respectivas regras de irretroatividade ou não retroatividade.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 23 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan.2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1992.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 843989. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 18 d agosto de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.384.087/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. 19 de março de 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp: 1912569 AL 2020/0337696-2. Relator: Ministro Og Fernandes. 24 de novembro de 2021.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Juspodivam, 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **As mudanças promovidas pela Lei 14.230/2021 no elemento subjetivo e na prescrição da improbidade administrativa retroagem?**

Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/38840678620308ead98d8632df3d6d4>>. Acesso em: 23/08/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Pessoa jurídica interessada continua com legitimidade para propor ação de improbidade e para celebrar acordo; não existe obrigatoriedade de a assessoria jurídica fazer a defesa do agente público acusado de improbidade.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ff6a45350791d8eeadcf9666c7848835>>. Acesso em: 23/08/2023

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Juspodivam, 2022.

## POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE ADI NO TJ E NO STF: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

**RAFAELA GALVÃO RIBEIRO DE ARAÚJO**

**RESUMO:** Este trabalho objetiva analisar a interface entre o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito estadual e no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando as ações tiverem como objeto a lei estadual, bem como as consequências jurídicas da tramitação simultânea. Para isso, através da metodologia da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, será feita uma análise da jurisprudência dos tribunais, com foco especial no Supremo Tribunal Federal, sobre o tema em questão. A combinação dessas duas fontes, doutrina e jurisprudência, fornecerá os pressupostos essenciais para o trabalho, permitindo alcançar a conclusão desejada. Ao fim, foi possível perceber que é possível a tramitação simultânea de ações de declaração de inconstitucionalidade no STF e no Tribunal de Justiça local. Isso ocorre devido à dupla fiscalização das leis estaduais, que devem estar em conformidade com as Constituições Federal e Estadual. A doutrina chama esse processo de *simultaneus processus*. A suspensão do processo no Tribunal de Justiça local, em regra, é necessária até o julgamento da ação pelo STF, e o resultado determinará o destino da ADI estadual.

**Palavras-chave:** controle concentrado de constitucionalidade; lei estadual; Supremo Tribunal Federal; tribunal de justiça.

### INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade trata-se de um mecanismo por meio do qual se busca controlar os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Lei Maior (LENZA, 2018, p. 253).

Para que o referido controle exista, efetivamente, mostra-se imprescindível que a Constituição seja rígida, ou seja, que possua um processo de alteração mais dificultoso, mais árduo e mais solene que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais.

A rigidez da Constituição materializa a ideia de um escalonamento normativo, de modo que a Lei Maior passa a ocupar grau máximo, tornando-se norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

O vício de inconstitucionalidade pode ocorrer por conduta negativa ou positiva do poder público. O vício negativo trata-se de uma omissão, e o positivo, de uma atitude, que pode ocasionar um defeito de ordem material ou formal.

A inconstitucionalidade material, chamada pela doutrina de inconstitucionalidade

nomoestática, trata-se de uma imperfeição quanto à matéria, ao conteúdo e à substância da norma. Já a inconstitucionalidade formal decorre da afronta ao devido processo legislativo de formação do ato normativo, e é conceituada como inconstitucionalidade nomodinâmica.

Baseando-se na doutrina de Canotilho (2003, p. 259), a inconstitucionalidade formal divide-se em orgânica, propriamente dita e por violação aos pressupostos objetivos do ato. A primeira trata-se da inobservância da competência legislativa para elaboração do ato. A segunda decorre da inobservância do devido processo legislativo e pode ser subjetiva, quando violadas as regras de iniciativa, ou objetiva, quando violadas as demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Por fim, a última diz respeito à inobservância dos pressupostos constitucionalmente considerados como elementos determinantes de competência dos órgãos legislativos em relação a certas matérias.

Há doutrina que menciona, ainda, uma terceira espécie de inconstitucionalidade, denominada de “vício por decoro parlamentar”. Pedro Lenza (2018, p. 272) conceitua a modalidade nas seguintes palavras:

*Como se sabe e foi publicado em jornais, revistas, etc., muito se falou em um esquema de compra de votos, denominado “mensalão”, para votar de acordo com o governo ou em certo sentido”.*

*[...]*

*O grande questionamento que se faz, contudo é se uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das emendas constitucionais a ensejar o reconhecimento da sua inconstitucionalidade.*

*Entendemos que sim, e, no caso, trata-se de vício por decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 55, §1º, “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos como regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”.*

Assim, observa-se que, por não se enquadrar com exatidão na categoria de inconstitucionalidade material e formal, assiste razão ao doutrinador ao criar uma terceira classificação de vício normativo.

## 1. Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é a ação de controle concentrado que almeja expurgar do sistema jurídico a lei ou o ato normativo material ou formalmente viciado. Referido controle é realizado em tese, ou seja, de forma abstrata, sendo marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração.

Nos termos do art. 102, I, "a", da Constituição Federal de 1988, o objeto da ADI consistirá em lei ou ato normativo federal ou estadual, de modo que, segundo o comando constitucional, competirá precipuamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento dessas ações, já que é papel da Suprema Corte garantir a autoridade da norma constitucional em todo o país.

A ação deve ser proposta por um dos legitimados do art. 103 da Constituição Federal, que, por sua vez, deverá indicar na petição inicial o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado, bem como os fundamentos jurídicos do pedido, em relação a cada uma das impugnações, e os pedidos com suas especificações. Nesse sentido estabelece os dispositivos da Lei nº 9.868/1999, que trata do processamento da ADI.

De acordo com o art. 24 da Lei nº 9.868/1999, a ação possui caráter dúplice ou ambivalente, já que "proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória". Portanto, é possível concluir que a procedência de uma implica a improcedência da outra (LENZA, 2018, p. 400).

Quanto à sua repercussão no mundo jurídico, pode-se dizer que a ação de controle concentrado produzir efeitos contra todos, isto é, *erga omnes*, e também possuirá efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, já que retira do ordenamento o ato normativo ou a lei incompatível com a Constituição Federal.

Em que pese o ato normativo ser tratado, em regra, como um ato nulo, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999 prevê a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, inspirado-se no direito alemão e português.

Desse modo, a lei ou o ato normativo é declarado inconstitucional, entretanto, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

## 2.0 controle de constitucionalidade no âmbito estadual

Apesar de competir ao STF garantir a autoridade da norma constitucional no país, nada impede a existência de controle concentrado de constitucionalidade nos Estados Membros. Assim, nos termos do art. 125, §2º, da Constituição Federal de 1988, cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Sobre o assunto, explica Gilmar Mendes (2017, p. 1462):

*O texto constitucional de 1988 contemplou expressamente a questão relativa ao controle abstrato de normas no âmbito estadual e municipal em face da respectiva Constituição, consagrando no art. 125, § 2º, que compete “ao Estado a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.*

*Todas as Constituições estaduais, sem exceção, disciplinaram o instituto com maior ou menor legitimação.*

*Algumas unidades federadas não se limitaram, porém, a consagrar o controle abstrato de normas dos atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual, instituindo, igualmente, a ação direta por omissão.*

O controle abstrato estadual terá por objeto, exclusivamente, as leis ou atos normativos estaduais ou municipais, o que permite tecer as seguintes conclusões, conforme preleciona Pedro Lenza (2018, p. 463):

*Pode-se afirmar, assim, que o TJ local nunca julgará, em controle concentrado e abstrato, lei federal. Ou, em outras palavras, as leis federais só poderão ser objeto de controle abstrato perante o STF. Ou, ainda, o STF não julgará em ADI lei municipal perante a CF (só por meio de ADPF, como visto, ou, excepcionalmente, nas hipóteses de RE de normas de reprodução obrigatória.*

Ademais, pode-se afirmar que somente o Tribunal de Justiça local será o órgão competente para julgar o controle de constitucionalidade abstrato estadual, exercendo, assim, competência originária, conforme dispõe o art. 125, §2º, da Constituição Federal.

O referido dispositivo constitucional, apesar de não ter especificado os legitimados - como o faz o art. 103 em relação ao controle de constitucionalidade federal -, proibiu a legitimação para agir a um único órgão. Assim, é possível perceber que cabe às Constituições Estaduais a delimitação da regra, e, como se trata de manifestação do poder constituinte derivado decorrente, deve-se respeitar a simetria com os legitimados listados pela Constituição Federal. Nada impede, entretanto, que haja uma ampliação do rol de legitimados originalmente previsto para a ADI federal.

### **3. Objeto da ADI e possibilidade de coexistência de tramitação no STF e no Tribunal de Justiça**

Nos termos do art. 25, *caput*, da Constituição Federal, os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e pelas leis que adotarem, observados os princípios da Constituição Federal. Conforme preleciona Pedro Lenza (2018, p. 466), referido dispositivo consagra a manifestação do poder constituinte derivado decorrente, que assegura aos Estados a capacidade de auto-organização.

O poder constituinte derivado decorrente, por sua vez, não é ilimitado, de modo que existem normas centrais na Constituição Federal que devem ser, necessariamente, absorvidas, implícita ou explicitamente, pela Constituição Estadual. Portanto, inquestionavelmente, há normas de reprodução obrigatória que afetam a liberdade criadora do poder constituinte estadual e acentuam o caráter derivado desse poder.

Por existirem normas de reprodução obrigatória, a lei estadual poderá ser objeto de controle concentrado tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Tribunal de Justiça local, estando sujeita, portanto, a uma dupla fiscalização. Por isso, podem ocorrer situações em que as ações tramitem de forma simultânea no STF e no Tribunal de Justiça local. De acordo com a doutrina, referida situação é chamada de *simultaneus processus*.

Conforme manifestação do STF, havendo a simultaneidade de tramitação dos processos, o ideal é que haja uma suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local, aguardando o resultado do controle federal, já que o STF é o intérprete máximo da Constituição Federal.

Nessa situação, caso o STF declare inconstitucional a lei estadual, a ADI estadual perderá o seu objeto e a lei não produzirá mais seus efeitos no referido Estado. Caso o STF declare constitucional a lei estadual perante a Constituição Federal, o Tribunal de Justiça estará autorizado a prosseguir no julgamento da ADI da lei estadual diante da Constituição Estadual, pois, perante a Constituição Estadual, a referida lei poderá ser incompatível, no entanto, o fundamento deverá ser diverso.

Por outro lado, caso a ADI em âmbito estadual não seja suspensa, decidiu o STF que

o julgamento da primeira ação, de âmbito estadual, somente prejudica o da segunda, no âmbito do STF, se preenchidas duas condições cumulativas: se a decisão do Tribunal de Justiça for pela procedência da ação; e se a inconstitucionalidade for por incompatibilidade com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal. Caso o parâmetro do controle de constitucionalidade tenha correspondência na Constituição Federal, subsiste a jurisdição do STF para o controle abstrato de constitucionalidade.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que é possível haver a tramitação simultânea de ações direta de inconstitucionalidade tanto no STF, quanto no Tribunal de Justiça local, já que a lei estadual submete-se à dupla fiscalização, devendo observar os parâmetros da Constituição Federal e da Constituição Estadual.

Concluiu-se também que a tramitação simultânea é chamada pela doutrina de *simultaneus processus* e que, ocorrendo o fenômeno jurídico, é necessário que haja a suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Após o julgamento da ação perante o STF, a ADI estadual perderá seu objeto ou terá prosseguimento, dependendo do resultado da Suprema Corte.

Ademais, a declaração de inconstitucionalidade prévia pelo Tribunal de Justiça só causa prejudicialidade em relação a ADI federal quando a decisão da Corte local for pela procedência da ação e quando a declaração de inconstitucionalidade estiver relacionada com preceito da Constituição do Estado sem correspondência na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 35<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Coexistência de ADI no TJ e ADI no STF**, sendo a ADI estadual julgada primeiro. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/fc1f073fe91403f00d2219185fdea79b>. Acesso em: 11 maio 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 17<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm,

2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO SOBRINHO, Paulo Sérgio. **Controle de constitucionalidade, questões estruturais e legitimidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI: 2820**. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/04/2006, Data de Publicação: DJ 03/05/2006 PP-00006.

## **O AVANÇO DA TECNOLOGIA E DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE CRIMES VIRTUAIS.**

**EMILI VITÓRIA DOS SANTOS DA SILVA:**  
Graduanda em Direito pela Universidade Brasil -  
Fernandópolis - SP

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo pretende discorrer sobre o impacto das novas tecnologias na sociedade globalizada, no que tange a intensificação dos delitos. A nova realidade tecnológica trouxe novos paradigmas ao legislador brasileiro, que deve se moldar para atender os anseios e garantir uma política criminal assecuratória aos direitos humanos. Nessa perspectiva, buscou-se compreender os principais problemas envolvendo a criminalidade no mundo virtual, os delitos correlacionados e a jurisprudência correlata.

**Palavras-chave:** Dignidade Sexual. Cibercrime. Tecnologias.

**ABSTRACT:** This study intends to discuss the impact of new technologies on globalized society, with regard to the intensification of crimes. The new technological reality has brought new paradigms to the Brazilian legislator, which must be molded to meet the expectations and guarantee a criminal policy that guarantees human rights. From this perspective, we sought to understand the main problems involving crime in the virtual world, related crimes and related jurisprudence.

**Keywords:** Sexual Dignity. Cybercrime. Technologies.

### **1 INTRODUÇÃO**

Neste momento, a sociedade tem vivenciado um constante processo tecnológico que também tem produzido influxos na seara criminal. O aumento com as preocupações globais oriundas da disseminação de um novo estilo de vida, com facilidades, antes imagináveis, reflete-se em uma expansão do direito penal, como mero custo inevitável. Dessa forma, preocupa-se o modo que a sociedade, e sobretudo o ordenamento jurídico brasileiro, se posiciona ante as inovações decorrentes, de forma que a proteção desses interesses não sobressaia a interesses sociais fundamentais, como as garantias de humanidade, conquistadas desde as revoluções iluministas. Assim, é crucial entender o contexto da inserção das tecnologias no meio social, e os impactos decorrentes.

A sociedade contemporânea, fortemente influenciada pelo processo de globalização, é altamente integrada, e sua perspectiva está totalmente ligada as tecnologias. Neste cenário, ocorreu a popularização em massa da internet, sobretudo com o advento da banda larga e dos dispositivos móveis, e consequente crescimento das redes sociais, em que o compartilhamento de dados pessoais é quase uma necessidade humana, sendo que a esfera da privacidade ocupa segundo plano. Um efeito colateral negativo do compartilhamento desenfreado de dados é a exposição a maior vulnerabilidade do indivíduo, sobretudo no que diz respeito as técnicas da denominada Engenharia Social, aumentando os riscos de que ocorra o uso indevido destes dados, inclusive por criminosos digitais, também conhecidos como criminosos cibernéticos.

Uma tendência observada dos aplicativos e redes sociais atuais indica que, quanto mais divertidos forem, mais exigirão dados pessoais dos usuários em troca. O objetivo é combinar, manipular e até mesmo vender os dados, como forma de financiar o serviço prestado. Empresas como Facebook e Google já fariam isto com as informações dos seus usuários. As técnicas de Engenharia Social buscam desviar as pessoas da racionalidade. Deste modo, os criminosos cibernéticos ganham a confiança dos indivíduos para obter, por exemplo, suas senhas bancárias ou outras informações confidenciais e sigilosas. (PERIN, 2016).

Além disso, muito preocupa-se a proliferação de delitos como bullying, chantagem, calúnia, assédio, intimidação, extorsão, plágios, pornografia infantil, terrorismo e discriminação. Nesse sentido insurge questionamentos acerca da liberdade de expressão e quais seus limites. De acordo com a Lei 5.250, de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, "é livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer". Nesta seara, o anonimato gera sensação de impunidade ao criminoso, que crê cegamente que não será responsabilizado por utilizar-se de um perfil falso.

O uso desmedido do universo virtual pelas pessoas traz à tona não apenas a questão do comportamento, mas também situações mais preocupantes como a exposição à pornografia, a divulgação indevida da imagem e dados pessoais, a divulgação de boatos, bem como a pedofilia e o uso da Internet para incitar a violência.

Nessa perspectiva, com o aumento qualitativo e quantitativo da criminalidade, divulgado a exaustão pelos meios de comunicação de massa, a sociedade tem reclamado por uma postura mais firme do estado, com a pretensão que, por meio do direito penal, forneça respostas. Vive-se a denominada Sociedade de risco, na linha do sociólogo Ulrich Beck.

Nessa perspectiva, insurge a necessidade de estudar as legislações atinentes ao tema. O direito brasileiro está em constante evolução, e deve modificar paradigmas para melhor abarcar as transformações da sociedade. Nessa perspectiva, os crimes cometidos em âmbito do universo virtual, típicos da sociedade pós-moderna, são preocupações relativamente recentes, e trazem consigo e o déficit em torno do sistema jurídico brasileiro e principalmente do Código Penal envolvendo a culpabilidade das condutas ilícitas praticadas no ambiente virtual, além da ineficiência da Lei nº 12.737/12.

Dessa forma, torna-se necessário adentrar na legislação brasileira, compreendendo a gama de proteção existente, e se é necessária para o contexto, e quais esforços são necessários para superar tais entraves.

## **2 - MUDANÇA DE PARADIGMA: INSERÇÃO DA INTERNET NA SOCIEDADE**

De tempos em tempos a sociedade passa por transformações que modificam o jeito de viver e trazem facilidades as populações, mas que inevitavelmente traz consigo efeitos colaterais inevitáveis. Por exemplo, a Revolução Industrial, processo de grandes transformações sociais e econômicas que começou na Inglaterra no século XVIII, sendo de crucial importância, vez que os produtos deixaram de ser manufaturados e passaram a ser maquinados, o permitiu uma produção em massa, permitindo assim colocar mais e mais produtos no mercado e a preços muito mais atrativos. Por outro lado, entretanto, teve interface negativa no que tange a objetificação do ser humano, como mero instrumento de trabalho, além dos impactos ambientais degradantes. Algo análogo aconteceu com a internet, que provocou profundas alterações na sociedade, encurtando distâncias, proporcionando conhecimentos e facilidades, mas que se tornou, pelo mau uso, instrumento de prática de delitos.

Conforme evolui o conhecimento humano, juntamente a sociedade tem a seu dispor ferramentas que facilitam sua vida. A capacidade intelectual humana faz com que as ciências tomem importante papel, melhorando a forma como os homens interagem e permitindo que se aproveite melhor os recursos, dentre eles o tempo. Exemplificativamente, regressemos 50 anos na história e a ciência era incapaz de prever catástrofes climáticas com a precisão que hoje trazem os satélites; regressemos 30 anos e exames como a tomografia eram inconcebíveis, levando doentes a diagnósticos tardios ou imprecisos; regressemos 5 anos e tecnologias sem fio eram perspectivas ideais. (SYDOW, 2009).

A concepção de uma rede interligada foi concebida, inicialmente, como decorrência das diferenças ideológicas e políticas entre as nações. Em 1957, os Estados Unidos e a União Soviética protagonizavam a Guerra Fria, um embate em termos ideológicos, econômicos, políticos, militares e, é claro, tecnológicos. Devido ao conflito, os Estados

Unidos estavam interessados em encontrar uma maneira de proteger suas informações e comunicações no caso de um ataque nuclear soviético. As inovações que tentaram resolver esse problema levaram ao que conhecemos hoje como Internet. Acerca desse fato, pontua-se:

A Internet foi criada nos anos 60 nos EUA, como um projeto militar que buscava estabelecer um sistema de informações descentralizado e independente de Washington, para que a comunicação entre os cientistas e engenheiros militares resistisse a um eventual ataque à capital americana durante a Guerra Fria. (ALMEIDA, 1998).

Após a ameaça da Guerra Fria, a Universidade da Califórnia herdou da força militar um computador, o qual passou a permitir que essa universidade se interligasse, via backbone<sup>3</sup>, com a Universidade da Califórnia de Santa Bárbara, a Universidade de Utah e o Instituto de Pesquisa de Stanford, criando assim um grupo de trabalho que autodenominaram de *Network Working Group* – NWG. Esse grupo, posteriormente, se interligou aos computadores das agências governamentais e militares norte-americanas, incluindo a NASA, aos do Reino Unido e aos da Noruega. Tudo isso só foi possível por causa do lançamento da principal atividade desenvolvida na comunidade virtual ARPANET, o correio eletrônico (ROSSINI, 2004, p. 26).

Rapidamente outros locais começaram a ver as vantagens das comunicações eletrônicas. Muitos desses locais começaram então a encontrar formas de ligar as suas redes privadas à *ARPANet*. Isso levou a necessidade de ligar computadores que eram fundamentalmente diferentes entre si. Nos anos 70, a ARPA desenvolveu uma série de regras chamadas protocolos, que ajudaram a que está comunicação fosse estabelecida. (REMOALDO, 1995).

Dessa forma, a internet popularizou-se cada vez mais, sendo cada vez mais abrangente e necessária a ordem do coletivo. O que era através da internet discada começou a ser utilizada a banda larga e conexão através do celular através da criação da rede 3G (e hoje a criação da rede 4G), hoje em dia a internet acabou virando uma necessidade diária tanto para o uso empresarial, quanto para o uso doméstico. Pontua-se:

A Internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando assim, um intercâmbio de informações sem precedente na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento.

E, na mesma linha:

A Internet é vista como um meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro e permite o acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda distância de lugar e tempo. (PAESANI, 2000, p. 25).

No Brasil, a internet surgiu em 1988, quando o Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC), no Rio de Janeiro, conseguiu acesso à *Bitnet*, 12 através de uma conexão de 9600 bits por segundo estabelecida com a Universidade de Maryland (HISTÓRICO DA INTERNET, 2016). Sendo assim, se passaram dois meses e a Fundação de Amparo à Pesquisa do estado de São Paulo se conectou a *Bitnet*. Após várias universidades começaram a se conectar também. Uma das universidades que se destacou foi a Universidade Federal do Rio de Janeiro. A internet, no Brasil, foi progredindo a passos lentos. Somente no final do ano de 1994 o governo brasileiro, que até o momento não tinha investido na internet, anunciou, juntamente com o Ministério de Ciência e Tecnologia e do Ministério das Comunicações, a intenção de fazer um investimento nessa tecnologia, porque esta apresentava um crescimento muito importante fora do país, e no Brasil estava estagnada sem objetivos maiores. O primeiro passo para a exploração comercial da internet ficou de responsabilidade da Embratel (ORÇAMENTO..., 2012).

Participaram do comitê membros do Ministério das Comunicações e do Ministério de Ciência e Tecnologia, representantes de provedores e prestadores de serviços ligados à internet e representantes de usuários e da comunidade acadêmica. Mesmo com todos esses procedimentos de criar regras, comitês de análises e com a internet pedindo passagem no Brasil, o processo continuou lento por todo o ano de 1995. Um dos maiores problemas foi que a Embratel e o Ministério das Comunicações dificultaram as iniciativas das empresas privadas, o que começou a gerar revolta nas empresas privadas, o que fez com que o andamento do processo fosse tomando rumo certo, e não demorou muito. Questão de um ano (1996) melhorou os serviços prestados pela Embratel, e com o crescimento natural do mercado, a internet no Brasil crescia tanto em número de usuários quanto de provedores e de serviços prestados através da rede de computadores (HISTÓRICO DA INTERNET, 2016).

Um fato que marcou o avanço da internet no Brasil foi o lançamento de uma música do cantor e compositor Gilberto Gil, mais precisamente no dia 14 de dezembro de 1996, em que o mesmo cantou uma versão acústica da música ao vivo (HISTÓRICO DA INTERNET, 2016).

Dessa forma a quebra de paradigma é evidente. Antes as opções de propagar a imagem de uma marca eram mais reduzidas, por exemplo: jornais, revistas, rádio e

televisão, algo que até os dias de hoje têm um custo maior comparado à mídia internet, pois em muitos casos a internet pode até ser praticamente gratuita. Hoje é possível se dirigir a um público específico que desejamos atingir com ferramentas do Google, tais como o *Google Ads*, é possível divulgar produtos e serviços para o país inteiro e ainda mais, para o mundo inteiro. O contato dos vendedores com o consumidor final antes era limitado e um tipo de divulgação custava dinheiro ou muita criatividade, as vendas de porta em porta eram frustrantes para muitos vendedores e precisavam de muita habilidade interpessoal, ou seja, era necessário muito esforço para uma quantidade pequena dos consumidores que podia ser atingida. (SCHACHTER Steven, De porta em Porta, 2002).

Em 2021, o número de domicílios com acesso à internet no Brasil chegou a 90,0%, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Em termos absolutos, são 65,6 milhões de domicílios conectados, 5,8 milhões a mais do que em 2019. A Pesquisa tem como objetivo principal o levantamento de informações conjunturais sobre as tendências e flutuações da força de trabalho brasileira. Esses dados demonstram o impacto que os meios tecnológicos têm na vida das pessoas. Nessa perspectiva, todos os fatos sociais perpassam pela tecnologia, trazendo problemas a ser decorridos nos próximos tópicos.

### **3- CRIMES CIBERNÉTICOS**

Com a intensificação dos meios de comunicação de massa, a informática tornou-se campo de estudo autônomo e imprescindível para o cidadão, pressuposto para se situar no mundo, perpassando até pelas atividades cotidianas mais banais. Nessa perspectiva, a tecnologia tornou-se verdadeira aliada para a compreensão do mundo, auxiliando a criação de gráficos e tabelas, no pagamento de constas, conversas com amigos a distância, dentre outras possibilidades. Conquanto o desenvolvimento obtido, grandes desenvolvimentos trazem consigo novas responsabilidades e novos riscos.

A tecnologia fez com que prescindíssemos de uma boa gama de elementos materiais, levando, pois, a uma ruptura de valores da sociedade e à criação de outros. Conjuntamente à praticidade trazida pela tecnologia, vieram também os sacrifícios a ela aliados. O ser humano aumentou seu tempo sozinho, relacionando-se e comunicando-se virtualmente, precipuamente diante de uma tela. A presença física (átomos) foi substituída pela "presença virtual", em que computadores se comunicam, sob administração de seus usuários. Protegidos pelas telas, pessoas físicas passam a representar usuários anônimos num universo virtual sem fronteiras. Bens compostos por bits, também, passam a existir e ser atingidos, graças às novas tecnologias. Segredos industriais, direitos autorais, dinheiro, bancos de dados entre tantos outros valores passam a existir na forma imaterial. Como resposta à Revolução Digital, mostrou-se o ambiente eletrônico permeado por falhas e constantemente sujeito a ataques por conta de brechas de programação, falhas de segurança, técnicas de sobrepujamento, engenhosidade social e até mesmo inventividade

de sujeitos por vezes mal-intencionados, por vezes simplesmente visando superar desafios. (SYDOW, 2009).

Restou a sociedade tecnológica atribuir significação a novos bens jurídicos, ou ressignificar os então existentes, por meio de legislações de combate as práticas criminosas no âmbito virtual. No entanto, os delitos informáticos, por serem recentes, ainda permanecem atrás de um véu de incompreensão.

As legislações ainda não avançaram no trato do tema em relação as novas práticas, que aparecem numa velocidade superior. O Brasil, apesar de não ser um país com maior aparato tecnológico do mundo, é um dos que mais ocorre ataques cibernéticos. Curioso notar que apesar de o Brasil ser pouco desenvolvido no tocante à popularização informática, os dez grupos de crackers mais ativos do mundo estão aqui, demonstrando que nosso país possui um avançadíssimo potencial para o ciberdelito. Some-se a isso o fato de que em 2002, o Brasil figurou como o 2º país do mundo<sup>213</sup> vítima de ataques cibernéticos, somente atrás dos EUA. (SYDOW, 2009).

Nesse contexto de maior insegurança digital, e na falta de uma legislação que ampare toda a complexidade dos fatos decorrentes, insurge a criminalidade digital. Nesta seara, o cibercrime:

Embora o conceito seja antigo, o termo “cibercrime” surgiu somente no final da década de 90, em uma reunião do G-8 que se destinava à discussão do combate a práticas ilícitas na internet de forma punitiva e preventiva. Desde então, o termo passou a ser usado para designar infrações penais praticadas online. (D'URSO, 2017).

Entretanto, a progressiva mutação tecnológica dificulta o combate a esses crimes, que estão em constante alinhamento com as novas tecnologias. Assim, com o uso incontido e indiscriminado da internet, alguns indivíduos com conhecimento em informática passaram a se aprimorar e utilizar esses conhecimentos roubar informações criptografadas, como já havia sendo feito há muito tempo, para obter proveito econômico ou ainda, por mera diversão. (JESUS e MILAGRE, 2016).

---

213 “Brasileiros lideram Ranking Mundial de Hackers” - artigo disponível no site:

[http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020823\\_hackerscg.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/020823_hackerscg.shtml) Acesso em 14.08.08 às 18:14hs. Também em “Brasil lidera ranking de ataques a contas bancárias por hackers” em

<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=15343&sid=18>. Acesso em 24.05.23 às 12:20hs

Os crimes cibernéticos ocorrem em ciberespaços, que são locais de não são de fácil definição, e autores diversos se esmeram na tentativa da conceituação. Na definição de Gibson:

Uma alucinação consensual vivida diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças aprendendo altos conceitos matemáticos... Uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de dados de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz abrangendo o não-espaco da mente; nebulosas e constelações infundáveis de dados. Como marés de luzes da cidade. (GIBSON, 2003, p.67).

Para Silvana Drumond Monteiro:

Ciberespaço é definido como um mundo virtual porque está em presente potência, é um espaço desterritorializante. Esse mundo não é palpável, mas existe de outra forma, outra realidade. O ciberespaço existe em um local indefinido, desconhecido, cheio de devires e possibilidades. Não podemos, sequer, afirmar que o ciberespaço está presente em nossos computadores, tampouco nas redes, afinal onde fica o ciberespaço? Para onde vai todo esse "mundo" quando desligamos nossos computadores? É esse caráter fluido do ciberespaço que o torna virtual. (MONTEIRO; 2004).

Diante a ausência de uma legislação específica que abordasse a temática, cabe ao ordenamento penal vigente julgar aquele que comete crime cibernético. De acordo com uma pesquisa desenvolvida pelo site *Safernet*, entre os principais crimes cibernéticos, estão: pirataria, pornografia infantil, calunia, difamação, injúria, estelionato, entre outros (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

Os crimes virtuais impróprios mais recorrentes do mundo digital são velhos conhecidos dos ordenamentos jurídicos, tais como crimes contra a honra, discriminação, ameaça, fraude, falsidade ideológica entre outros, sendo que, agora, existem mais ocorrências dos mesmos. No caso da internet a possibilidade do anonimato estimula o descumprimento de regras, pois gera maior certeza de impunidade (PINHEIRO, 2014).

Já dentro dos crimes virtuais próprios, segundo o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Segurança do Brasil (cert.br), que atende as redes brasileiras conectadas à internet, foram registradas, no Brasil, no ano de 2016, mais de 647.112 notificações de incidentes de segurança a envolvendo redes conectadas à internet. Dessas notificações, as maiores ocorrências, de 59,33%, corresponderam ao chamado "scan", classificados como

notificações de varreduras em redes de computadores, com o intuito de identificar quais computadores estão ativos e quais serviços estão sendo disponibilizados por eles, permitindo associar possíveis vulnerabilidades aos serviços habilitados em um computador (CERT.COM, 2016).

#### **4- LEGISLAÇÃO APLICADA**

A partir do momento que a criminologia percebeu que a internet se tornou um novo foco de criminalidade, foi necessária a criação de teorias para definir os crimes virtuais, bem como entender por qual razão eles ocorrem (JAISHANKAR, 2007).

Nesse contexto, o direito penal é o instrumento de controle social mais eficaz, embora seja considerado a última ratio, para fornecer respostas as circunstâncias lesivas a bens jurídicos, tutelados dada a sua importância, como é a segurança digital, pois consegue lesionar interesses sociais de forma muito mais imponente e ágil. Para Leal (2004, p. 39): “o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que definem as condutas humanas consideradas criminosas (tipos penais) e cominam aos infratores uma sanção específica (pena ou medida de segurança)”. Nessa seara, o crime é alvo de todo enfoque da ciência jurídica, e seu conceito deve se adaptar as novas realidades, promover a defesa dos direitos e interesses mais relevantes socialmente. Para Damásio de Jesus (2014, p. 45), “o fato social que se mostra contrário à norma de Direito forja o ilícito jurídico [...]. Contra a prática desses fatos, o Estado estabelece sanções, procurando tornar invioláveis os bens que protege”.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 347):

A parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é delito em geral, isto é, quais são as características que devem ter qualquer delito. Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto.

O artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto Lei nº 3.914/1941) , por sua vez, define delito como:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 2018).

A doutrina mais atual valora o crime pelo viés da teoria tripartida, Bruno (2005, p. 177), que entende o crime como “uma ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade, donde o conceito analítico do crime como ação típica, antijurídica e culpável”. Segundo Motta (2009, p. 17-19):

O conceito analítico define o delito como uma conduta típica, ilícita (antijurídica) e culpável. Assim, o crime exige necessariamente a presença de três elementos: tipicidade, ilicitude (antijuridicidade) e culpabilidade, sendo que o posterior pressupõe lógica e necessariamente o anterior.

Nessa perspectiva, é crucial entender o crime ocorrido na esfera digital, pois preenche todos os critérios de materialidade para se enquadrar como delito. No Código penal vigente não há nenhum artigo específico para enquadramento típico de alguém que cometeu um delito por meio do computador. Cabe assim, o enquadramento típico por meio de analogia a outros delitos já existentes, e de acordo com a carga axiológica já construída dentro da linhagem histórica do direito penal. Pontua-se:

Comportamentos informáticos (com o auxílio de hardware ou software) são ou deveriam ser objeto de legislação penal e não as técnicas ou armas usadas pelo comportamento. Como enunciado, necessita-se sim analisar se as técnicas empregadas estão ou não contidas no comportamento. No Brasil, há mais de 12 anos, busca-se desenfreadamente legislar sobre crimes digitais, de forma errônea e inconsequente. Os primeiros legisladores buscavam punir técnicas ou armas, como visto, um erro, pois as técnicas, artefatos e as armas cibernéticas se modificam. Posteriormente, passaram a definir dezenas de comportamentos, uns até mesmo que coincidiam com outros, gerando uma redundância criminal. Em um terceiro estágio, onde fora possível a aprovação das Leis de Crimes Informáticos, objeto do presente livro (Leis n. 12.735/2012 e n. 12.737/2012), chegou-se ao acordo de dar relevância penal apenas a comportamentos considerados intoleráveis ou recorrentes na sociedade. Comportamentos (ou condutas) são relacionados a potenciais crimes próprios, onde a informática é o bem jurídico agredido. Logicamente, não se enumera os comportamentos que ofendem outros bens jurídicos, e que podem ser realizados por intermédio da informática, como, por exemplo, encartados nos delitos de pornografia infantil, contrafação, pirataria de software, a ameaça, a injúria, dentre outros. Para estes, o Código Penal é suficientemente claro. (QUEIROZ,2021).

Segundo Antônio Chaves, cibernética é a “ciência geral dos sistemas informantes e, em particular, dos sistemas de informação” (CHAVES, Antônio apud SILVA, Rita de Cássia Lopes. Direito Penal e Sistema Informático, p. 19). Os crimes cibernéticos podem ser cometidos de diversas formas, se entrelaçando com os delitos já existentes, e aprimorando-os. Dessa forma, o espaço digital surgiu como facilitador para o cometimento de delitos, verdadeiro instrumento, que se mal utilizado, acarreta na violação de diversos direitos. Acerca disso, Rodrigo Guimarães Colares nos ensina que:

Crime contra a segurança nacional, preconceito, discriminação de raça-cor e etnias, pedofilia, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações de informática, lavagem de dinheiro e pirataria de software, calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação de direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, incitação ao crime, apologia ao crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados em sistema de informações, falso testemunho, exercício arbitrário das próprias razões e jogo de azar (2002, p. 02).

Didaticamente, os crimes virtuais podem ser classificados em próprios e impróprios. Os primeiros, segundo Marco Túlio Viana “são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados)” (VIANA, 2003 apud CARNEIRO, 2012). Aliando a esse entendimento Damásio de Jesus preceitua:

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. (DAMÁSIO, 2003 apud CARNEIRO, 2012, [n.p.]).

Ainda cabe citar o entendimento de Fabrício Rosa (2002 apud SCHMIDT, 2014, [n.p.]), acerca da conceituação do crime de informática:

A conduta atente contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma, compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja, ainda, na forma mais rudimentar; 2. O ‘Crime de Informática’ é todo aquele procedimento que atenta contra os dados, que faz na forma em que

estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão; 3. Assim, o 'Crime de Informática' pressupõe dois elementos indissolúveis: contra os dados que estejam preparados às operações do computador e, também, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los; 4. A expressão crimes de informática, entendida como tal, é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão; 5. Nos crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentado contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, [entre outros].

Já os denominados impróprios são aqueles realizados com a utilização do computador, ou seja, através da máquina que é utilizada como instrumento para realização de condutas ilícitas que atingem todo o bem jurídico. (QUEIROS, 2021). Damásio E. de Jesus. *In verbis*:

Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não-computacionais ou diversos da informática. (DAMÁSIO, 2003 apud CARNEIRO, 2012).

Por derradeiro, é cabível dizer que os crimes cibernéticos são considerados de natureza formal, isso é, se consumam no momento de sua prática, independente da ocorrência de resultado naturalístico. O jurista Vicente de Paula Rodrigues Magglio (2013, online) classificou os crimes cibernéticos:

Trata-se de crime comum (aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa), plurissubsistente (costuma se realizar por meio de vários atos), comissivo (decorre de uma atividade positiva do agente: "invadir", "instalar") e, excepcionalmente, comissivo por omissão (quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes – art. 13, § 2º, do CP), de forma vinculada (somente pode ser cometido pelos meios de execução descritos no tipo penal) ou de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio de execução), conforme o caso, formal (se consuma sem a produção do resultado naturalístico, embora ele possa ocorrer), instantâneo (a consumação não se

prolonga no tempo), monossubjetivo (pode ser praticado por um único agente), simples (atinge um único bem jurídico, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da vítima).

Dessa forma, avalia-se que, apesar da mudança de paradigma proveniente das inserções das tecnologias e dos meios de comunicação de massa, a legislação não se desenvolveu na mesma medida, valendo-se de velhos preceitos para resolver questões novas. É fato que a internet trouxe alterações nas relações sociais, e sobretudo na forma de se cometer crimes, sendo um facilitador. Por isso, emerge-se a necessidade de legislações que abarque toda a complexidade decorrente. Nessa perspectiva, é importante estudar os principais delitos cometidos na rede mundial de computadores, a fim de propiciar um conhecimento mais aprofundado sobre o tema.

#### **4.1 – CRIMES CONTRA A HONRA**

A honra é um valor ético-moral muito caro ao ser humano, verdadeira expressão de sua dignidade. Por isso é um direito tutelado com exaustão nas diversas legislações brasileiras, sendo, pelo Código Civil, congruente a disposição do artigo 20, tutelado como um direito da personalidade. Ainda, soma-se a importante proteção constitucional, conforme preceitua o art. 5º, inciso X, da Constituição da República, declarado como um direito fundamental. No direito penal, por sua vez, a proteção se volta nas tipificações do Capítulo V, do Título I, do Estatuto Repressivo nacional (os crimes contra a honra).

Dessa forma, a defesa da honra no ordenamento jurídico brasileiro cria uma ponderação de interesses com a previsão da liberdade de expressão, limitando a manifestações de conteúdos ofensivos, ainda que verdadeiros, ou de conteúdos falsos que denigrem a honra objetiva (o que terceiros pensa sobre o indivíduo) e subjetiva (o que o indivíduo pensa sobre si mesmo). Dessa forma, a liberdade discursiva perpassa pela consciência de não ofensa a valores constitucionalmente protegidos, não sendo ilimitada.

Os direitos fundamentais surgiram com o liberalismo, sendo posteriormente transpostos para as constituições de alguns países. Podem ser de dois tipos: direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais. Estes últimos necessitam da intervenção do estado para os concretizar dado que depende das possibilidades financeiras de cada estado. Por sua vez, os direitos fundamentais do primeiro tipo são inerentes à existência do homem, protegendo o cidadão mesmo em relação ao Estado. São normas de aplicação imediatas – é o exemplo do direito à vida, à liberdade de expressão, de informação e do direito a honra. (RAMOS, 2014, p.9)

Não obstante, a defesa da honra não se escora na proteção penal. Há casos que a tutela advinda do direito civil é justa e suficiente para sanar os efeitos negativos decorrentes. Pontua-se:

A régua com que se mede a esfera de incidência legítima do direito criminal é significativamente menor do que aquela que se presta a delinear os possíveis âmbitos de tutela do direito civil e isso é fundamental para se notar não só que a criação de determinadas proibições penais é injustificada, como também para chamar a atenção para o fato de que muitas vezes ali onde o sistema repressor do Estado não deve ser convidado a se imiscuir podem sobrar razões para se autorizar alguma espécie de atuação do direito privado.(BERNARDES, 2018).

Nesta seara, considerando a realidade de uma democracia, a qual o Brasil se insere, todo ser humano tem como garantia suprema a defesa de sua dignidade. Nas sociedades democráticas contemporâneas, por conseguinte, os indivíduos partilham um status moral igualitário – frise-se, todos são considerados como sujeitos de direitos e deveres equitativos –, o que levou a doutrina jurídica a entender que a honra é um desdobramento dessa condição humana fundamental. (BERNARDES, 2018, pag.33).

Assim, com o rompimento das barreiras geográficas e aproximação entre as pessoas, ainda que seja em uma realidade meramente digital, têm-se presenciado um aumento quantitativo e qualitativo da proliferação de crimes contra a honra. Em verdade, a internet é verdadeiro catalizador, que encoraja a pessoas ofender umas às outras, não se preocupando com os efeitos decorrentes, sobretudo no que tange acerca da saúde mental e depressão, que o destinatário de tanto ódio perpassa.

A cultura do cancelamento, de igual forma, se circunstância no linchamento virtual de uma pessoa por fato que desagradou a opinião pública. Tal fato está interligado a uma realidade do mundo digital, a busca pela fama. Com a disseminação das redes sociais, e o compartilhamento de informações a alta velocidade, as pessoas buscam se aparecer a todo custo. Dessa forma, a busca incansável pela fama, somado pela alta exposição a que se submetem, são fatores que colaboram para esse tipo de prática. André Dória, psicólogo psicanalista da Holiste Psiquiatria (Holiste excelência em saúde mental, matéria online, 2021), relata:

A psicanálise já nos ensinou que, muitas vezes, precisamos eleger um mestre imaginário para justamente poder destruir a relação com ele. Há uma forma de satisfação perversa nesse movimento: quando aquele, ou aquela, que elejo como referência não satisfaz às minhas projeções, eu elimino. Cancelo. Como as redes sociais são uma

profusão de ídolos para todos os ideais, trazem também a profusão do efeito reverso: o ódio pelo ideal frustrado.

Os discursos de cancelamento, nesta seara, versam contra valores inerentes na sociedade, como racismo, homofobia, intolerância religiosa etc. No entanto, se convertem, no mundo digital, para questões de aparência, relacionamentos e atitudes da vida íntima. Dessa forma, as pessoas acompanham personalidades pelas redes sociais e, de acordo com suas atitudes, criam expectativas, que quando frustradas se convertem em discursos de ódio.

Logo, o discurso de ódio espalhado nas redes sociais está conectado a uma maneira de satisfação maléfica que transforma a admiração em ódio. Quando os usuários das redes sociais tornam uma celebridade, criam expectativas e acreditam nos seus princípios e ideais, tornando-os uma espécie de representantes da geração cibernética. Contudo, nem sempre esses representantes vão ter condutas exemplares, podem errar como todos os seres humanos e, com isso, vem o sentimento de frustração dos seus seguidores e, devido a esta conduta, são julgados e penalizados pelo “tribunal da internet”, termo utilizado pelos indivíduos que utilizam as redes sociais.(LIMA, Maria. FREITAS, Cássia. SOUZA, Éverson 2021).

Acerca dos crimes contra a honra contidos no Código Penal, temos os mais relevantes e frequentes no mundo digital:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Exceção da verdade

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - Se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - Se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - Quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - No caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

Caluniar é, exatamente, imputar falsamente a alguém fato definido como crime. A difamação, por sua vez, se define como a imputação a alguém de fato não criminoso, porém ofensivo a sua reputação e, por fim, a injúria, diferente das outras condutas de “imputação”, determinada pela atribuição de qualidades negativas ou defeitos (NORONHA, apud CUNHA, 2014).

Arrematando o tema, o professor Rogério Sanches Cunha (2014) explica que na calúnia e na difamação tem-se a presença de uma conduta específica de imputar a alguém um fato concreto e ofensivo, necessariamente falso e definido como crime no caso da calúnia – requisitos não exigidos na difamação. A injúria, por sua vez, trata-se de uma imputação genérica, uma má qualidade, um defeito ou algo que menospreze a vítima. Nas duas primeiras, exige-se que a frase desonrosa chegue ao conhecimento de terceiro, o que é desnecessário para a última. (SOUZA, 2018, pag. 12).

Mais recentemente surgiu o cyberbullying que consiste no mesmo tipo de agressão, porém praticada por meios tecnológicos (eletrônicos, virtuais), ou seja, por intermédio de computadores ou outros recursos (exemplos: tablet, celular, smartwatch, redes sociais, aplicativos de comunicação etc.). Essas ofensas podem ser praticadas pelas formas mais variadas e, uma das principais características, é a rápida disseminação pela rede, ou seja, em pouco tempo são disponibilizadas em uma infinidade de sites, redes sociais, blogs e grupos do *Whatsapp*. Dificilmente a vítima consegue extirpar a informação de todos os locais aonde se encontra. (JORGE, 2021).

Assim, os crimes contra a honra merecem destaque no que tange ao mundo digital, porque muitas vezes é cometido por cidadãos comuns, que sequer consegue concretizar os efeitos do seu discurso de ódio. A internet não deve ser um escudo para a manifestações de opiniões ofensivas, perpassando pela barreira da impunidade.

Precisa-se, dessa forma, de esforços legislativos para abarcar a complexidade das questões atinentes. É preciso considerar, portanto, que a maior parte dos crimes cibernéticos sequer são investigados. Primeiro pela possibilidade de grande massa cometer instantaneamente, segundo pela facilidade de se esconder a identidade, por meio de perfis falsos e ocultação da verdadeira personalidade.

#### **4.2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

A nota basilar de que o direito penal deva abarcar conteúdos éticos-morais, é essencial para a ampliação da repressão e prevenção dos delitos contra a dignidade sexual. Afinal, essa referida dignidade não é uma preocupação relativamente nova, perpassando por toda a história da humanidade, sendo, em determinados períodos, tida como aceitável e manobra de poder, e em outros, já desvinculadas dessa objetificação, mas sem evoluir

plenamente, considerado crime contra os costumes. Acerca da figura feminina em crimes sexuais, no caminhar histórico da sociedade:

As mulheres estereotipadas como desonestas do ponto de vista da moral sexual, inclusive as menores e, em especial as prostitutas, não apenas não são consideradas vítimas, mas podem ser convertidas, com o auxílio das teses vitimo lógicas mais conservadoras, de vítima em acusadas ou rés num nível crescente de argumentação que inclui ter „consentido“, „gostado“ ou „tido prazer“, „provocado“, forjado o estupro ou „estuprado“ o pretense estuprador, especialmente se o autor não corresponder ao estereótipo de estuprador, pois, corresponde-lo, é condição fundamental para a condenação.(ANDRADE, 2005, p.1).

Apesar de ser incompreensível o modo como o legislador passado tratava a dignidade sexual, leva-se em consideração que a legislação penal que positivava a dignidade sexual fora promulgada numa sociedade patriarcal, na qual a mulher tinha um papel inferior. (QUEIROZ,2014).

A evolução e a conquistas de direitos se deu a passos lentos. No Código Penal de 1940, a moral sexual foi inserida no Título VI, os denominados “Crimes Contra os Costumes”, que visavam proteger a honra, a moralidade e ofensas públicas ao pudor. Tal nomenclatura, no entanto, reforçava todo o histórico de inferioridade e descaso acerca do tema. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 3), já não era bem aceita na época, pois “não correspondia aos bens jurídicos que pretendia tutelar, violando o princípio de que as rubricas devem expressar e identificar os bens jurídicos protegidos em seus diferentes preceitos”.

É importante destacar aqui que somente o homem, segundo o Código Penal de 1940, poderia ser sujeito ativo do delito de estupro, pois o que o configura o delito é a efetiva conjugação carnal, sob pena de configurar outro delito ou apenas tentativa, no entanto, não poderia o homem figurar como sujeito passivo do delito, haja vista que o tipo penal previa a vítima mulher. (QUEIROZ, 2014).

Para a sociedade brasileira mudar de posicionamento e tratar com o devido respeito à dignidade sexual, em especial da mulher, foram necessários anos e anos de muita luta, pois o que se busca, em todo ordenamento jurídico, é a evolução da sociedade pelo respeito dos princípios constitucionais, de modo específico, do princípio da dignidade da pessoa humana. (QUEIROZ, 2014). Nesse sentido, no contexto atual, foi necessária total mudança de paradigma, a fim o respeito da total integridade física do ser humano, sem amarras do preconceito. A Lei nº 11.106/05 traz mudanças importantes em questões dos

crimes sexuais, demonstrando a necessidade de a legislação evoluir em proporcionalidade com os valores sociais. Rogério Grego ensina:

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Em vez de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças. (GREGO, 2012, p.40).

Dessa forma, preservar a autonomia sexual é preservar a dignidade do ser humano, importante valor, que no contexto de um Estado Democrático de Direito, a qual o Brasil se insere, é de natureza inegociável. De acordo com Kant, a dignidade humana encontra-se na capacidade de autonomia, ou seja, no fato de o homem ser a única criatura capaz de se submeter livremente às leis morais, que são reconhecidas como oriundas da razão prática. (QUEIROZ, 2014). Maria Garcia (2010, p. 300) diz que:

A dignidade da pessoa humana tem como essência e base, portanto, a liberdade de dar-se uma lei a si mesmo (no sentido do imperativo categórico kantiano), pela vontade racional. Sendo a razão um atributo do humano – todo ser humano (que tenha a qualidade do humano) detém essa dignidade. Daí poder-se afirmar que a dignidade humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantia moral e juridicamente. [...] E reporta-se à formulação de G. Durig, em face da Constituição da Alemanha, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa.(GARCIA, 2010).

No que diz respeito aos crimes sexuais a dignidade pode ser compreendida:

[...] um sentido de conformidade entre duas grandezas próprias das relações sociais, que bem podem ser a pessoa humana, de um lado, e o respeito que lhe devem as demais, de outro. Daí ter-se como inadmissível a dúvida acerca de poder o profissional do sexo ser vítima dos crimes contra a dignidade sexual, por ter acaso perdido a dignidade; cuidando-se de atributo absoluto, que decorre da simples existência humana, essa qualidade acompanha necessariamente o sujeito, ainda que ele mantenha uma vida reprovável; por idêntica razão, o criminoso, por mais desfigurado socialmente que possa ser, mantém pelo menos esse mínimo de dignidade, que o faz merecedor

de reconhecimento pelos demais; em situação diversa, mas igualmente digno, é o alienado mental, incapaz de raciocinar e avaliar uma ofensa, mas também merecedor de respeito alheio.(MARCÃO E GENTIL, 2011, p.34).

Dessa forma, percebe-se como a dignidade sexual é um valor caro para a sociedade. No cenário contemporâneo, sobretudo no contexto digital, novas formas de violações a esse bem jurídico ascenderam, necessitando de ampla visibilidade para a superação dos entraves dispostos.

As principais legislações que versam sobre a matéria de crimes virtuais são: Lei 12.735 e a Lei 12.737, ambas de 2012, sendo está última popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann, visam tipificar as condutas praticadas por meios digitais; Lei 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da internet, visando regular o uso da internet no Brasil; Lei 13.718/18, que alterou o Código Penal e inseriu o artigo 218-C que tipifica a divulgação não consentida de conteúdo sexual; e, por fim, recentemente, a Lei 14.155/21, que aumentou as penas dos crimes praticados pelos meios virtuais.(SILVA, 2021, p.12)

As condutas realizadas através dos meios digitais e que versam sobre a dignidade sexual podem ser conhecidas como: *sexting* (sexo por mensagem de texto), *revenge porn* ou pornografia de vingança, sextorsão, estupro virtual, além da disseminação de pornografia infantil. (SILVA, 2021, p.12).

Em linhas gerais o *sexting* se adjectiva como sendo uma modalidade, onde pessoas plenamente capazes compartilham fotos de nudez, a princípio sem cometer nenhum delito. Entretanto, de tal prática, pode ocasionar lesões de difícil reparação ao bem jurídico dignidade sexual, com o vazamento de dados. É o caso da pornografia de vingança, ou também denominada *revenge porn*, que se traduz na divulgação de conteúdos íntimos sem autorização, como forma de atribuir castigo ou perseguir determinada pessoa.

Outra modalidade comum é a extorsão sexual, em que busca vantagem econômica em troca da não exposição de conteúdos sexuais do indivíduo. Está, por sua vez, não possui previsão legal específica, o que, via de consequência, gera uma insegurança jurídica no momento de punir a conduta. (SILVA, 2012, p. 12).

Nesse sentido, também é de relevância citar a pornografia infantil, que além dos valores de dignidade sexual entrelaça-se com os direitos da infância. Tanto é verdade que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi a primeira legislação brasileira a se adequar a esse novo modus operandi de práticas comumente realizadas no mundo fático, mas que passaram a se difundir também nos meios digitais, ligados ou não à rede. (SILVA, 2012, p. 52). Para isso, acrescentou e modificou diversos artigos através da Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008, visando a proteção integral da criança e do

adolescente por meio do aprimoramento e combate da produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet (BRASIL, 1990; BRASIL, 2008).

Em virtude do largo acesso aos meios digitais, crianças e adolescentes passaram a ser figuras constantes em sua utilização, seja para lazer e entretenimento, seja para buscar informação como forma de adquirir conhecimento, entretanto, a grande questão é que o conteúdo que pode chegar aos internautas não se limita àquilo efetivamente pesquisado, pois, facilmente, é possível o redirecionamento a sites com conteúdos maliciosos e material pornográfico e, uma vez que uma criança ou adolescente se depara com esse tipo de prática, graves consequências podem surgir no seu desenvolvimento psicológico e social (HAMADA; SANCHEZ, 2007, p. 10).

## 5. JUDICIALIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS

Os Tribunais Superiores, em decorrência das últimas transformações decorridas com a expansão dos meios tecnológicos, precisaram repensar acerca das práticas virtuais, a fim de mudar os paradigmas legislativos, para abarcar as novas modalidades advindas. Importante ressaltar que mesmo antes das legislações específicas sobre o tema, os Tribunais já caminhavam para o reconhecimento legal das práticas virtuais, de forma singular. O julgamento do Tribunal Regional Federal, da lavra do Desembargador Federal Tourinho Neto, datado de 06 de agosto de 2008, ou seja, muito antes, inclusive, da primeira legislação que trata sobre o tema, denota essa ideia:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. **CRIME POR COMPUTADOR. CRIME DE INFORMÁTICA COMUM.** TRANSFERÊNCIA FRAUDULENTA VIA INTERNET DE DINHEIRO PARA CONTA DO AGENTE OU DE LARANJA. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO. JUÍZO COMPETENTE. 1. **O crime de informática comum é aquele em que o agente se utiliza do sistema de informática, que não é essencial, como meio para perpetração de crime tipificado em lei penal.** 2. No crime de furto mediante fraude, o agente age arditosamente para capturar a senha, a fim de obter acesso ao banco. De posse da senha, pratica o furto, agindo, já agora, de forma adequada e normal para o computador, apresentando-se como se fosse o próprio cliente, usuário habilitado, ou se tivesse sido por ele autorizado, e, assim, opera a transferência de valores (CP, art. 155, § 4º, inciso II – furto qualificado). O computador não age por erro, pois, aceita a senha correta. Não é a vítima, na hipótese, quem transfere o dinheiro para o agente, nem

quem autoriza a transferência. O dinheiro é subtraído contra a vontade, expressa ou presumida, do cliente, a vítima. 3. Consumando-se o crime de furto com a subtração da coisa, momento em que é ela retirada da esfera de disponibilidade da vítima, sem seu consentimento - atente-se que a transferência do dinheiro da conta do correntista, vítima, para a do agente ou a do laranja, se deu imediatamente, instantaneamente -, a competência para processá-lo e julgá-lo é do juízo do lugar onde se deu a consumação, o do lugar, no caso, de onde o dinheiro foi subtraído, obedecendo-se a regra disposta no art. 70 do Código de Processo Penal. (TRF-1 - CC: 30092PA2008.01.00.030092-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 06/08/2008, SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: 25/08/2008 e-DJF1 p.289). (Grifo meu).

Além da punição penal, outras esferas do direito, buscando ampla integração, está reconhecendo a ilicitude de tais condutas, dispondo de punições. É o caso do direito civil, que já reconhece prestação pecuniária para reparar os efeitos das práticas, sobretudo no que tange a delitos como pornografia de vingança. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS – PRELIMINAR – DE OFÍCIO – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – **DIVULGAÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS – DANOS MORAIS INCONTESTES** – CULPA CONCORRENTE NÃO DEMONSTRADA – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – INDEFERIMENTO – GRATUIDADE DE JUÍZIÇA – COPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – BENEFÍCIO DEFERIDO – Considerando que a análise de parte da matéria devolvida não provocará nenhuma melhora prática em favor do recorrente, evidencia-se a falta de interesse recursal o que impõem o não conhecimento parcial do recurso. **Não comprovada a culpa concorrente, o valor fixado a título de indenização por danos morais não deve ser reduzido. No tocante ao valor a ser fixado a título de reparação pelos danos morais, este deve ser suficiente para servir de exemplo e condenação para a parte ré, sem, entretanto, se tornar fonte de enriquecimento para a parte autora, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida.** Comprovada a hipossuficiência de recursos, deve ser deferida a assistência judiciária gratuita. (TJ-MG – AC: 10499170017929001 MG, Relator: Juliana Campos Horta. Data do julgamento: 27/05/2020. Data de Publicação: 16/06/2020). (Grifo meu).

E na seara criminal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **ART. 218-C, DO CP. TRANSMISSÃO DE IMAGEM COM CENA DE NUDEZ E 33 PORNOGRAFIA SEM PERMISSÃO DA VÍTIMA, COM QUEM O AUTOR HAVIA MANTIDO RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO.** AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Comete o delito previsto no art. 218-C, do CP, aquele que transmite registro audiovisual contendo cena de nudez ou pornografia sem a permissão da vítima, com quem havia mantido relação íntima de afeto. 2. No caso, a própria confissão do acusado, aliada às provas, oral e documental, coligida aos autos, é suficiente para amparar a sentença condenatória. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 00001040820198070017 - Segredo de Justiça 0000104-08.2019.8.07.0017, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 23/07/2020, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no PJe: 04/08/2020. Pág: Sem Página Cadastrada). (Grifo meu).

APELAÇÃO CRIMINAL. **CRIMES DE ESTUPRO E ESTELIONATO (CONSUMADO E TENTADO).** (ART. 213, EM CONTINUIDADE DELITIVA, POR DUAS VEZES E ART. 171, EM CONTINUIDADE DELITIVA, POR DUAS VEZES; MAIS ART. 171 C/C ART. 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL, NA FORMA DO ART. 69, DO MESMO CODEX). APELANTE SENTENCIADO À PENA DEFINITIVA DE 18 ANOS, 01 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 30 DIAS-MULTA. PLEITOS ABSOLUTÓRIOS. COM ESPEQUE NO ART. 386, INCISOS I, II, III, V E VII DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. O conjunto fático-probatório é claro e não deixa qualquer sombra de dúvida acerca dos crimes cometidos contra as cinco vítimas [...] II. No que concerne a autoria dos crimes de estupro, os autos revelam que o acusado constrangeu e praticou sexo anal contra a vontade de uma das vítimas e constrangeu o outro ofendido a praticar atos libidinosos, por chamada de vídeo, para satisfação da sua própria lascívia, ambos através de ameaças de mal injusto e grave pela divulgação de fotos e vídeos das vítimas nuas a terceiros, obtidos mediante fraude pelo perfil falso "fake-Raphaela" e depois diretamente pelo perfil e contato pessoal do próprio réu. III. É preciso consignar que, em relação à falta de contato físico com a segunda vítima, na prática do crime de estupro virtual, de acordo com o novel entendimento consagrado pela 5ª Turma do STJ, no habeas corpus de nº 70.976, da

Relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik, "contemplanção lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos previstos nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido". [...] APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA (TJ-BA – APL: 03013921420188050079, Relator: Jefferson Alves de Assis, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma. Data de publicação: 21/08/2020). (Grifo meu).

**HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. QUALQUER ATO DE LIBIDINAGEM. CONTATO FÍSICO DIRETO. PRESCINDIBILIDADE. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA POR MEIO VIRTUAL. SUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA.** 1. É pacífica a compreensão, portanto, de que o estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado por esta Corte Nacional. 2. Doutrina e jurisprudência sustentam a prescindibilidade do contato físico direto do réu com a vítima, a fim de priorizar o nexo causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida. 3. No caso, ficou devidamente comprovado que o paciente agiu mediante nítido poder de controle psicológico sobre as outras 58 duas agentes, dado o vínculo afetivo entre eles estabelecido. Assim, as incitou à prática dos atos de estupro contra as infantas (uma de 3 meses de idade e outra de 2 anos e 11 meses de idade), com o envio das respectivas imagens via aplicativo virtual, as quais permitiram a referida contemplanção lasciva e a consequente adequação da conduta ao tipo do art. 217-A do Código Penal. 4. Ordem denegada. STJ – HC: 478310 PA 2018/0297641-8, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Data de Julgamento: 09/02/2021, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: DJe 18/02/2021). (Grifo meu).

Nesse sentido, percebe-se que a jurisprudência é forte aliada para o reconhecimento e alterações advindas das novas conjunturas sociais. Nesta seara torna-se imprescindível a atenção do legislador para o combate das novas práticas criminosas, ressignificando e dando nova roupagem as práticas então existentes, podendo fornecer assim, tratamento digno e adequado as vítimas.

A jurisprudência, nesse sentido, ocupa lugar imprescindível, pois o Direito não é capaz de acompanhar o ritmo frenético com que se desenvolve o mundo virtual, razão pela qual, em algum momento, haverá uma lacuna legislativa que deverá ser suprida sob a exegese da legislação disponível à época, de acordo com o caso concreto, buscando a

melhor e mais justa solução fazendo uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.(SILVA,2012, pag.58).

## 6. CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos trouxeram muitos benefícios a vida cotidiana das pessoas, em todo território nacional, encurtando distâncias, auxiliando nas atividades cotidianas e servindo de entretenimento e lazer. Todavia, trouxe novos desafios e responsabilidades, visto que o poder dos meios tecnológicos é alto, podendo trazer prejuízos de difícil reparação.

Nessa perspectiva, aos usuários da rede, ao revés, pois na mesma proporção e velocidade, surgem condutas ilícitas, denominados crimes virtuais, ou crimes cibernéticos, que tem influências que transcendem a realidade virtual, trazendo consequências no mundo naturalístico.

Os delitos concernentes a realidade virtual pode ser de diferentes ordens. O estudo de todas, entretanto, não se restringe ao objeto desse trabalho, que, por delimitações, esmerou-se a estudar os delitos contra a honra e os delitos contra a dignidade sexual.

São delitos contra a honra, entre outros, a calúnia, a difamação e a injúria. A calúnia, se circunstância na imputação negativa e mentirosa acerca de fato que constitui crime. Já a difamação, é a imputação de fato desonroso que não constitui crime. Por último, a injúria, se consuma na ofensa a dignidade ou decoro de uma pessoa. O meio tecnológico favorece a prática de tais delitos, gerando falsa sensação de impunidade, com a proliferação dos discursos e ódio e da cultura do cancelamento.

Já no que tange aos delitos contra a dignidade sexual, são os mais comuns, o *sexting*, a pornografia de vingança ou *revenge porn*, a sextorsão, o estupro virtual e a pornografia infantil. A legislação, nesta seara, desenvolve-se para abarcar de maneira cada vez mais completa e ágil, as transformações decorridas das mudanças de paradigmas sociais.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Revista sequência. Florianópolis, n. 50, p. 71-102, Julho, 2005.

BERNARDES, João Paulo de Castro. *Abisit inuria verbo: direito penal e proteção da honra.* São Paulo, 2018.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - **Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.** Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm#art2). Acesso em: 28 out. 2021.

CHAVES, Antônio apud SILVA, Rita de Cássia Lopes. **Direito Penal e Sistema Informático.** Disponível em: <http://schmidtadvogados.com/v/artigo5>. Acessado em: 02/06/2021.

CERT.BR. **Cartilha de Segurança para Internet.** Versão 3.1. Disponível em: <http://cartilha.cert.br/>.

D'URSO, **Luiz Augusto Filizzola.** **Cibercrime: perigo na internet.** Publicado em 2017. Disponível em . Acesso em 28 de Agosto de 2017.

GARCIA, Bruna Pinotti. **Ética na internet: um estudo da autodisciplina moral no ciberespaço e de seus reflexos jurídicos.** 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípedes de Marília, Marília, 2013. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id\\_trabalho=99663](https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=99663). Acesso em: 14/05/2023.

HAMADA, Fernando Massani; SANCHEZ, Cláudio José Palma. **Abuso sexual infantil: normatização, internet e pedofilia.** In: III Encontro de Iniciação Científica e II Encontro de Extensão Universitária, v. 3, n. 3, 2007, Presidente Prudente. Anais eletrônicos do III Encontro de Iniciação Científica e II Encontro de Extensão Universitária. Presidente Prudente: Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente, 2007. p. 1-18. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1479/1412>. Acesso em: 03 out. 2021.

JAISHANKAR, Karuppannan. **Establishing a Theory of Cyber Crimes. International Journal of Cyber Criminology**, v. 1, p. 7-9, 2007. Disponível em: . Acesso em: 21 Nov. 2017.

QUEIROS, Gabriel Ferreira. **Cibercriminalidade no Brasil: aplicação, falibilidade e impunidade.** Goiânia, 2021.

QUEIROZ, Márcio Kleber Fernandes. **Novas Vertentes dos Crimes contra a Dignidade Sexual no Ordenamento jurídico-penal.** Fortaleza, 2014.

JESUS, Damásio de. MILAGRE, José Antonio. **Manual de Crimes de Informáticos.** São Paulo: Saraiva, 2016.

HISTÓRICO da internet. Disponível em: . Acesso em: 10 maio 2023

. ORÇAMENTO público de ciência, **tecnologia e inovação: investimento do governo do Brasil.** 2012. Disponível em: . Acesso em: 15 maio 2023.

LIMA, Maria Aparecida dos Santos. FREITAS, Cássia Myssia Belarmino. SOUZA, Éverson Cléber. **A cultura do cancelamento na internet e a liberdade de expressão.** Rio Grande do Norte, 2021.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários ao Título VI do Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Novo crime: invasão de dispositivo informático - CP, Art. 154-A.** Disponível em: . Acesso em: 22 nov. 2014.

MONTEIRO, Silvana Drumond. **O ciberespaço: o termo, a definição e o conceito. DataGramZero,** Paraná, v.8, n.3. 2007. Disponível em: <  
[http://www.dgz.org.br/jun07/Art\\_03.htm](http://www.dgz.org.br/jun07/Art_03.htm)>. Acesso em 28 de Abril de 2023.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal.** Edição Saraiva, 1968.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade.** São Paulo: Atlas, 2000.

PIERANGELI, José Henrique. Crimes Contra a Propriedade Industrial e Crimes de Concorrência Desleal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Guerreiro. A sociologia de Max Weber. **Revista do Serviço Público**, v. 57, n. 2, p. 09, 2014.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SANTOS, Liara Ruff dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUCSH, Francielle Benini Agne. **Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo.** 2017.

SCHMIDT, Guilherme. **Crimes cibernéticos**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: < <http://gschmidtadv.jusbrasil.com.br/artigos/149726370/crimes-ciberneticos>>. Acesso em: 20 nov.2014.

SILVA, Patrícia Samek. **Os crimes virtuais sob a óptica da tutela penal: uma análise dos crimes contra a dignidade sexual perpetrados através da internet**. Santos, 2021.

SYDON, Spencer Toth. **Delitos Informáticos Próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitidogmática**. Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. São Paulo, 2009.

SOUZA, Ana Paula. Crimes Virtuais. Unievangélica, 2018.

## **LEI PELÉ: UMA ANÁLISE DE COMO SUA IMPLEMENTAÇÃO CONTRIBUIU PARA A PROFISSIONALIZAÇÃO DO FUTEBOL**

**LEONARDO HAJIME ISSOE:**  
Discente do curso de Direito da  
Universidade Brasil, campus  
Fernandópolis.<sup>214</sup>

**RESUMO:** Este artigo, tem como objetivo analisar o direito desportivo e a evolução jurídica da lei Pelé, com o objetivo de fornecer um panorama da lei sobre a formação de atletas no Brasil, encaixando o foco no futebol e na melhora para os clubes. Foram identificadas diversas mudanças ocorridas com a lei 9.615/98, principal lei que trata das especificações do direito de treinar atletas. As alterações introduzidas pela lei 12.395/11 aprimoram especificamente o direito ao treinamento especificando os pontos do contrato de treinamento esportivo, a preferência do clube em firmar o primeiro contrato com o atleta profissional. Discute-se também a análise do direito à formação no contexto internacional, seu impacto nas transferências internacionais, além das garantias indenizatórias criadas pelo Regulamento da FIFA e inseridas pela referida lei. Os objetivos específicos foram identificar as fontes do direito esportivo e estudar a legislação vigente, em especial a lei Pelé, contextualizar sua aplicação em relação aos grandes clubes de futebol, verificando o impacto da legislação na gestão dos clubes e no desempenho financeiro dos atletas de futebol em treinamento. O objetivo deste trabalho foi verificar os impactos da lei Pelé na gestão dos clubes e identificar mudanças de gestão, com foco no retorno do investimento na formação dos atletas. formação de atletas.

**Palavras-chave:** Direito Desportivo, Lei Pelé, Contrato de Trabalho, Futebol, Esportistas

**ABSTRACT:** This article aims to analyze sports law and the legal evolution of the Pelé law, with the aim of providing an overview of the law on the training of athletes in Brazil, focusing on football and improvement for clubs. Several changes occurred with law 9.615/98, the main law that deals with the specifications of the right to train athletes, were identified. The changes introduced by law 12.395/11 specifically improve the right to training by specifying the points of the sports training contract, the club's preference in signing the first contract with the professional athlete. It also discusses the analysis of the right to training in the international context, its impact on international transfers, in addition to the indemnity guarantees created by the FIFA Regulation and inserted by the aforementioned law. The specific objectives were to identify the sources of sports law and to study the current legislation, in particular the Pelé law, to contextualize its application in

---

214 E-mail: leonardo.issoe@gmail.com

relation to the big football clubs, verifying the impact of the legislation on the management of clubs and on the financial performance of football athletes. in training. The objective of this work was to verify the impacts of the Pelé law on the management of clubs and identify management changes, focusing on the return on investment in the training of athletes. training of athletes.

**Keywords:** Sports Law, Pelé Law, Employment Contract, Football, Athletes

## 1 INTRODUÇÃO

Em 26 de março de 1998, a Lei nº 9.615, também conhecida como Lei Pelé, entrou em vigor, causando uma revolução no direito desportivo, mudando radicalmente a dinâmica do esporte brasileiro, trazendo, dentre outras mudanças, o fim do instituto do passe, maiores especificações sobre os contratos dos atletas e a criação do direito de arena, sendo essas modificações tendências mundiais, tendo em vista as mudanças que o esporte passava na década de 1990.

Uma das relações mais notórias em nossa sociedade é o esporte, e isso se dá em escala global, derrubando todas as fronteiras dos países, e com suas normas são refletidas em competições de alto nível. Com o desenvolvimento dos esportes foi necessária a criação de uma estrutura na Constituição Federal de 1988 onde enfatizou os direitos sociais dos cidadãos pela prática esportiva amadora ou profissional.

O esporte é um fenômeno social desde a antiguidade, pois a ociosidade entre as lutas das pessoas acabava se tornando uma forma de competição, ou seja, estimulava a prática do esporte. Com o tempo, as pessoas procuraram alterar essa atividade. procurando novas formas de melhorar o seu desporto através de ideias estruturais e conceituais. Os princípios infraconstitucionais expostos na Lei nº 9.615/98 previstos no artigo 2º na Lei Pelé são: a soberania, a autonomia, a democratização, a liberdade, o direito social, a diferenciação, identidade nacional, educação, qualidade, descentralização, segurança e eficiência. Sobrevivência, ocupado por um tom contagiante, e com padrões morais e éticos, evidenciados por princípios como, cooperação, disciplina, socialização e o trabalho em equipe. A Lei nº 9615/98 representa o tema geral, que pretende definir conforme consta da Lei Geral do Esporte, também conhecida como "Lei Pelé".

Portanto, o objetivo desse artigo é analisar de forma minuciosa a origem, a formação, o conteúdo e a aplicação prática da Lei Pelé para a melhoria de gestão dos clubes bem como os impactos na prática esportiva; para se chegar a essa análise foram levantados os seguintes questionamentos: sobre qual o impacto da Lei Pelé no esporte nacional e na sociedade, de que maneira esta lei pode ser aperfeiçoada e, em linhas gerais, quais foram os benefícios e os malefícios da Lei Pelé na prática esportiva brasileira.

## 2 SURGIMENTO DA LEI PELÉ E SUA INFLUÊNCIA NO ESPORTE BRASILEIRO

Para se falar acerca do surgimento da Lei Pelé é necessário revisitar os primórdios do surgimento da prática de esportes pelos seres humanos. Muito embora o início das práticas esportivas não tenha data específica apontada na literatura, há indícios que os desportos começaram a ser praticados, inicialmente, com o objetivo de sobrevivência das sociedades primitivas; sendo que, no Brasil, segundo aponta Alice Monteiro de Barros (1999) duas são as teorias acerca do surgimento do futebol, em nosso país, a primeira teoria diz que o surgimento deste desporto se deu em 1878 com a chegada de tripulantes de um navio – chamado Crimeia - que, ao desembarcarem no Brasil disputaram aqui a primeira partida de futebol; a outra corrente teórica aduz que o futebol chegou em terras brasileiras juntamente com Charles Muller nos idos de 1894, oportunidade em que ao desembarcar no Brasil, Charles não apenas trouxe o futebol e seus fundamentos trouxe consigo também conforme menciona Barros (1999) “ as bolas, a camisa, os calções, a bomba de encher bola e a agulha”.

Apesar de ter chegado em terras brasileiras no século XVIII, o futebol brasileiro passou a ser regulamentado apenas em 1993, sob a égide da Lei nº 8.672, chamada de Lei Zico, tal diploma legal nasceu no período de redemocratização do país, num momento que marcou a alteração do status quo vigente, no que tange à regulamentação de esportes já que anteriormente, durante o período militar o legislador não regulou a prática esportiva.

Assim, a Lei Zico foi criada após o marco do desporto na Constituição Federal de 1988, pois o esporte passou a figurar na Carta Magna no artigo 217, em que ficou expresso o dever do Estado de fomentar a prática desportiva formal e não-formal.

Em seu período de vigência a Lei Zico trouxe uma importante contribuição acerca das práticas desportivas, pois passou a instituir normas específicas a esse respeito além de oportunizar que a legislação trouxesse uma nova discussão acerca da relação de trabalho dos atletas e os clubes. Outro ponto importante que vale o destaque é que a Lei nº 8.672/93 (Lei Zico) trouxe em sua redação no Capítulo III uma definição detalhada acerca das práticas desportivas, que em seu art. 3º dispunha que:

O desporto como atividade predominantemente física e intelectual pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, através dos sistemas de ensino e formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de

alcançar o desenvolvimento integral e a formação para a cidadania e o lazer;

II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as

modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a

integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e da educação e na preservação do meio ambiente;

III - o desporto de rendimento, praticado segundo normas e regras nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e

comunidades do País e estas com outras nações.

Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado:

I - de modo profissional, caracterizado por remuneração pactuada por contrato de trabalho ou demais formas contratuais pertinentes;

II - de modo não-profissional, compreendendo o desporto:

- a) semiprofissional, expresso pela existência de incentivos materiais que não
- b) caracterizem remuneração derivada de contrato de trabalho
- c) b) amador, identificado pela inexistência de qualquer forma de remuneração ou de incentivos materiais.

Dessarte, com a Lei Zico a distinção dos esportes praticados de forma profissional, não profissional e amadora ficou facilitado e tal diploma legal contribuiu também para uma menor interferência estatal no esporte, transferindo os poderes de gestão para o setor privado.

A lei Zico, dentre tantas outras mudanças foi um marco no esporte brasileiro, entretanto o período que compreendeu a transição deste diploma para a Lei Pelé foi destacado pelos debates acerca do passe livre para atletas profissionais. Contudo, o novo diploma legal não diferia do anterior quanto a instituição do passe livre, pois a Lei Pelé na lição de Silva (2008) não tratou diretamente da questão do passe livre, mas extinguiu o

passa sob a alegação de que o atleta tem o direito de exercer sua profissão atrelada a um clube.

Após ser aprovada em 24 de março de 1998, a Lei nº 9.615 – conhecida como Lei Pelé – inovou ao criar o Sistema Nacional de Desporto, englobando os Comitês Olímpicos e Paralímpicos. Outra novidade trazida pela Lei Pelé foi a garantia profissional aos atletas em casos de descumprimento de obrigações trabalhistas, tais garantias trariam liberdade ao profissional de, ao fim do contrato este poder trabalhar em outra empresa encerrando assim o ‘passe’.

Assim, o advento e vigência da Lei Pelé marcou um período de algumas mudanças no trato da prática de esportes profissionais e até mesmo não profissionais.

Com isso, veremos a seguir sobre as questões do contrato de trabalho do esportista no âmbito da Lei Pelé.

### **3 CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO E A LEI PELÉ**

O contrato de trabalho consiste num documento que expressa uma relação de trabalho existente entre o empregado e o empregador, onde o empregado obriga-se a prestar determinado serviço ao empregador mediante remuneração e não eventualidade. Conforme nos ensina Magano (1993, p.247) o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das últimas. (Magano, 1993, p.247 *apud* Martins, 2023, p.291).

Deste modo para que se caracterize um contrato de trabalho é preciso que figure nesta relação trabalhista a habitualidade, remuneração e a subordinação.

No âmbito do direito desportivo, especificamente o jogador de futebol terá o contrato de trabalho regido pela lei Pelé; este tipo de contrato possui pontos que o distinguem do contrato de trabalho comum, pois o atleta celebrará junto ao empregador um contrato que deve ser escrito e não verbal, conforme lição de Procópio Filho (Procópio Filho, 2018, p.1 *apud* Melo, 2022, p.11):

O contrato de trabalho do atleta deverá ser celebrado obrigatoriamente por escrito, sendo, pois, vedado o verbal, mas isso para os chamados efeitos federativos, ou seja, para o registro na federação/CBF, pois a FIFA determina que só tenha condições de jogo o atleta que tiver seu

contrato de trabalho devidamente registrado nesses órgãos.  
(PROCÓPIO FILHO, 2018, p.1 *apud* Melo, 2022, p. 11)

De posse destas informações podemos discutir o impacto da Lei Pelé nos contratos desportivos, sendo de fundamental importância que, antes, façamos uma breve análise do instituto do passe, o surgimento do passe livre e as peculiaridades dos contratos de atletas.

O passe foi instituído no futebol brasileiro com o propósito de criar um vínculo jurídico entre o atleta e o clube não guardando dependência com o contrato de trabalho; nesse sentido, é importante dizer que o passe somente era efetivado com a inscrição do jogador junto à federação esportiva ou mediante sua compra.

Com o advento da Lei nº 9.615 de 1998 (Lei Pelé), que como se depreende do art.28, retirou a figura do passe: A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva.

Desta forma, revogou-se a prática anterior em que o passe fixo era pactuado de forma autônoma ao contrato e sendo independente dele e as cláusulas pertinentes à transferência por ocasião de compra e vendas do atleta profissional passaram a ser pactuadas no contrato especial de trabalho desportivo, entretanto, por mais inovadora que esta retirada possa parecer ainda sim é alvo de contundentes críticas, pois, na prática, o passe livre apenas mudou a figura a quem se atribui o poder decisor de negociação do atleta, que outrora pertencia aos clubes a quem estes estavam subordinados por força de contrato e na vigência da Lei Pelé este poder passou a ser dos empresários dos jogadores.

Tal estipulação é alvo de críticas, pois, na prática os atletas – especificamente o do futebol – deixam de ficar sob a dependência do clube que têm contrato firmado e passam a ficar sob a chancela do empresário que irá decidir por ele qual proposta atenderá de forma suficiente os interesses tanto do atleta quanto do empresário. Essa nova figura do passe livre traz aos profissionais, embora não tenha sido essa a ideia inicial, a sensação de estar “amarrado” e vulnerável ao que o empresário decidir.

Outro ponto que precisa ser destacado é a questão do contrato de trabalho dos esportistas.

Como já referenciado, o contrato de trabalho do atleta profissional deverá ser escrito e também deve obedecer as disposições da CLT, quanto à capacidade dos profissionais para firmar contrato a idade mínima que o atleta deve ter no ato da assinatura é de 16 (dezesesseis anos) devendo ter juntamente a autorização dos pais ou de representante legal, sendo vedado aos menores de 16 anos assinarem contrato com os

clubes; os atletas de 18 (dezoito) anos podem assinar contrato e na falta da aceitação de pais ou responsáveis está condição deverá ser suprida judicialmente.

Dentro do contrato de trabalho desportivo do atleta de futebol há ainda os institutos do direito de imagem e o direito de arena, e é importante compreendê-los e distingui-los.

O direito de imagem, conforme explicita o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (2018) diz respeito à representação do perfil social da pessoa e por se tratar de um direito civil do indivíduo pode ser negociado diretamente por ele ou mesmo pelo clube empregador.

Já o direito de arena, que encontra amparo legal no art. 5º, XXXVIII, letra “a”, da Constituição Federal de 1988 expressa: “É assegurada a proteção, nos termos da lei, às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive em atividades desportivas.” Desse modo, o direito de arena é devido aos profissionais que, efetivamente tiveram ou têm suas imagens exibidas nos meios televisivos devido à participação dos atletas nas partidas.

O valor referente ao direito de arena é repassado ao sindicato da categoria dos jogadores para que seja distribuído de forma igualitária a cada um dos que tiveram suas imagens exibidas na televisão.

Importante lembrar que este valor também é devido aos atletas que estiveram na reserva, não o sendo para os árbitros e gandulas.

#### **4. LEI PELÉ E SEU IMPACTO NOS CONTRATOS DESPORTIVOS**

A Lei Pelé teve impactos positivos com relação aos contratos dos atletas ao abrir caminho para o passe livre para os esportistas, já que à época da Lei Zico o passe era fixo e tal situação dificultava e muito a questão de transferências entre clubes, caso o atleta desejasse migrar de um clube para o outro; no período do passe fixo (Lei Zico) o atleta que decidisse sair de um clube e se transferir para outro só poderia efetivar sua saída caso o passe fosse pago.

Já com o advento da Lei Pelé, tal obrigatoriedade caiu facilitando a negociação de jogadores e essa inovação fora brilhantemente explicada por Zainaghi (1998, p.42):

Conforme já estudado, o contrato do atleta profissional quando termina, põe fim também ao vínculo desportivo, ou seja, extinto o pacto celebrado entre as partes, o jogador é livre para firmar contrato

de trabalho com outro clube, como assim desejar”, ou seja, com o encerramento do contrato o atleta está livre. (Zainaghi,1998, p.42)

Para além do fim do passe livre, a Lei Pelé instituiu três pilares que substituem o passe fixo e estes pilares ficam especialmente evidenciados nas lições de Bertolo e Silva (2020, p.48):

Portanto, o passe foi substituído pelas três hipóteses mencionadas nos incisos I, II e III do parágrafo acima transcrito. Na primeira hipótese, terminando o prazo do contrato o atleta está livre para trabalhar em qualquer clube. Na segunda hipótese, o contrato poderá ser encerrado com o pagamento da cláusula penal estipulada no próprio contrato, estando o atleta livre para trabalhar em qualquer outro clube. Como terceira e última hipótese, a mora costumaz prevista na referida lei estando devidamente caracterizada, estará o atleta livre para efetuar qualquer outro contrato de trabalho. (Bertolo e Silva,2020, p.48)

Essa inovação trazida pela Lei Pelé, muito embora tivesse o condão de conceder maior autonomia aos atletas profissionais apenas mudou o titular da dependência do esportista, visto que, com o fim do passe fixo em que o poder de compra ou venda do atleta ficava concentrado nas mãos do clube ao qual ele tivesse contrato em vigência, na constância do passe livre essa figura que concentra o poder de negociar o atleta está nas mãos dos empresários, patrocinadores entre outras figuras da iniciativa privada esportiva.

## **5 CONCLUSÃO**

Por fim, após uma análise detida dos principais pontos da Lei Pelé nos contratos de trabalho esportivos e seus impactos, podemos concluir este artigo trazendo a lume alguns pontos: embora a Lei Pelé tenha extinguido o instituto do passe fixo e instituído o passe livre com o condão de flexibilizar as negociações de atletas, muitas das vezes isso torna o atleta dependente de empresários e/ou patrocinadores e isso faz com que se sintam novamente escravizados, pois necessitam de um intermediário para auxiliá-los nas negociações, outro ponto que merece destaque e tem sido alvo de críticas tanto pelos esportistas quanto pela doutrina é a falta de atualização da Lei Pelé para que possa alcançar as questões esportivas dos últimos dias, como é o caso de crianças e adolescentes que cada vez mais são revelados precocemente nas categorias de base dos clubes de futebol, no entanto, a legislação vigente não possui dispositivos aptos a salvaguardarem os direitos destes indivíduos.

Deste modo, a proposta deste trabalho é sugerir que, o instituto do passe livre seja mais bem elucidado e que questões como as negociações entre clubes estejam de fato sob

a responsabilidade do profissional envolvido na negociação para que este goze da liberdade de negociar os termos do contrato.

Com relação à salvaguarda dos direitos de menores revelados nas categorias de base e que precisam do aparato legal para suas negociações, é de fundamental importância que haja a conexão entre o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente juntamente com o princípio do melhor interesse da criança e adolescente para a estipulação do contrato de trabalho destes para que haja, de fato, a autonomia da criança e adolescente na escolha do local onde irá exercer suas atividades.

Assim, concluímos este artigo defendendo que a Lei Pelé trouxe, de fato, importantes contribuições para o direito desportivo, no entanto, é importante que ela seja atualizada de modo a abarcar as questões da atualidade e assim promova a autonomia e independência dos esportistas profissionais.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Felipe Gonçalves Mendonça de. **Lei Pelé do direito desportivo e seus impactos**. Orientadora: Maria Cristina Vidotte. 2021. 25f. Artigo Científico, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2143/2/TRABALHO%20DE%20CONCLUS%C3%83O%20DE%20CURSO%20-%20LEI%20PEL%C3%89.pdf>> Acesso em 30 de mai. de 2023.

BARROS, Alice Monteiro de. **O atleta profissional do futebol em face da “LEI PELÉ” (Nº 9615, de 24.03.1998)**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, jul./dez. 1999. Disponível em <[https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27076/alice\\_monteiro\\_o\\_atleta\\_profissional.pdf?sequence=1](https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27076/alice_monteiro_o_atleta_profissional.pdf?sequence=1)> Acesso em 29 de mai. de 2023

BELFIORE, Marcel. **Lei Pelé: inovadora, polêmica e cheia de “retalhos”**. Disponível em: <<https://portalcpjur.com.br/lei-pele/>>. Acesso em 28 de mai. de 2023.

BELMONTE, Alexandre de Souza Agra. **Entenda as diferenças entre direito de arena e direito de imagem**. Disponível em: < <https://www.tst.jus.br/-/entenda-as-diferencas-entre-direito-de-arena-e-direito-de-imagem>> Acesso em 01 de jun. de 2023.

BORGES, Adriano Jassé. **Análise da atual mercantilização do atleta e as peculiaridades do contrato de trabalho desportivo, conforme a Lei Pelé ( Lei nº 9.615/1998)**. Orientador: Allan Gomes Moreira. 2019. 45f. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Curso Direito, Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, 2019. Disponível em: < <http://repositorio.cesupa.br:8080/jspui/handle/prefix/107>> Acesso em 01 de jun. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 29 de mai.2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.199, de 14 de abril de 1941**. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del3199.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del3199.htm)> Acesso em 29 de mai. de 2023

BRASIL. **Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976**. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6354.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6354.htm)> Acesso em 29 de mai. de 2023

BRASIL. **Lei nº 8.672, de 6 de julho de 1993**. Institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8672.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8672.htm)> Acesso em 29 de mai. de 2023

Martins, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 39.ed. São Paulo: Saraiva,2023

MELO, Geovana Morais. **O Direito desportivo e as questões polêmicas sobre os critérios para a fixação do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol no ordenamento jurídico brasileiro**. Orientadora: Ysabel del Carmen Barba Balmaceda.2022. 18f.Artigo Científico, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/4000/1/GEOVANA%20MORAIS%20MELO.pdf>> Acesso em 29 de mai. de 2023

PINHEIRO, Gabriel Lopes. **20 anos da Lei nº 9.615/98 (LEI PELÉ): Avanço Ou Retrocesso Para O Esporte Brasileiro?** Orientador: Sidney Guerra Reginaldo. 2018.89f. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) – Curso Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/33847>> Acesso em 29 de mai. de 2023.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. **Contrato de trabalho desportivo: revolução conceitual de atleta profissional de futebol**. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Diego Augusto Santos. **Evolução Histórica da Legislação Esportiva Brasileira: Do Estado Novo ao Século XXI**. *In*: Revista Brasileira de Educação Física, Esporte, Lazer e Dança, v.3, n.3, p. 69 – 78, set./2008. Disponível em: <[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos\\_teses/EDUCACAO\\_FISICA/artigos/legislacao\\_esportiva.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/EDUCACAO_FISICA/artigos/legislacao_esportiva.pdf)> Acesso em 30 de mai. de 2023.

## INQUÉRITO E SUA EFETIVIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO

**MARIA VANESSA PAULINO DA SILVA:**  
Graduada pela Universidade Brasil

ALEX LOPES APPOLONI

(orientador)

**Resumo:** Este trabalho monográfico estuda o inquérito policial como procedimento preliminar utilizado pelo Estado para esclarecer crimes, com o escopo de apurar e apontar indícios de autoria e materialidade para dar subsídio e elementos necessários ao Ministério Público que viabilizem a propositura de uma ação penal. Embora a doutrina diga que o inquérito policial e seu valor probatório seja relativo, o inquérito policial é o instrumento mais efetivo para elucidar crimes, devendo as autoridades policiais em conjunto com a polícia judiciária devem envidar todos os esforços para se alcançar a elucidação da autoria, materialidade, nexos causal, bem como as elementares e as circunstâncias do crime. O inquérito policial tem caráter instrumental, e função preservadora, ou seja, inibe a instauração de uma ação penal infundada, prevenindo a condenação de inocentes, prevenindo ainda que meios de prova desapareçam com o decurso do tempo.

**Palavras Chaves:** Inquérito policial. Elucidação. Valor probatório.

Elementos de informação.

**Abstract:** This monographic work studies the police investigation as a preliminary procedure used by the State to clarify crimes, with the aim of investigating and pointing out evidence of authorship and materiality to provide subsidy and necessary elements to the Public Prosecutor's Office that enable the filing of a criminal action. Although the doctrine says that the police inquiry and its probative value is relative, the police inquiry is the most effective instrument to elucidate crimes, and the police authorities, together with the judicial police, must make every effort to achieve the elucidation of authorship, materiality, causal link, as well as the elements and circumstances of the crime. The police inquiry has an instrumental character, and a preserving function, that is, it inhibits the initiation of an unfounded criminal action, preventing the conviction of innocent people, and preventing evidence from disappearing over time.

**Keywords:** Police inquiry. Elucidation. Evidential value. Information elements.

## INTRODUÇÃO

A investigação criminal é a via percorrida pelo Estado para apurar o fato criminoso, tendo em vista satisfazer sua pretensão penal e punir quem infringiu a norma, coletando elementos mínimos sobre a existência do fato e quem o cometeu. Assim, a finalidade precípua da investigação é coletar a prova da existência da infração e indícios de quem seja seu provável autor. Apesar de a fase de investigação poder ser concretizada de várias maneiras, o inquérito policial é o procedimento mais comum adotado para efetivá-la. O inquérito pode ser entendido como um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre acusação.

Todas as atividades do inquérito estão concentradas na mão de uma única autoridade, permitindo assim agilidade nas investigações, sendo assim o inquérito policial inquisitivo. O conteúdo do inquérito policial é meramente informativo, visando fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido elementos que justifiquem a propositura da ação penal.

Assim a autoridade responsável pelo inquérito policial deve seguir os passos e as regras de acordo com o que a lei pede, devendo ser ágil, preciso e o mais claro possível para que as informações fiquem expressas corretamente ajudando na elucidação tendo pôr fim a elucidação do fato ocorrido. Lembrando que o procedimento não pode se estender por tempo indeterminado já que o mesmo possui previsão legal no Código Processo Penal e na legislação extravagante.

## **EVOLUÇÃO DO INQUÉRITO**

O Inquérito Policial foi criado através de um Decreto, Decreto n. 4.82, de 22 de novembro de 1871, nascendo assim um verdadeiro instrumento oficial da *persecutio criminis extra-judicio*. Referido decreto não encontra-se mais em vigor.

Com o advento do Código de Processo Penal de 1941, o inquérito policial foi mantido, como um instrumento de garantia do cidadão contra abusivas acusações.

Pelas mesmas razões, a Constituição Federal de 1988, conhecido a Constituição Cidadã, através de seus princípios foi o mesmo recepcionado, já que para acusar alguém, é necessário elementos com fundamentos fáticos e jurídicos suficientes para ser promovida a ação penal.

## **O INQUÉRITO POLICIAL**

O inquérito policial inicia-se com a notícia crime, ou seja, a autoridade policial toma conhecimento do evento criminoso, seja de forma verbal, lavrando-se o competente

Boletim de Ocorrência (não há legislação regulamentando o boletim de ocorrências, é uma construção administrativa para formalizar uma comunicação verbal), servindo como base para instauração do Inquérito Policial e consequências providências preliminares e ou nos casos de flagrante, com a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito. Podendo ainda, ser iniciado através de peça formal (representações), a pedido do ofendido ou seu representante legal e ou através de requisição de autoridades públicas. Porém, a autoridade em todos os casos, deverá dar início ao Inquérito Policial através de um despacho fundamentado, cujo ato denomina-se de Portaria. Uma vez iniciado, o Inquérito Policial não é regido por um rito preestabelecido, da construção doutrinária e do próprio Código de Processo Penal tem-se que o mesmo tramita por três fases: início; instrução (oitiva da vítima, do indiciado, das testemunhas, perícias etc.) e a conclusão (relatório); porém, o que se busca nas investigações é uma celeridade nas diligências, já que sua natureza é inquisitiva. Na verdade, o inquérito policial não tem só fim de investigar. A função mais importante do inquérito policial é para que auxilie o promotor a decidir se oferece denúncia ou não.

O inquérito não tem a finalidade de produzir “prova”, mas “atos de investigação”, pois a prova só é produzida na via judicial, sobre contraditório e ampla defesa. Ademais, o inquérito policial sequer é obrigatório no processo penal.

Portanto, o inquérito serve para fornecer subsídios ao promotor para que decida com mais embasamento se iniciará ou não a ação penal.

### **Formas De Instauração**

O inquérito policial pode ser instaurado: de ofício, por portaria da autoridade policial; Pela lavratura do auto de prisão em flagrante; Mediante representação do ofendido ou seu representante legal; Por requisição da autoridade judiciária ou de membro do Ministério Público.

### **Fontes Legislativas**

Quando a autoridade policial tiver o conhecimento da existência de um fato criminoso, deverá mediante portaria instaurar o inquérito policial no intuito de apurar todas as circunstâncias do evento criminoso e a sua autoria, conforme o art. 4º do Código de Processo Penal, que aqui é transcrito: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria<sup>3</sup>”. O Código de Processo Penal dita às normas para se elaborar (proceder, formalizar, realizar) o inquérito policial (Arts. 4º ao 23º), porém a ausência do contraditório regular e o poder discricionário exercido pelo delegado de polícia são suficientes para descaracterizá-lo como processo.

O Inquérito Policial é inquisitivo, art. 107 do CPP, porque a autoridade comanda as investigações como melhor lhe aprouver. Não existe um rito preestabelecido para elaboração do inquérito ou andamento das investigações. Estas têm sequência dependendo das determinações da autoridade em face da necessidade de realização desta ou daquela diligência. **A ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA E DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DURANTE A FASE INVESTIGATÓRIA.**

### **Atuações Do MP No Inquérito**

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, cabe ao Ministério Público oferecer denúncia, havendo justa causa, por procedimento ordinário. O MP possui também o papel de requisitar novas diligências, desde que as especifique, assim como solicitar arquivamento da demanda. Havendo entendimento do MP de que não possui atribuição para atuar em determinado caso, é seu dever notificar a não competência, cabendo ao juiz concordar ou não. Por outro lado, quando o art. 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), atribui às Polícias Federal e Civil a apuração de infrações penais, e ao MP a função de exercer controle externo à atividade policial.

### **Atuações Do Delegado No Inquérito**

A profissão do Delegado é dinâmica. Ele pode trabalhar no gabinete, despachando nos autos de um inquérito policial, como também fazer trabalho de campo, cumprindo mandados, por exemplo.

Além de investigar crimes, administram as delegacias, planejam, controlam e coordenam as atividades policiais. Estão incluídas a investigação de atividade criminosa, as prisões, o cumprimento de ordens expedidas pelos juízes, depoimentos e interrogatórios, instauração de inquéritos; são responsáveis por reunir e verificar a veracidade de provas, controlar as medidas para obter provas criminais. Acompanha ainda, quando necessário, exames de perícia e decide pelo indiciamento de um investigado. O Delegado de Polícia Civil também define as diligências que devem ser realizadas e toma decisões relativas a diversos direitos individuais, tais como liberdade, patrimônio e intimidade do cidadão. Logo, o Delegado pode conceder liberdade provisória com fiança, realizar indiciamento, buscas em indivíduos, expedir mandados de intimação e de condução coercitiva, determinar ação controlada, fazer acordo de colaboração premiada, etc.

### **CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL**

O artigo trata das características marcantes do inquérito policial, abordando a sua natureza inquisitiva, seu caráter sigiloso, a sua indisponibilidade, a sua dispensabilidade para a propositura da ação penal, a obrigatoriedade de ser escrito, a sua oficiosidade e o seu aspecto unidirecional.

## Inquisitivo

Ao contrário da ação penal, esse procedimento não se subordina aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Pelo contrário, a autoridade policial conduz as investigações de forma unilateral com base na discricionariedade, sem a definição de um rito pré-estabelecido e sem a necessidade de participação do investigado. O art. 5º, LV, da Constituição, que trata dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, dispõe que *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"*.

## Sigilo

A segunda característica é o sigilo, que impede o livre acesso aos autos do inquérito. Esse sigilo tem como escopo assegurar a efetividade das investigações, bem como resguardar a honra dos investigados. Essa característica está clara no art. 20 do Código de Processo Penal, que dispõe que *"A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade."*

O sigilo admitido é o externo, ou seja, aquele voltado para pessoas alheias à investigação. Por outro lado, o sigilo interno, referente ao Ministério Público, juiz e advogado, não é admitido. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal editou a **Súmula vinculante nº 14**, que dispõe que:

*"É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."*

## Indisponibilidade

A indisponibilidade está relacionada ao fato de que, uma vez instaurado o inquérito, a autoridade policial não poderá dele dispor, ou seja, promover o seu arquivamento. Essa característica está no art. 17 do Código de Processo Penal, que estabelece que *"A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito"*. Logo, ainda que a autoridade policial constata ao longo da investigação que os fatos apurados não constituem crime, não poderá determinar o arquivamento do inquérito. Nessa hipótese, diante da indisponibilidade do inquérito, deverá a autoridade policial elaborar o relatório e encaminhar ao juízo competente. O juiz, por sua vez, deverá abrir vista ao membro do Ministério Público.

## Dispensabilidade

Como visto anteriormente, o inquérito não poderá ser arquivado diretamente pela autoridade policial (indisponibilidade). Essa característica não se confunde com a dispensabilidade.

A dispensabilidade significa que o titular da ação penal, ou seja, o Ministério Público (art. 129, I, da Constituição), pode dispensar total ou parcialmente o inquérito, desde que já possua justa causa para a instauração da ação penal. A justa causa é o suporte probatório mínimo sobre autoria e materialidade delitiva. Como a função precípua do inquérito policial é oferecer substrato para a ação penal, ele será dispensável se o MP já possuir esses elementos.

## Escrito

O art. 9º do CPP determina que:

*"Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. Com visto anteriormente, o inquérito policial possui a finalidade de viabilizar o oferecimento da denúncia."*

Assim, as diligências investigatórias devem constar em documentos escritos, para que o seu destinatário direto possua condições de analisar esses elementos e utilizá-los como substrato para propor a ação penal.

## Oficiosidade

Essa característica está prevista no art. 5º, I, do CPP, que dispõe que o inquérito policial será instaurado de ofício nos crimes de ação penal pública incondicionada:

*"Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:*

*I - de ofício;*

*II- mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo."*

Isso significa que, para esses tipos de crime, há obrigatoriedade de instauração do inquérito *ex officio*, independente de provocação. Frise-se que a oficiosidade refere-se aos crimes de ação penal pública incondicionada. Nos crimes de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada, o inquérito depende de provocação da vítima para ser instaurado.

## **Unidirecional**

Essa característica significa que o inquérito policial possui a única finalidade de apuração de autoria e materialidade delitiva, não sendo cabível que a autoridade policial emita juízo de valor sobre a investigação. O direcionamento do inquérito é o Ministério Público, que é o seu destinatário imediato e a quem compete valorar os fatos apurados. Logo, o relatório elaborado ao final das diligências investigatórias não deve emitir juízo valorativo sobre as condutas dos investigados, sob pena de ingressar numa esfera de atribuição exclusiva do Ministério Público.

Portanto, conclui-se que as características estudadas estão associadas à finalidade do inquérito policial, à divisão de funções estabelecida pelo sistema acusatório de persecução penal, e aos princípios fundamentais que garantem a preservação da dignidade do indivíduo.

## **CONCLUSÃO**

De suma importância o inquérito é um procedimento de enorme relevância, o que caracteriza como base para as investigações tendo facilidade para a obtenção de provas, tendo conhecimento do fato o delegado pode como começar a fase investigativa. Ressaltando que o mesmo pode ser dispensável uma vez que o promotor entender que não é necessário o inquérito para sentar uma ação penal. Para finalizar, o arquivamento do inquérito antes era realizado apenas pelo juiz, porém com a mudança do pacote ante crime atualmente o responsável pelo arquivamento passou a ser o promotor de justiça que é o titular da ação penal.

## **REFERENCIAS**

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal* 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

SCARANCE FERNANDES, Antônio; *Processo Penal Constitucional*. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14.ed.

São Paulo: Saraiva, 2011.

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42055/as-principaiscaracteristicas-do-inquerito-policia> <https://ericmsouza.jusbrasil.com.br/artigos/>  
<https://blog.supremotv.com.br/quais-sao-as-atribuicoes-de-um-delegado-dapolicia-civil>

<https://www.google.com/search?q=A+atua%C3%A7%C3%A3o+do+Delegado+de+Pol%C3%ADcia+e+do+Promotor+de+Justi%C3%A7a+Durante+a+Fase+Investigat%C3%B3ria>.

<https://jus.com.br/artigos/76241/inquerito-policial>

## A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

**LARISSA FRANCO AZEVEDO:**  
graduanda em Direito pela  
Universidade Brasil. Campus  
Fernandópolis<sup>215</sup>.

GUSTAVO ANTONIO NELSON BALDAN

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tenciona debater aspectos relacionados à responsabilidade civil dos adotantes referente à desistência da adoção no Brasil. As famílias passaram a ser reconhecidas pelos laços de afetividade entre seus membros, assim, o princípio da afetividade vem ganhando força dentro da legislação brasileira, sendo fundamental no âmbito do direito de família. A filiação socioafetiva é irretratável e irrenunciável, ou seja, aquele que reconheceu a criança como seu filho não pode mais romper esse vínculo depois de estabelecida a socioafetividade.. Sendo assim, a lei impõe aos genitores deveres em relação aos filhos e, que se descumpridos, os pais após o estágio de convivência com o adotado serão relacionadas estas hipóteses aos casos de abuso de direito, o qual está previsto no ordenamento jurídico e a maneira que se aplica a responsabilidade civil aos referidos casos. A finalidade da adoção é integrar o adotando à família pretendente, o qual assumirá uma posição jurídico-social de filho, previstos seus direitos e deveres na Constituição Federal §6º, artigo 227, como filho natural, tendo proteção integral da criança e do adolescente, sendo que as mesmas encontram-se fragilizadas por não terem um convívio familiar estável ou até mesmo nenhum convívio; essa “devolução” do adotando agrava principalmente a saúde mental do mesmo, provocando uma ideia de rejeição, que certamente dificultará imaginar fazer parte de uma família concreta. O abandono material é assunto de grande repercussão, pois pode ocasionar à criança ou adolescente sérios danos para sua vida, e até gerar transtornos à saúde psicológica. Deste modo, objetiva este artigo a compreensão dos fundamentos arguidos nas jurisprudências sobre o tema, assim como uma análise baseada na legislação e na doutrina, com o escopo de sempre ressaltar o dano causado ao filho pela desistência e a devolução do menor ao Estado.

**Palavras-chave:** Família Socioafetiva. Responsabilidade civil. Desistência.

**ABSTRACT:** This article intends to discuss aspects related to the civil liability of adopters regarding the abandonment of adoption in Brazil. Families began to be recognized for the

---

215 E-mail: lalazevedo355@gmail.com

bonds of affection between their members, thus, the principle of affection has been gaining strength within Brazilian legislation, being fundamental in the context of family law. The socio-affective filiation is irreversible and inalienable, that is, the one who has recognized the child as their child can no longer break this bond after the socio-affectiveness is established. , the parents, after the stage of living with the adopted person, will relate these hypotheses to cases of abuse of rights, which is provided for in the legal system and the way in which civil liability is applied to said cases. The purpose of the adoption is to integrate the adoptee to the prospective family, which will assume the legal and social position of a child, provided for their rights and duties in the Federal Constitution §6, article 227, as a natural child, having full protection of the child and adolescent, being that they are weakened by not having a stable family life or even no contact at all; this "return" of the adoptee mainly aggravates their mental health, causing an idea of rejection, which will certainly make it difficult to imagine being part of a real family. Material abandonment is a matter of great repercussion, as it can cause the child or adolescent serious damage to their life, and even generate disturbances to their psychological health. Thus, this article aims to understand the grounds raised in the jurisprudence on the subject, as well as an analysis based on legislation and doctrine, with the scope of always emphasizing the damage caused to the child by the withdrawal and the return of the minor to the State.

**Keywords:** Socio-affective Family. Civil responsibility. give up

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por intenção analisar as consequências jurídicas no âmbito civil decorrentes da desistência nos processos de adoção e seus desdobramentos na vida de crianças e adolescentes.

A adoção envolve muitas questões sociais, políticas e econômicas ainda tratadas de forma periférica no país, seja pela sociedade civil ou pelas autoridades. Milhares de crianças e jovens crescem em lares adotivos e abrigos invisíveis para a sociedade. Alguns até se escondem em famílias adotivas desconhecidas e permanecem na clandestinidade, a famosa "adoção à brasileira".

O processo é demorado e além das questões burocráticas e dos perfis idealizados pelos pretendentes, a baixa equipe técnica em alguns estados do país também tem sido apontada como uma das causas da lentidão dos processos de adoção. Em muitos estados, faltam assistentes sociais e psicólogos. Estes profissionais desempenham um papel demasiadamente importante no processo de adoção, pois além de fazerem a análise dos candidatos, acompanham os pais adotivos no processo de adaptação dessa criança. E todas as etapas do procedimento dependem dos pareceres destes profissionais. Por este motivo, quando a demanda se torna maior do que o número de funcionários, os prazos acabam sendo comprometidos.

A maioria das crianças e jovens que são levados para adoção fazem parte do Cadastro Nacional de Adoções (CNA). Em muitos dos casos, são registrados por causa da extinção, destituição ou suspensão do poder familiar dos pais ou violação de direitos. Muitos menores permanecem em instituições de acolhimento e aguardam a reintegração à família biológica ou, quando essa opção não acontece, precisam ser encaminhados para lares substitutos.

A adoção tem por objeto integrar o adotando ao seio familiar, equiparando sua condição jurídica e social à do filho biológico. Tal equidade está prevista na Constituição Federal em seu artigo 227, §6º.

O artigo 41 do ECA, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 preconiza que através da adoção o adotando recebe a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres. No entanto, embora existentes as proteções legais, ocorrem muitos casos de abandono durante o processo adotivo. Como o laço sanguíneo não pode ser rompido pelo livre arbítrio, é neste quesito que encontramos a principal diferença entre o vínculo biológico e o adotivo. Deste modo, visando reduzir esta disparidade que o vínculo afetivo se tornou valorizado na legislação e jurisprudência, sendo tão indestrutível quando o genético.

É cada vez mais comum que casais desistam da adoção após a fase de convivência, é o nome dado a um período de até noventa dias (prorrogável por igual prazo) que permite a convivência íntima entre os pais interessados e o adotando, como forma de “teste de afetividade”.

Essa desistência representa o fracasso do Poder Judiciário no processo de adoção, pois, os menores criam expectativa de pertencerem a uma nova família, frustrando-se, gerando seqüela de abandono afetivo e desestruturação. O sentimento de rejeição, vazio emocional, entre vários outros sentimentos, após todo o transtorno psicológico passado não se recupera facilmente e em alguns casos o dano chega a ser irreparável.

Nesse sentido, não há dúvidas quanto à verificação de dano moral causado em decorrência dos reflexos jurídicos e psicanalíticos que a desistência da adoção provoca e que, portanto, os menores acabam sendo vítimas de uma ação ou omissão da família, do Estado e também da sociedade.

O objetivo proposto deste estudo é a responsabilidade civil dos adotantes em caso de desistência da adoção e as conseqüências que isso causará na vida dos adotandos.

## **2.DO PODER FAMILIAR**

O poder familiar, é o antigo pátrio poder ou paterpotestas, consistente no conjunto de direitos e deveres concedidos aos pais pelo ordenamento em relação aos filhos menores.

No Brasil, em decorrência da influência romana, seguindo a tradição patriarcal, o Código Civil de 1916 concedia somente ao pai as atribuições em relação aos direitos e deveres para com a prole impúbere, daí a denominação pátrio poder. Em 1962 com a Lei 4.121, a genitora adquiriu a oportunidade de participar, junto ao pai, no exercício do poder familiar como colaboradora.

Por ser exercido por ambos os pais, a expressão pátrio poder foi substituída por poder familiar no Código Civil de 2002, abarcando desta forma a participação não somente do pai no poder sobre a prole, mas incluindo a pessoa da mãe nesta relação.

A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações inspiradas nos novos valores sociais que desafiavam a existência de um Código Civil tão ultrapassado como o de 1916, tais como: 1) a família não mais advém somente do casamento; 2) os homens e as mulheres são iguais em direitos e deveres, inclusive no que diz respeito à sociedade conjugal; 3) equiparação dos filhos, legítimos ou não, biológicos ou não.

Assim, confirma-se a abertura do modelo de família, a vitória da afetividade sobre o determinismo biológico e a igualdade entre os cônjuges na sociedade conjugal e de ambos genitores na gestão familiar.

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, atento aos novos valores constitucionais, elege como destinatários do poder familiar ambos os pais e enfatiza a finalidade protetiva do menor.

Nota-se que o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos pais, em especial, obedecendo ao princípio constitucional da paternidade responsável, estabelecido no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal.

Quando se fala em poder familiar, refere-se às relações jurídicas entre pais e filhos, anteriormente o poder do pai, e não da mãe, sobre o filho era absoluto, com imposições e decisões unilaterais. Atualmente, a legislação prevê a igualdade entre os membros da família e a autoridade dos pais é reconhecida por meio de diálogo e explicações. São direitos e deveres que se ajustam para a satisfação de interesses de toda a família, buscando a convivência familiar sincera e pacífica.

Não se trata de decidir qual a posição hierárquica que cada uma das pessoas ocupa dentro de uma família, mas de estabelecer limites aos filhos, bem como manter a disciplina educacional e responsabilizar os pais de suas obrigações enquanto detentores deste poder. É uma relação de atribuições cujo objetivo final é o bem do filho.

É o princípio de um múnus ou encargo, um encaminhamento e orientação sobre os filhos e seus bens, sempre no interesse daqueles cuja guarda lhe cabe, impondo uma determinada conduta e estabelecendo limites; é o cumprimento do dever do ofício de ser pai.

Silvio de Salvo Venosa diz que: “O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento” (CAMPOS: 1997).

## **2.1 O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL**

Orlando Gomes define juridicamente a adoção como sendo “ o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação”. Portanto, a adoção é um instituto legal onde a criança ou adolescente se tornam parte de uma nova família, através de um procedimento jurídico burocrático, em que após sua conclusão o adotado adquire os mesmos direitos de um filho biológico. Tendo como finalidade principal a colocação do menor na família adotiva após a destituição do poder familiar sofrida pela biológica, sempre respeitando o princípio do melhor interesse do menor:

“Esgotadas todas as possibilidades de permanência na família biológica, a adoção rompe com inúmeros preconceitos e representa a mais nobre iniciativa daqueles que se propõem a assumir, com responsabilidade, crianças e adolescentes marcados pelo estigma do abandono e dos maus tratos. (PEREIRA, 2014, p. 127)”

A adoção é responsável por garantir ao adotado uma convivência saudável, para que seu desenvolvimento seja da melhor maneira possível. Entretanto, para que ocorra adoção do menor é necessário que a família interessada cumpra todo o trâmite burocrático que transpassa esta escolha. É um procedimento estruturado por duas leis principais: o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90 e a Lei Nacional de Adoção, Lei nº 12.010/09, que se complementam acerca do tema. O Código Civil de 2002, mesmo sendo mais superficial também traz em seus artigos resoluções sobre como deve ser o processo judicial para a adoção. (PEREIRA, 2014)

O indivíduo que manifesta interesse pela adoção antes de procurar um advogado para iniciar o processo, deve inicialmente cumprir os requisitos e evitar os impedimentos previstos no artigo 42 do ECA. O adotante deve ser maior de 18 anos na data da entrada com o processo; é necessária uma diferença de idade de no mínimo 16 anos entre adotante e adotado e não há indicação de estado civil obrigatório. Quanto aos impedimentos, o estatuto não permite que a adoção seja requisitada pelos avós e irmãos biológicos do

adotado, uma vez que estes já possuem um vínculo consanguíneo com o menor de ascendência e colateralidade, explica Madaleno:

“Quando a adoção é conjunta, fica indispensável que o casal seja casado civilmente ou mantenha união estável, comprovando a estabilidade da família, nos termos do artigo 42, §2º do ECA. Porém, se tratando de um casal divorciado ou judicialmente separado, o artigo 42, §4º não trouxe nenhum impedimento para a adoção, desde que o estágio de convivência do menor com a família tenha se iniciado na constância da união e esses acordem sobre os regimes de guarda e visita, sempre resguardando o melhor interesse da criança ou adolescente. (DIAS, 2015)”.

Além de todos os requisitos mencionados pela legislação, para que adoção se concretize é necessária a anuência dos pais ou representante legal do adotando, conforme artigo 45 do ECA. Entretanto, o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispensa o consentimento no caso desses responsáveis serem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Quando o adotando for maior de 12 anos o juiz também levará em consideração sua vontade antes de autorizar a adoção, conforme artigo 45, § 2º. O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2013) explica que a negativa do menor em ser adotado deve ser analisada cuidadosamente pelo juiz que nem sempre é obrigado a indeferir o pedido do adotante.

A próxima etapa do processo é o chamado Estágio de Convivência, disposto no artigo 46 do estatuto já mencionado. Esse estágio antecede a adoção e tem por finalidade garantir se o menor se adaptará com a nova família (VENOSA, 2009). O jurista Fábio Ulhoa Coelho explica que esse estágio é uma demonstração de como será a nova rotina da criança, sendo essencial para decidir se adoção será realmente a melhor opção para a família e para o adotando:

Compete à Vara ou Juizado da Infância e Juventude julgar os processos de adoção. É através de um advogado que será possível protocolar uma petição inicial endereçada a esse juízo, baseada nos requisitos dos artigos 319 do Código de Processo Civil de 2015 e artigo 165 do ECA. O requerimento poderá ser feito em cartório quando os pais biológicos do adotando forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em 29 família substituta, conforme expresso no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os interessados passarão por um processo de habilitação para que seja incluso seu nome nos cadastros local e nacional de adoção. Serão assim submetidos a um curso de capacitação psicossocial e jurídica, serão avaliados por uma equipe técnica Inter profissional, através de entrevistas e visitas domiciliares. É neste instante que o adotante

descreverá o perfil da criança ou adolescente que deseja adotar conforme suas preferências pessoais. Se equipe proferir um laudo técnico aprovando o adotante e o Ministério Público oferecer um parecer favorável, o juiz proferirá a sentença que obrigará a inscrição definitiva nos cadastros de adoção.

Após o trâmite processual só resta ao adotante esperar que uma criança seja encontrada. A vara ou juizado responsável pelo processo irá avisar o sobre a existência de um menor com o perfil desejado e, se após a análise de seu histórico o adotante demonstrar interesse em adotá-la, estes serão apresentados e submetidos ao estágio de convivência (DIAS, 2015). Segundo a Lei 12.010/09 o menor com mais de doze anos de idade também será ouvido e sua opinião deverá ser considerada, tendo em vista o Princípio do melhor interesse do menor:

Nos termos dos artigos 28 a 32 [...] sempre que possível a criança ou adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. [...] Na nova sistemática, Lei 12.010/09, o legislador prevê a atuação dos serviços auxiliares encarregados de assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, os quais passam a ter atribuição de ouvir a criança e o adolescente sobre o pleito da adoção. (SILVA, POZZER, 2014, p. 9)

Desta forma, com a nova lei que versa sobre o instituto, os menores têm muita influência no trâmite da adoção, estando envolvidos diretamente na escolha da família, o que é de muita importância para que a convivência definitiva na nova família seja saudável para ambos, e principalmente para o adotado. Decidida a adoção do menor, este será integrado definitivamente na família substituta, com direitos e deveres, como explica Pablo Stolze e Pamplona Filho:

“Portanto, a adoção garante ao novo membro da entidade familiar a qualidade de filho legítimo, devendo cumprir as obrigações legais perante os pais adotantes e que usufruirá dos direitos inerentes aos filhos biológicos, estando agora desvinculado dos pais naturais, salvo no que se refere aos impedimentos matrimoniais, que são os mesmos para as duas famílias. (DIAS, 2015)”.

A Constituição Federal de 1988 salienta que é dever dos pais assegurar a seus filhos o direito à vida, à educação, à saúde, ao lazer, entre outros, que são considerados fundamentais para a boa formação psicossocial do menor, e a colocação em uma família substituta tem essa finalidade (PEREIRA, 2014). No entanto, essa medida deve ser tomada apenas excepcionalmente, visto que a prioridade deve ser sempre manter a criança em sua família biológica.

Quando se percebe que é impossível manter o menor em sua família natural ou extensa, tem-se como única alternativa a colocação em família substituta, para garantir à criança a manutenção dos seus direitos fundamentais. Destarte, após a conclusão do processo é criada entre os pais adotantes e o adotado uma relação socioafetiva, onde o parentesco em linha reta é definido pelo afeto, mas sem estabelecer distinção entre este tipo de filiação e a natural. Para Maria Berenice Dias (2015), a filiação não se define unicamente da verdade biológica, mas sim da verdade do coração.

Contudo, mesmo que o vínculo afetivo seja o principal responsável pela união entre adotando e adotado, a adoção não deixa de ser um ato civil, solene, que surge por uma sentença transitada em julgado. Portanto, sendo um ato civil produz efeitos jurídicos em relação aos diretamente envolvidos e na sociedade. O autor Carlos Roberto Gonçalves classifica esses efeitos como pessoais e patrimoniais:

“Os principais efeitos da adoção podem ser divididos em de ordem pessoal e patrimonial. Os de ordem pessoal dizem respeito ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; os de ordem patrimonial, concernentes aos alimentos e ao direito sucessório. (2014, p. 214)”.

Explica o autor, que estes efeitos passam a vigorar após o trânsito em julgado da sentença que declara procedente o pedido de adoção e do registro civil de nascimento do adotado. O novo membro da família passará a ter direito ao sobrenome dos pais adotantes, será subordinado a um novo poder familiar e terá direito sucessório em igual parte com os filhos biológicos, se existentes.

Portanto, por explicação de Roberto Senize Lisboa (2008), após a conclusão do processo a revogação da adoção só poderá ocorrer se inexistente o vínculo de filiação afetiva entre adotante e adotado, caso em que a filiação é mero título civil.

No entanto, mesmo que o fim dessa relação entre o menor e os pais adotivos seja a melhor opção para a criança, esse novo abandono pode gerar consequências irreparáveis em seu desenvolvimento.

## **2.2 A DEVOLUÇÃO DO MENOR NO PROCESSO DE ADOÇÃO**

É direito de todos e essencial para o bom desenvolvimento cognitivo e psicológico das crianças e adolescentes uma convivência familiar saudável e cabe ao Estado garantir este direito, seja oportunizando uma melhoria de vida para a família biológica, seja colocando o menor em família substituta. Por mais que haja certo esforço estatal para que menores em situação de adoção sejam colocados em um novo lar, em alguns casos específicos a família adotiva desiste da adoção e acaba por devolver o menor aos cuidados do Estado.

Rizzardo (2011) expõe que os motivos que levam a este arrependimento começam com a convivência diária, quando os pais percebem que a criança já tem sua personalidade e hábitos, gerando neles uma dificuldade de criar um laço duradouro e de confiança com o menor. Os adotantes não se sentem aptos a criar o filho e, por isso, a medida vista por eles como solução é desistir.

Embora essa “devolução” não seja um fato de grande ocorrência, em comparação com a quantidade de adoções duradouras, é inegável que os menores que passam pela devolução são muito afetados psicologicamente, uma vez que para eles significa um novo abandono. A pesquisadora Lídia Levy (2009) explica que os adotantes devem desconstruir a imagem de criança ideal que alimentam devido ao sonho de formar uma família, uma vez que com o filho adotivo eles passarão pelas mesmas crises que pais biológicos passam com filhos biológicos, e se essa frustração não for superada a convivência com o menor se tornará insustentável:

[...] a imagem da criança ideal (aquela que o casal imagina para si antes de adotar uma de fato) deve ser desvinculada da criança real, pois se isso não ocorrer, os pais adotivos não poderão suportar os conflitos que esta criança irá trazer que seriam considerados normais se estes fossem vistos como filhos de fato, pois se a criança for integrada como filho, qualquer crise não será diferente daquelas vividas em famílias com filhos biológicos. As devoluções apontam para um fracasso que atinge a todos os envolvidos no processo, principalmente às crianças que, na maior parte das vezes acabam sendo responsabilizadas pela decisão tomada pelos adultos. (2009, p. 60).

### **3. DAS ESPÉCIES DE DESISTÊNCIA**

Para que seja possível analisar com solidez o cabimento da reparação por dano derivado da desistência no âmbito da adoção, necessário se faz sedimentar a avaliação em três etapas:

- desistência ocorrida durante o estágio de convivência em sentido estrito;
- desistência no âmbito da guarda provisória para fim de adoção;
- desistência depois do trânsito em julgado da sentença de adoção.

#### **3.1 DESISTÊNCIA OCORRIDA DENTRO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA**

O art. 46 do ECA dispõe que: “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso”.

Como já anteriormente mencionado, o escopo da fase de convivência é propiciar um início de convivência entre os candidatos previamente habilitados no Cadastro Nacional de Adoção e seus futuros filhos adotivos.

Analisando os parágrafos do referido art. 46, nota-se que é possível a dispensa do estágio de convivência, se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante por tempo que o magistrado considere suficiente para avaliar a conveniência da constituição do vínculo (ECA, art. 46, §1º). O legislador adverte, contudo, que a simples guarda de fato não autoriza, de *per si*, a dispensa da realização do estágio de convivência (ECA, art. 46, §2º). O prazo máximo de 90 dias é passível de prorrogação por até igual período, e quando os adotantes forem residentes no estrangeiro, será de no mínimo 30 e no máximo 45 dias, prorrogável apenas uma vez (ECA, art. 46, §2º-A e §3º).

Vale observar que o procedimento de habilitação deveria durar no máximo 120 dias (ECA, art. 197-F), todavia, geralmente, tem duração de um a dois anos.

Assim, o próprio período de convivência fica prejudicado. Muitas vezes o adotando demora a ingressar no novo ceio familiar e, os adotantes são desestimulados pela morosidade extrema do procedimento.

Como essa fase tem por característica ser uma espécie de teste acerca da viabilidade da adoção, concluímos que, regra geral, a desistência em prosseguir com o processo de adoção nessa etapa é legítima e não autoriza a reparação civil.

Trata-se do estágio de convivência no sentido estrito, descolado da guarda provisória dos adotandos.

Não há dúvidas de que possa haver intenso sofrimento psíquico para a criança ou o adolescente se, por exemplo, o estágio de convivência se estender por tempo significativo, fora dos limites do abrigo ou se o laço entre as partes se desenvolver com aparência de firmeza, por meio de atitudes capazes de criarem no candidato a filho a sólida expectativa de que seria adotado.

Neste horizonte, excepcionalmente e a depender das peculiares características do caso concreto, as rupturas absolutamente imotivadas e contraditórias ao comportamento demonstrado ao longo do estágio podem vir a ser fontes de reparação civil.

Em alguns Estados da federação há a previsão de salutares medidas voltadas para amenizar as consequências dos traumas decorrentes do insucesso do estágio de

convivência, como se dá com o Juizado da Infância e da Juventude de Porto Velho (RO), que celebra acordo com candidatos a pais, desistentes na fase do estágio de convivência, para que subsidiem um ano de psicoterapia para as crianças “devolvidas”. Em síntese, o exercício do direito potestativo de desistir da adoção dentro do estágio de convivência não autoriza o reconhecimento da responsabilidade civil dos desistentes, ressalvadas as situações excepcionais destacadas.

Conforme o julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABUSO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Considerando que a função do estágio de convivência é, justamente, buscar a adaptabilidade do (s) menor (es) ao (s) adotante (s) e deste (s) à(s) criança (s), quando esta adaptação não ocorre e há desistência da adoção durante este período, não há configuração de qualquer ato ilícito ensejador de dano moral ou material. Assim, deve ser mantida a sentença de improcedência. APELAÇÃO DESPROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70079126850, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 04/04/2019).

### **3.2 DESISTÊNCIA NO ÂMBITO DA GUARDA PROVISÓRIA**

A guarda provisória é a etapa que usualmente sucede os estágios de convivência concluídos com êxito, apesar de haver hipóteses de concessão que não passam pela necessidade de prévio estágio. Uma vez sinalizado pela família adotante ao Juízo da Infância e da Juventude o seu interesse em concluir a adoção daquela criança ou adolescente, ser-lhe-á atribuída a guarda para fim de adoção.

Essa guarda, muitas vezes, é sucessivamente renovada e já atribui aos adotantes amplos deveres parentais para com os adotandos. Quem milita com o instituto da adoção costuma dizer que a guarda provisória funda a relação paterno ou materno-filial, embora ainda não tenha havido a constituição formal do vínculo, que depende da sentença de adoção. Ademais, durante a guarda provisória, a convivência entre adotantes e adotados não ocorrerá mais no abrigo, e sim no lar dos adotantes.

Por isso, a desistência nesse contexto, configura-se muito mais complexa e dura do que o insucesso do estágio de convivência em sentido estrito, uma vez que rompe uma

convivência socioafetiva consolidada, atraindo a incidência das regras de responsabilidade civil, para além da impossibilidade de nova habilitação no Cadastro Nacional.

Não se ignora que, enquanto não consumada por sentença a adoção, a possibilidade jurídica de desistência existe, mas é preciso notar que o seu exercício depois de um estágio prolongado de guarda provisória - que, por vezes, dura anos e promove uma total inserção familiar do adotando no seio da família adotante - pode configurar abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil.

Nesse mencionado dispositivo (art. 187, CC), consagrou-se uma "ilicitude objetiva", vale dizer que, dispensa a demonstração do dolo ou da culpa para a sua configuração.

Aqui, não há como não invocar a bela máxima cunhada pelo francês Saint-Exupéry, em "O Pequeno Príncipe", clássico da literatura infanto-juvenil: "tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas".

A guarda dos que pretendem adotar precisa ser exercida com plena consciência da grande responsabilidade que encerra.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"A condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. A previsão de revogação da guarda a qualquer tempo, art. 35 do ECA, é medida que visa precipuamente proteger e resguardar os interesses da criança, para livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família, por exemplo, mas não para proteger aqueles maiores e capazes que se propuserem à guarda e depois se arrependem (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.049157-8/002, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2014, publicação da súmula em 23/04/2014).

A configuração do abuso do direito de desistir da adoção gera responsabilidade civil e esse abuso estará presente se a desistência se operar depois de constituído, pelo adotante, um vínculo robusto com o adotando, em virtude do prolongamento do período de guarda, ante o amálgama de afeto que passa a vincular os protagonistas da relação.

Conforme julgado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADOÇÃO DE DUAS IRMÃS, DE 03 (TRÊS) E 06 (SEIS) ANOS DE IDADE. DESISTÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA DE FORMA IMPRUDENTE PELOS PAIS ADOTIVOS. CONVIVÊNCIA DURANTE 03 (TRÊS) ANOS. CRIAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO. PREJUÍZO PSÍQUICO COMPROVADO POR LAUDO JUDICIAL EMITIDO POR PSICÓLOGA DESTA CORTE. SENSACÃO DE ABANDONO, ANGÚSTIA, ANSIEDADE E TRISTEZA POR PARTE DAS INFANTES. ABALO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DA LEI SUBSTANTIVA CIVIL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. 100 (CEM) SALÁRIOS-MÍNIMOS. FIXAÇÃO PELO MAGISTRADO EM VALOR RAZOÁVEL. OFENSORES QUE GOZAM DE EXCELENTE SITUAÇÃO FINANCEIRA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO APELATÓRIO DESPROVIDO. - A adoção tem de ser vista com mais seriedade pelas pessoas que se dispõem a tal ato, devendo estas ter consciência e atitude de verdadeiros "pais", que pressupõe a vontade de enfrentar as dificuldades e condições adversas que aparecerem em prol da criança adotada, assumindo-a de forma incondicional como filho, a fim de que seja construído e fortalecido o vínculo filial - Inexiste vedação legal para que os futuros pais desistam da adoção quando estiverem com a guarda da criança. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a "coisificação" do processo de guarda - O at (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº XXXXX20188150011, 1ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. JOSÉ RICARDO PORTO , j. em XXXXX-03-2020).

### **3.3 DESISTÊNCIA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO**

Uma vez transitada em julgado a sentença, a adoção se torna irrevogável (ECA, art. 39, § 1º).

É inexistente, no ordenamento brasileiro, base jurídica para "devolução" de um filho após concretizada sua adoção.

Aliás, a filiação adotiva, diferentemente da biológica, é sempre planejada, programada e buscada com a paciência que o burocrático processo de adoção exige, num contexto de longa expectativa dos envolvidos. Há toda uma preparação para que uma pessoa ou um casal possa se habilitar a adotar, envolvendo a participação de uma equipe multidisciplinar, que existe para dar suporte aos envolvidos e para que os candidatos a pais

tenham ciência das variadas e densas dimensões que o processo de acolher - no coração e na vida - um filho exige.

Não se pode olvidar que o indivíduo adotado é alguém cuja trajetória costuma estar marcada por uma rejeição original, razão pela qual uma vulnerabilidade lhe é imanente e demanda especial proteção por parte do Estado.

Impende perceber, ainda, que muitos dos casos de rejeição a filhos adotivos parte de um rosário de queixas sobre a dificuldade de trato com o filho, do seu comportamento "indomável" ou da revelação de características ou problemas de saúde que "surpreendem negativamente" a família adotiva.

E a quem se devolveria um filho biológico? A "devolução fática" de filho já adotado caracteriza ilícito civil, capaz de suscitar amplo dever de indenizar, e, potencialmente, também, um ilícito penal (abandono de incapaz, previsto no art. 133 do CP), sem prejuízo de se poder defender, para além da impossibilidade de nova habilitação no cadastro, a manutenção da obrigação alimentar, uma vez que os adotantes não podem simplesmente renunciar ao poder familiar e às obrigações civis daí decorrentes.

Aliás, a apresentação, em juízo, de um pleito de desconstituição do vínculo de filiação adotiva pode ensejar o proferimento liminar de sentença de mérito, por improcedência liminar do pedido, à semelhança do que se dá com as hipóteses elencadas no art. 332 do CPC. Tratar-se-ia, nesse caso, de uma hipótese atípica de improcedência liminar do pedido.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O drama da desistência na adoção é agudo e tem desafiado, cada vez mais, os nossos Tribunais. Entendemos não haver jurisprudência que asseveram um entendimento uno sobre indenização por abuso de direito.

Partindo da premissa da possibilidade de entrelaçamento das esferas da responsabilidade civil e das relações familiares, investigamos o cabimento de indenização pelos danos derivados das "devoluções" de crianças e adolescentes em processo de adoção ou com a adoção já consumada.

Trata-se de uma indenização que não apenas atende ao escopo compensatório, mas também se justifica em perspectiva pedagógica, à luz da função social da responsabilidade civil.

Aliás, a dor, a angústia, o sofrimento derivados da "devolução de um filho" - como se mercadoria fosse - acarretam, em nosso sentir, um dano moral que dispensa prova em juízo ("*in re ipsa*"). Se a desistência ocorre dentro do estágio de convivência (ECA, art. 46)

no sentido estrito, não se há que falar, em regra, em responsabilidade civil, eis que o direito potestativo de desistência é legítimo e não abusivo.

Se a desistência ocorre, contudo, após o estágio de convivência, durante período de guarda provisória e antes da sentença transitada de adoção, pode se configurar o abuso do direito (de desistir), à luz do art. 187 do CC, daí emergindo a responsabilidade civil.

Após a sentença de adoção transitada em julgado, é juridicamente impossível a pretendida "devolução", caracterizando, tal ato, se efetivado, no plano fático, ilícito civil (e, a depender do caso, também, ilícito penal, por abandono de incapaz - art. 133, CP). Ressalte-se que o juiz, inclusive, pode proferir uma sentença de rejeição do pedido de devolução, sem sequer citar o réu (hipótese atípica de improcedência liminar do pedido - art. 332, CPC).

#### **REFERÊNCIAS:**

**DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS** [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)

A **responsabilidade** civil em caso de desistência da adoção - <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1797.html>

**O PODER FAMILIAR NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.** - [https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/o\\_poder.pdf](https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/o_poder.pdf)

Responsabilidade civil pela desistência na adoção - <https://ibdfam.org.br/artigos/1513/Responsabilidade+civil+pela+desist%C3%A2ncia+na+ado%C3%A7%C3%A3o>

**RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO NO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA** - [https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/ashley\\_deluca.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/ashley_deluca.pdf)

As consequências jurídicas da devolução de crianças adotadas no Brasil - <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/as-consequencias-juridicas-da-devolucao-de-criancas-adotadas-no-brasil/>

Efeitos jurídicos e psicológicos da devolução de crianças adotadas - <https://ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jur%C3%ADdicos+e+psicol%C3%B3gicos+da+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas++>

Responsabilidade civil pela desistência na adoção -

<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-civil/responsabilidade-civil-desistencia-adoacao>

**JUSBRASIL-**

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=desist%C3%Aancia+da+ado%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em:

## **ANÁLISE HISTÓRICA DA AUTONOMIA CONFERIDA (OU NÃO) AOS MUNICÍPIOS PELAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

**VICTOR AUGUSTO SOARES FREIRE:**

Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho – ICF. Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná – TRE-PR216

**RESUMO:** O presente trabalho tem como escopo a análise do grau de autonomia conferido às municipalidades brasileiras ao longo da história, através da pesquisa e observação dos principais dispositivos das Constituições pretéritas que garantiam, reduziam, ou abalavam a autonomia desses entes. O estudo ainda pretende debater sobre a utilização do termo “peculiar interesse” constante de Constituições pretéritas, quando estas pretendiam conferir autonomia ao Município, frente à alteração dessa expressão, pela Constituição atual, para “interesse local”, e quais repercussões pode-se aferir diante de tal mudança.

**PALAVRAS-CHAVE:** Federação. Autonomia Municipal. Municípios. Constituição Federal. Peculiar interesse. Interesse local.

### **1 INTRODUÇÃO**

A evolução da posição jurídica dos municípios, no ordenamento jurídico brasileiro, perpassa pela análise das diversas Constituições, sendo certo que a autonomia a eles conferida ao longo da vigência de cada uma das cartas constitucionais brasileiras foi, sem dúvidas, oscilante: a depender do momento político vivido pelo Brasil em cada período, a autonomia municipal era assegurada ou aniquilada, em maior ou menor proporção, conforme se discorrerá a seguir.

Conforme leciona MEIRELLES (2023, p. 41)<sup>217</sup>, o modelo de município português foi transplantado para o Brasil-Colônia com as mesmas atribuições (e mesma organização) que desempenhava no Reino. Aqui, à época, os municípios eram constituídos por um presidente, três vereadores, dois almotacéis (inspetores de pesos e medidas que fixavam o preço dos gêneros alimentícios) e um escrivão, situação esta que perdurou até a

---

216 E-mail: victorsoaresfreire@gmail.com

217 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo, JusPodivm, 2023, p. 41.

Constituição Imperial de 1824, a qual, após a Independência (1822), inovou nas diretrizes dadas às Municipalidades brasileiras.

Entretanto, antes do advento da Constituição de 1824, houve, no Brasil, a instalação de uma Assembleia Constituinte, em junho de 1822, sob convocação do então Príncipe Regente D. Pedro (D. Pedro I), cujo objetivo era a elaboração da primeira Constituição brasileira. Somente após a proclamação da Independência é que essa Constituinte de fato foi executada, elaborando uma Constituição que ficou conhecida como a “Constituição da Mandioca”:

Esta constituição ficou conhecida como “Constituição da Mandioca”, pois segundo ela só poderiam ser eleitores ou candidatos aqueles que tivessem certa renda equivalente a 150 alqueires de farinha de mandioca. Mostrava, desta forma, que defendia os interesses da elite agrária e mantinha o trabalho escravo, sendo dada ao governo a responsabilidade sobre esta mão de obra escravista<sup>218</sup>.

No projeto da mencionada Constituição, observava-se uma predominância de poderes do Legislativo sobre o Executivo. Por esse motivo, o Imperador D. Pedro I cercou e dissolveu a Assembleia Constituinte, já que não aceitava ter seus poderes limitados. Assim, sucumbiu o projeto do que teria sido a primeira Constituição brasileira.

## **2 O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1824**

A Constituição Imperial de 1824 foi a primeira Constituição brasileira, outorgada em 25 de março de 1824 e vigeu até 1891, dois anos após a proclamação da república. Essa Constituição foi responsável pela instituição de Câmaras Municipais em todas as cidades e vilas existentes, dedicando o Capítulo III do Título 7º (“Da Administração e Economia das Províncias) para a disciplina da matéria, *verbis*<sup>219</sup>:

Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo econômico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

Art. 168. As Camaras serão electivas, e compostas do numero de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior numero de votos, será Presidente.

---

218 DE ARAÚJO, Ana Paula. Assembleia Constituinte de 1823. InfoEscola. Disponível em <https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/assembleia-constituente-de-1823/>. Acesso em 3 de jun. 2023.

219 BRASIL, Constituição (1824), Título 7º, Capítulo III – Das Camaras. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 3 de jun. 2023.

Art. 169. O exercício de suas funções municipais, formação das suas Posturas policiais, aplicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e úteis atribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.

Conforme Meirelles (2023)<sup>220</sup>, as Municipalidades, regidas pela Lei Regulamentar de 1828 (citada na parte final do art. 169 da Constituição de 1824, acima transcrito), eram apenas divisões territoriais, desprovidas de autonomia na gestão de seus interesses e sem qualquer influência política, sendo as Câmaras meros órgãos administrativos. Não havia um agente executivo próprio do Município, mas um procurador que exercia apenas parcialmente suas atribuições, na qualidade de empregado da Câmara.

### 3 O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Constituição subsequente, de 1891, marcada por ter sido a primeira Constituição da Era Republicana no Brasil, foi evidentemente inspirada na Constituição Americana, notadamente por seu cariz individualista. O federalismo, entretanto, é a principal inovação constante daquela Carta. Sobre o tema, a lição de SÉRGIO LUIZ BEZERRA TRINDADE:

A proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, ocorre na continuidade de um processo de esgarçamento da legitimidade da monarquia brasileira, cujo marco inicial seria o Manifesto Republicano de 1870, que preconizava a "autonomia das províncias" como "princípio cardeal".

[...]

O modelo da Constituição de 1891 é a Constituição dos Estados Unidos da América. Com ele, enquadra-se o Brasil na tradição liberal norte-americana de organização federativa e do individualismo político e econômico.

[...]

O federalismo é a grande inovação da Constituição de 1891; mais até que o individualismo. Isso porque a inspiração liberal do individualismo político e econômico, ascendente nas primeiras décadas do século XIX e no auge ao final do século, já deixara sua marca na nossa primeira Constituição, a de 1824. Nesse aspecto, a

---

<sup>220</sup> Op cit., p. 42

Constituição dos Estados Unidos funcionará menos como uma inovação e mais como reforço para justificar e consolidar o individualismo que se reafirma na primeira Constituição da República.

**O federalismo, implantado em substituição ao centralismo do Império, dá aos estados uma grande soma de poder, que se distribui entre o estado e os municípios.** Sobre esse princípio edifica-se a força política dos coronéis no nível municipal e das oligarquias nos níveis estadual e federal. O papel central emprestado aos direitos individuais, deixando de lado a preocupação com o bem público, ou seja, a virtude pública ou cívica que está no cerne da idéia de República, funciona como barreira no processo de construção da cidadania no Brasil.<sup>221</sup> (*Grifos nossos*)

Hely Lopes Meirelles<sup>222</sup> cita que o Decreto 1, de 15 de novembro de 1889, declarou os Estados-membros soberanos, ao invés de autônomos, um equívoco técnico do texto que revela profundo paradoxo, haja visto que, acaso fossem soberanos, não se estaria diante de uma República Federativa, mas de uma Confederação.

Importante dispositivo constante da Constituição de 1891, o art. 68 daquela Carta determinava que os estados se organizassem de modo a assegurar a autonomia dos Municípios e, nesse ponto, fez alusão ao cerne deste estudo: seu “peculiar interesse”. Vejamos<sup>223</sup>:

Art. 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

Apesar do dispositivo acima transcrito supostamente conferir autonomia aos Municípios brasileiros, conforme assevera MEIRELLES, durante os 40 anos em que vigorou a primeira Constituição da República, não houve autonomia municipal no Brasil. Justificando essa conclusão, o renomado autor cita que:

---

221 Trindade, S. L. B. (2008). CONSTITUIÇÃO DE 1891: as limitações da cidadania na República Velha. Revista UNI-RN, 3(1/2), 175. Disponível em: <http://www.revistas.unirn.edu.br/index.php/revistaunirn/article/view/98>. Acesso em 3 de jun. 2023.

222 Op. Cit., p. 43

223 BRASIL, Constituição (1891), Título III – Do Município. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 3 de jun. 2023

O hábito do centralismo político, a opressão do coronelismo e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos “seus” Distritos de influência, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder.

Os prefeitos eram eleitos ou nomeados ao sabor do governo estadual, representado pelo “chefe” todo-poderoso da “zona”. As eleições eram de antemão preparadas, arranjadas, falseadas ao desejo do “coronel”. As oposições que se esboçavam no interior viam-se aniquiladas pela violência e pela perseguição política do situacionismo local e estadual. Não havia qualquer garantia democrática. E nessa atmosfera de opressão, ignorância e mandonismo o Município viveu quatro décadas, sem recurso, sem liberdade, sem progresso, sem autonomia.<sup>224</sup>

Sobre o “*coronelismo*” mencionado por Hely Lopes Meirelles, *modus operandi* da política à época da Primeira República, também consignou BRUNO HOCHHEIM, segundo o qual:

A base da política nacional residia nos “currais eleitorais”, regiões em que o chefe político local, o “coronel”, exercia seu poder, arregimentando eleitores e transportando-os aos locais de sufrágio, tudo isso por vezes às próprias expensas, votando-se então nos candidatos por ele indicados. Havia, é claro, disputas entre os diversos “coronéis”, de modo que as eleições municipais podiam ser bem acirradas, envolvendo o uso da violência, tudo para que se lograsse conquistar a prefeitura. Uma vez obtida, utilizavam-se os recursos públicos para a nomeação de apadrinhados e para o custeio de futuras eleições, sendo essa uma das principais razões pelas quais a administração municipal era muito desorganizada. O controle desta também servia para a perseguição de adversários políticos (LEAL, 2012, p.57-60).

O “coronel” mais poderoso era, de modo geral, aquele que mais votos podia amealhar, utilizando-os para conquistar o poder municipal, além de poder oferecê-los aos governos estadual e federal em troca de favores: a instalação de benefícios para a população

---

224 Op. Cit., p. 43.

local, como luz, hospital e esgoto; nomeação de apaniguados em cargos estaduais; nomeação de apadrinhados mesmo em cargos federais, em virtude da praxe de as indicações para essas posições serem feitas observando-se as sugestões dos governadores (LEAL, 2012, p.58, 63- 4). Criava-se toda uma série de trocas de favores, o que gerava, de certa forma, um curioso canal de comunicação que se estendia do “coronel” ao presidente da República, com todas as intermediações e tolhimentos que isso implicava.

Apesar dessa sua proximidade e controle dos eleitores, não eram os coronéis quem comandavam a política, e sim as situações estaduais. **Os chefes municipais eram dependentes da situação estadual: os municípios contavam com parquíssimos recursos, os quais não faziam frente às suas necessidades; os próprios tributos de competência municipal eram decididos pela situação estadual, uma vez que cabia aos estados defini-los; o papel de intermediário do governador para tudo conferia a este imensos poderes; as forças policiais eram estaduais; os governadores poderiam usar da violência contra prefeitos com mais liberdade do que os presidentes da República contra governadores, uma vez que havia menos repercussões políticas.** A fragilidade municipal frente ao estado era tão grande que, em regra, só era oposição quem não podia ficar com o governo; a disputa encarnçada nas eleições municipais entre os diversos “coronéis” era, na verdade, não para definir a posição do município frente à política estadual, mas para decidir quem apoiaria a situação estadual e usufruiria das correspondentes vantagens (LEAL, 2012, p.63-7, 111-2, 149-50). As “situações” estaduais eram quem definia a política dentro do estado; por meio da “política dos governadores”, por sua vez, eram em conjunto o principal fator real de poder da Primeira República.225 *(grifos nossos)*

A par dessas considerações, de fato, nenhum dos pilares da autonomia municipal – autogoverno, autoadministração, autolegislação e auto-organização – podiam ser identificados nos Municípios brasileiros à época da Constituição de 1891, fazendo do seu art. 68, alhures transcrito, letra morta.

---

225 HOCHHEIM, Bruno Arthur. Federalismo, centralização e intervenção estatal: os debates na Comissão do Itamaraty (1932-1933). 2017. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24747>. Acesso em: 3 de jun. 2023.

A Constituição de 1891 viveu por mais de quarenta anos, sendo revogada pela Constituição de 1934, a qual foi marcada por intensa polarização ideológica, especialmente porque decorreu da chamada Revolução de 30, que precedeu a instituição do Governo Provisório de Getúlio Vargas (1930-1934), conforme se verá adiante.

#### **4 O MUNICÍPIO NAS CONSTITUIÇÕES DE 1934 E 1937**

Essa nova Carta Magna foi fruto de intenso trabalho no âmbito da denominada Comissão do Itamaraty, constituída por notáveis políticos e juristas, responsável pela elaboração do anteprojeto da Constituição.

A Assembleia Nacional Constituinte, instituída por Getúlio Vargas em 1933, então, aprovou o texto da Constituição de 1934, mas em termos muito diferentes daqueles do anteprojeto produzido pela Comissão do Itamaraty.

Segundo o texto da Constituição de 1934, a Nação brasileira seria constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, não sendo os Municípios reconhecidos como unidades federadas, ainda que estes pudessem ser organizados de forma que lhes ficasse assegurada a autonomia em tudo que respeitasse o “peculiar interesse local”. Sobre essa Constituição, lecionou MEIRELLES:

A experiência do regime anterior demonstrou que não bastava a preservação do princípio autonômico na Carta Magna para sua fiel execução. Era necessário muito mais. Precisavam as Municipalidades não só de governo próprio, mas - antes e acima de tudo - de rendas próprias, que assegurassem a realização de seus serviços públicos e possibilitassem o progresso material do Município. Fiel a essa orientação, a Constituinte de 1934 inscreveu como princípio constitucional a autonomia do Município em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente a eletividade do prefeito e dos vereadores, a decretação de seus impostos e a organização de seus serviços (art. 13).

Depois de dar os lineamentos da autonomia, concretizando-a em providências, passou a Constituição de 1934 a discriminar as rendas pertencentes ao Município (art. 13, §2º, I a V). **Pela primeira vez uma Constituição descia a tais minúcias para resguardar um princípio**

### **tão decantado na teoria quanto esquecido na prática dos governos anteriores.**<sup>226</sup> (*grifos nossos*)

A Constituição de 1934, portanto, foi responsável por garantir, textual e concretamente, que os Municípios possuíssem renda própria, pilar essencial (mas não único) da autonomia municipal, uma vez que, acaso sempre dependente das finanças do Estado-membro ou da União, autonomia nenhuma teria.

Entretanto, não se pode afirmar que a Constituição de 1934 foi responsável por conferir autonomia, de fato e de direito, aos Municípios brasileiros, especialmente diante de sua brevíssima vigência, posto que foi rapidamente substituída pela Constituição de 1937, fruto do golpe ditatorial de 10.11.1937 que instaurou o denominado Estado Novo.

A doutrina de Meirelles (2023)<sup>227</sup> leciona que o Estado Novo caracterizou-se pela concentração de poderes no Executivo, mais especificamente nas mãos de seu instituidor – Getúlio Vargas. Essa nova Constituição executou um golpe profundo na pouca autonomia municipal consagrada na Carta anterior, na medida em que cassou a eletividade dos Prefeitos, que a partir de então eram nomeados pelo Governador, mantendo-a, em âmbito local, tão somente quanto aos vereadores.

Apesar disso, a Constituição de 1937 manteve a discriminação das rendas dos Municípios, exceto no tocante ao chamado imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais. Concluindo sobre a autonomia municipal no âmbito daquela Carta, MEIRELLES afirma:

Pode-se afirmar, sem vislumbre de erro, que no regime de 1937 as Municipalidades foram menos autônomas que sob o centralismo imperial, porque na Monarquia os interesses locais eram debatidos nas Câmaras de Vereadores e levados ao conhecimento dos governadores (Lei de 1828) ou das Assembleias Legislativas das Províncias (Ato Adicional de 1834), que proviam o respeito, ao passo que no sistema interventorial do Estado Novo não havia qualquer respiradouro para as manifestações locais em prol do Município, visto que os prefeitos nomeados governavam discricionariamente, sem a colaboração de qualquer órgão local de representação popular.<sup>228</sup>

---

<sup>226</sup> Op. Cit., p. 44.

<sup>227</sup> Ibid., p. 44

<sup>228</sup> Ibid., p. 45

Naturalmente, percebe-se que, quanto menos democrático o regime de governo, menor a autonomia conferida aos Municípios, uma vez que, dessa forma, o Ditador tem mais liberdade para aparelhar e controlar politicamente as atribuições dos entes locais em seu favor.

Em meados de 1945, entretanto, a situação política do governo Vargas foi ficando conturbada, e, segundo a Doutora em História Ana Luíza de Andrade<sup>229</sup>, a substituição do Chefe de Polícia do Distrito Federal pelo irmão do Presidente da República, por ordem de Vargas, gerou descontentamento nas lideranças políticas, que buscaram revogar essa indicação, gerando forte crise política que culminou em sua renúncia.

## **5 O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1946**

A próxima Constituição, de 1946, originou-se após a deposição (ou “renúncia forçada”) do governo ditatorial de Vargas pelas Forças Armadas em 29.10.1945. Mencionada Constituição se propôs a garantir a Democracia, e foi promulgada, em 18.09.1946, por uma Assembleia Constituinte.

O municipalismo ganhou força na nova Constituição, concretizando-se sob os aspectos político, administrativo e financeiro.

A Constituição de 1946 promoveu a distribuição equitativa dos poderes e descentralizaram a administração entre União, Estados e Municípios, garantindo a solidez da Federação e as autonomias estadual e municipal. Nos artigos 29 e 30 a Constituição de 1946 já discriminou as rendas públicas, de forma a impedir a modificação pelo legislador infraconstitucional:

Art. 29. Além da renda que lhes é atribuída por fôrça dos §§ 2º e 4º do art. 15, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios os impostos:

I - predial e territorial, urbano;

II - de licença;

III - de indústrias e profissões;

IV - sôbre diversões públicas;

---

<sup>229</sup> DE ANDRADE, Ana Luíza Mello Santiago de. Deposição de Getúlio Vargas. InfoEscola. Disponível em <https://www.infoescola.com/historia/deposicao-de-getulio-vargas/>. Acesso em 3 de jun. 2023.

V - sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência.

Art. 30. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar:

I - contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas;

II - taxas;

III - quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços.

Parágrafo único. A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa realizada, nem ao acréscimo de valor que da obra decorrer para o imóvel beneficiado.<sup>230</sup>

Essa Constituição também assegurou importantes garantias aos Municípios, a exemplo da eletividade de prefeitos e vereadores (art. 28, I), autoadministração, novamente utilizando-se da restrição ao seu “peculiar interesse” (art. 28, II) e ainda conferiu aos Municípios participação na arrecadação dos tributos da União e dos Estados (art. 15, §§2º e 4º, 20, 21 e 29).

Com o golpe de estado efetivado pelos militares em 1964, oportunizou-se a elaboração da próxima Constituição, que exsurtiu formalmente em 1967.

## **6 O MUNICÍPIO NAS CONSTITUIÇÕES DE 1967 E 1969**

Nas palavras de Paulo Vargas Groff<sup>231</sup>, “*A Constituição de 1946 foi oficialmente substituída pela Constituição de 1967. No entanto, desde o golpe militar, em 31 de março de 1964, tinha-se encerrado o ciclo constitucional capitaneado pela Constituição de 1946*”.

Para Meirelles<sup>232</sup>, a Constituição de 1967 (e sua Emenda Constitucional nº 01/69, a qual, para parte da doutrina constitucionalista, poderia ser considerada a Constituição de 1969, dada sua extensão e a profundidade de suas alterações) tem como característica marcante seu sentido centralizador, concretizado pelo reforço de poderes do Executivo. Essa Carta manteve textualmente a autonomia dos Estados e Municípios, mas em termos

---

<sup>230</sup> BRASIL, Constituição Federal (1946), Título I, Capítulo I – Disposições Preliminares. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 3 de jun. 2023.

<sup>231</sup> GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. Brasília a, v. 45, 2008, p. 120

<sup>232</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, 20ª ed., São Paulo, JusPodivm, 2023, p. 46.

mais restritivos que as Cartas pretéritas, restrições essas que foram ainda mais acentuadas pelas Emendas Constitucionais que a sucederam.

A Emenda Constitucional nº 1/1969 manteve parte da autonomia municipal pela eleição direta de prefeitos e vereadores, mas tornou obrigatória a nomeação dos prefeitos das capitais, das estâncias hidrominerais e dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional.

Manteve a administração própria no tocante ao “peculiar interesse” do Município, bem como a arrecadação e manutenção dos tributos de sua competência e de suas rendas. Discriminou e limitou os impostos municipais, que passaram a ser tão somente o imposto territorial e predial urbano (IPTU) e imposto sobre serviços (ISS), além de possibilitar a instituição de taxas e contribuições de melhoria. Manteve, também, a participação dos Municípios no produto dos impostos da União e dos Estados.

Com a abertura democrática, ocorrida notadamente entre 1978 e 1985, surge espaço para a elaboração de uma nova Constituição, reconstruindo o Estado brasileiro dessa vez sob o manto da Democracia.

## **7 O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A década de 1980 marcou um período de mudanças profundas e cruciais na história política do Brasil. Após décadas de regime militar autoritário, o país testemunhou um processo de transição democrática que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”. Essa transição democrática foi marcada por intensos debates, mobilizações sociais e políticas, que refletiram nas diretrizes adotadas para a nova ordem constitucional e, notadamente, na ampliação da autonomia dos municípios dentro da federação brasileira.

A transição dos regimes anteriores para o regime democrático atual inaugurado pela Constituição Federal de 1988 foi bem resumida por GROFF, que assim sintetizou:

O regime militar começa aos poucos uma gradual abertura. O período entre 1978 e 1985 é caracterizado pela “abertura democrática”, com o retorno do multipartidarismo, em 1978, e as eleições diretas para governadores, em 1982. Em 1984 surge o movimento pelas “Diretas Já”, que defendia a aprovação no Congresso Nacional da Emenda Constitucional prevendo as eleições diretas para Presidente da República. Esse movimento conseguiu mobilizar grandes manifestações de massa, e é um ponto marcante da democratização, embora não tenha conseguido a aprovação da

Emenda nesse período. Foi apenas com a Constituição de 1988 que as eleições passaram a ser diretas em todos os níveis. No entanto, a oposição, defensora das "diretas já", conseguiu vencer as eleições indiretas para Presidente da República, em 1984, elegendo Tancredo Neves para Presidente e José Sarney para Vice-presidente. Porém, Tancredo faleceu antes da posse e assumiu o Vice-presidente, tendo sido o primeiro Presidente civil depois de 20 anos de ditadura. Isso marca o início de um novo período político no Brasil, a Nova República.<sup>233</sup>

A Constituição de 1988 representa o grande marco democrático e social do constitucionalismo brasileiro e é, sem dúvidas, a Carta Política que conferiu e concretizou o maior nível de autonomia dos Municípios, notadamente por tê-los integrado à Federação como entidade de terceiro grau (especialmente no seu primeiro artigo: *"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos<sup>234</sup>:"*), característica essa ausente nas Cartas anteriores.

O artigo 18 da Constituição de 1988, por exemplo, reconhece expressamente a autonomia dos municípios, estabelecendo que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

Uma das características mais marcantes dessa Constituição foi a ênfase na autonomia dos entes federados, em especial dos municípios. A Carta de 1988 foi elaborada sob o princípio da busca pela harmonia entre os poderes, o respeito aos direitos fundamentais e a valorização da descentralização do poder, concretizada principalmente pelos artigos 22 a 24, os quais enumeram as competências privativas da União, as competências comuns de todos os entes e, por fim, a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, respectivamente, além do disposto no importantíssimo artigo 30, verdadeira bússola da autonomia municipal.

Importante reflexão foi realizada pelo professor Cezar Saldanha, o qual explana uma verdadeira mudança de paradigma em relação a autonomia municipal pela Constituição de 1988:

É chegada a hora de reinterpretarmos a Federação brasileira à luz da prioridade da pessoa e dos entes mais próximos a ela. Nessa

---

<sup>233</sup> Op. Cit., p. 123.

<sup>234</sup> BRASIL, Constituição Federal (1988), Título I – Dos Princípios Fundamentais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 3 de jun. 2023.

perspectiva o Município vem antes do Estado e da União. E o Estado, antes da União. A distribuição das competências deve seguir um caminho que sobe do fundamento, as pessoas e os municípios, para as instâncias mais elevadas e abstratas.<sup>235</sup>

Arrematando as mais importantes características do direito municipal regidas pela nova Constituição, HELY LOPES MEIRELLES, com peculiar maestria, assim discorreu:

A característica fundamental da atual carta é a ampliação da autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29 a 31, 156, 158 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar sua lei orgânica (*Carta própria*), anteriormente adotada apenas pelo Estado do Rio Grande do Sul, desde a Lei Júlio de Castilhos, de 12.1.1897. Extinguiu, também, a nomeação de prefeitos para qualquer Município, manteve a eleição direta para vereadores (art. 29) e vedou a criação de tribunais, conselhos ou órgãos de contas municipais (art. 31, §4º).<sup>236</sup>

Um dos assuntos mais caros ao direito constitucional municipal atualmente é justamente o estudo da abrangência e limites das competências municipais previstas na Constituição de 1988, matéria esta que foge ao cerne deste estudo, o qual pretende se limitar à exposição de evolução histórica da autonomia municipal no Brasil. Grande parte dessas competências estão elencadas no art. 30 da Carta, o qual se transcreve a seguir:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

---

<sup>235</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Autonomia municipal e subsidiariedade: competência constitucional do município. Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, Porto Alegre, n. 20, nov. 2006. p. 19.

<sup>236</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, 20ª ed., São Paulo, JusPodivm, 2023, p. 47.

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

A primeira observação que temos a fazer a respeito da importância do artigo supratranscrito é quanto ao denominado "interesse local". Nota-se que a Carta de 1988 não repetiu a expressão "peculiar interesse", que estava presente em todas Constituições republicanas precedentes.

Certamente essa mudança não tem implicações meramente gramaticais. A opção pela expressão "interesse local" na Constituição de 1988 trouxe uma mudança significativa na abordagem da autonomia municipal. A escolha dessa terminologia reflete um entendimento mais amplo e inclusivo, que reconhece a capacidade dos municípios de legislar sobre uma variedade de assuntos que impactam diretamente sua população, independentemente de serem considerados "peculiares" ou excepcionais.

Isso pode ser afirmado sem qualquer percalço porque o termo "peculiar interesse" de fato delimita insatisfatoriamente a atuação do Município, posto que grande parte do que hoje é entendido como "interesse local" não seria entendido como "peculiar interesse", como por exemplo o direito ambiental, que, especialmente por ser um direito difuso, não poderia ser enclausurado como interesse peculiar dos Municípios (haja visto que interessa a todos os entes da federação, conforme art. 225, *caput*, da CF/1988237) e nem poderia estar excluído da competência municipal. Sobre o tema, a lição de MEIRELLES:

Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se

---

237 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como, também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes integrantes da Federação Brasileira. **O que define e caracteriza o “interesse local”, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União.**<sup>238</sup> (grifos nossos)

Vemos, assim, uma reformulação da noção de interesse local, com base no que a doutrina denomina “predominância do interesse”. Isso porque, como bem lecionou Hely Lopes Meirelles, de fato, não há interesse regional ou nacional que não seja também interesse local, já que é no Município que as pessoas vivem. Também não há interesse local que não seja reflexamente regional ou nacional, já que a própria Constituição Federal estabelece que a República Federativa é formada pela união indissolúvel dos entes federados, fato este que entrelaça nitidamente os interesses de cada unidade federativa.

Assim, tormentosa eventual tentativa de se separar claramente o que seria interesse local, regional ou nacional. Método mais prático e racional é investigar não a existência ou ausência de interesse do Município, Estado-membro ou União, mas, sim, investigar qual desses interesses é o que predomina no caso em análise. Havendo a predominância do interesse municipal, tem-se, portanto, configurado o “interesse local” citado pela Carta de 1988.

A abertura do conceito de interesse local e a grande quantidade de competências partilhadas entre o município e os demais entes da Federação têm resultado no aumento de atribuições municipais provenientes de leis federais, como a Lei Orgânica do SUS (Lei Federal nº 8.080/1990), o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/1990) e o Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal nº 9.503/1997)<sup>239</sup>.

Concluindo sobre o instituto do “interesse local” disposto no art. 30, I, da CF/88, LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA dessa maneira sintetizou:

---

<sup>238</sup> Op. Cit., p. 100-101.

<sup>239</sup> SCHULER, Anelise Domingues; LIMA, Márcia Rosa de. Competências exclusivas e compartilhadas na federação brasileira. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; ÁVILA, Marta Marques (Coord.). Direito do Estado: estudos sobre Federalismo. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. v. 1, p. 344-345

Assim, se, de um lado, surgem divergências a respeito do significado semântico de “peculiar interesse” e de “interesse local”, a análise das Constituições nos campos destacados neste texto demonstra que a Constituição que introduziu o “interesse local” foi significativamente mais atuante ao lado do município, enquanto as constituições que utilizavam a expressão “peculiar interesse” sequer tratavam o município como ente da Federação. O “interesse local”, portanto, em virtude da Constituição em que está inserido, é mais abrangente que “peculiar interesse”. Tais conclusões deveriam, ao menos, servir de base para reverter a realidade atual de grande acumulação das receitas públicas nas mãos da União.<sup>240</sup>

O arremate do autor é convergente com o espírito da Constituição de 1988, que providenciou a concretização democrática e a solidificação do Brasil como um Estado Democrático de Direito, fortalecendo, ainda, a Federação brasileira, ao expressamente mencionar, pela primeira vez, os Municípios como entes federados autônomos.

A autonomia municipal encartada na Constituição de 1988, por óbvio, vai muito além do disposto no artigo 30. A exemplo do que já existia em Cartas pretéritas, a atual Constituição discrimina especificamente as rendas dos Municípios, seus tributos e a participação na repartição dos tributos dos Estados e da União.

Mas a Constituição de 1988 vai além: prevê como hipótese de intervenção Federal nos Estados a inobservância do princípio da autonomia municipal (conforme art. 34, VII, “c”, da CF/88241).

Essa talvez seja a expressão mais concreta da autonomia municipal no âmbito da Constituição de 1988. Note que na maioria das Constituições pretéritas, mesmo havendo textualmente menção à autonomia dos Municípios, esta ficava restrita ao próprio Estado-membro, é dizer, o Estado-membro era quem detinha a autonomia municipal, por mais paradoxal que possa parecer (como, de fato, o era).

Agora, sob a égide da Constituição de 1988, não só a autonomia municipal passa a efetivamente pertencer aos Municípios, como seu desrespeito, pelo Estado-membro, pode ser repellido pelo instrumento extremo de resolução de crise constitucionalmente

---

240 Souza, Leonardo da Rocha de. Interesse local versus peculiar interesse: análise da atuação dos municípios nas constituições republicanas brasileiras. Revista De Direito Administrativo, 261, p. 144. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v261.2012.8853>. Acesso em 11 de jul. 2023.

241 Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: c) autonomia municipal;

assegurado, revelando, mais uma vez, a intenção do Constituinte de 1988 de não deixar dúvidas quanto à importância dos Municípios para a consolidação da Federação brasileira.

## **8 CONCLUSÃO**

A evolução da posição jurídica dos municípios no ordenamento jurídico brasileiro revela um percurso complexo, marcado por transformações e oscilações ao longo das diferentes Constituições. Desde o início da colonização até a atualidade, a autonomia municipal foi influenciada por contextos políticos e sociais variados. A Constituição Imperial de 1824, por exemplo, instituiu Câmaras Municipais, mas a autonomia era limitada, sendo as Municipalidades meras divisões territoriais.

A Constituição de 1891 introduziu o federalismo, supostamente assegurando autonomia municipal, mas a realidade contrariou essa intenção, já que os pilares fundamentais da autonomia eram inexistentes. Com a Constituição de 1934, o conceito de "peculiar interesse" dos municípios foi abordado, ainda que a efetiva autonomia fosse brevemente interrompida pela Constituição de 1937, resultado de um golpe ditatorial.

A Constituição de 1946 trouxe um novo fôlego ao municipalismo, reforçando a descentralização administrativa, política e financeira. No entanto, a Constituição de 1967 e suas emendas restringiram a autonomia municipal, ainda que a eleição direta de prefeitos e vereadores fosse mantida.

O marco mais significativo da autonomia municipal ocorreu com a Constituição de 1988, a qual representou a transição democrática pela qual passou o país após anos de regime militar. Essa nova Carta, conhecida como "Constituição Cidadã", consagrou a autonomia municipal como nunca antes. A inclusão dos municípios como entes federados de terceiro grau, junto com Estados e União, refletiu o compromisso com a descentralização do poder.

O artigo 18 da Constituição de 1988 explicitamente reconheceu a autonomia municipal, estabelecendo a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil com a inclusão expressa dos municípios como entes autônomos. Essa Constituição foi elaborada com a ideia de harmonia entre os poderes, a valorização dos direitos fundamentais e a descentralização administrativa e legislativa, evidenciada pelos artigos 22 a 24, que definem competências privativas, comuns e concorrentes dos entes políticos.

A mudança da expressão "peculiar interesse" para "interesse local" foi um marco fundamental, abrangendo mais amplamente a atuação dos municípios em diversos assuntos. A possibilidade de intervenção federal em casos de desrespeito à autonomia

municipal demonstrou a importância atribuída aos municípios na constituição de uma Federação sólida.

Em suma, a evolução da autonomia municipal no Brasil reflete uma jornada inconstante, moldada por fatores políticos e sociais de diferentes épocas. A Constituição de 1988, no entanto, fincou um ponto crucial ao consagrar com a maior amplitude e profundidade a autonomia dos entes menores, incorporando-os como entidades federadas essenciais para a consolidação de uma Federação democrática e descentralizada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1824), Título 7º, Capítulo III – Das Camaras. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 3 de jun. 2023.

BRASIL, Constituição (1891), Título III – Do Município. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 3 de jun. 2023.

BRASIL, Constituição Federal (1946), Título I, Capítulo I – Disposições Preliminares. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 3 de jun. 2023.

BRASIL, Constituição Federal (1988), Título I – Dos Princípios Fundamentais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 3 de jun. 2023.

DE ANDRADE, Ana Luíza Mello Santiago de. Deposição de Getúlio Vargas. *InfoEscola*. Disponível em <https://www.infoescola.com/historia/deposicao-de-getulio-vargas/>. Acesso em 3 de jun. 2023.

DE ARAÚJO, Ana Paula. Assembleia Constituinte de 1823. *InfoEscola*. Disponível em <https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/assembleia-constituente-de-1823/>. Acesso em 3 de jun. 2023.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. Brasília a, v. 45, 2008, p. 120.

HOCHHEIM, Bruno Arthur. Federalismo, centralização e intervenção estatal: os debates na Comissão do Itamaraty (1932-1933). 2017. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24747>. Acesso em: 3 de jun. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Municipal Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo, JusPodivm, 2023, p. 41.

SCHULER, Anelise Domingues; LIMA, Márcia Rosa de. Competências exclusivas e compartilhadas na federação brasileira. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; ÁVILA, Marta Marques (Coord.). *Direito do Estado: estudos sobre Federalismo*. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. v. 1, p. 344-345.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. Autonomia municipal e subsidiariedade: competência constitucional do município. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 20, nov. 2006. p. 19.

Souza, Leonardo da Rocha de. Interesse local versus peculiar interesse: análise da atuação dos municípios nas constituições republicanas brasileiras. *Revista De Direito Administrativo*, 261, p. 144. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v261.2012.8853>. Acesso em 11 de jul. 2023.

Trindade, S. L. B. (2008). CONSTITUIÇÃO DE 1891: as limitações da cidadania na República Velha. *Revista UNI-RN*, 3(1/2), 175. Disponível em: <http://www.revistas.unirn.edu.br/index.php/revistaunirn/article/view/98>. Acesso em 3 de jun. 2023.

## O RETROCESSO DA HOMOLOGAÇÃO DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL TRABALHISTA FRENTE AO MODELO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS

**REGINALDO LOURENÇO PIERROTTI JÚNIOR:**

Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos no programa de pós-graduação da Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Direito Notarial e Registral pelo IBMEC. Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professor de pós-graduação e graduação em Direito. 242

**RESUMO:** A resolução de conflitos está entre os assuntos mais discutidos no âmbito do poder judiciário, em especial diante da cultura da litigiosidade existente nesse país. No Brasil, estima-se que são distribuídos aproximadamente 26,9 milhões de processos judiciais por ano. Nesse cenário caótico, ganhou relevo o sistema de Justiça Multiportas, que se trata de mecanismo que visa diversificar os métodos de resolução de conflitos, oferecendo múltiplas opções às partes envolvidas, de acordo com o que se mostra mais adequado para o caso concreto. Todavia, na Justiça do Trabalho o sistema não tem tido o tratamento que efetivamente merece, surgindo em 2017 com a reforma trabalhista um sistema arcaico, denominado de homologação de transação extrajudicial, que no lugar de deixar ao Judiciário as demandas que lhe são afetas, nas quais realmente há conflito, agrega uma modalidade de ação cujo único objetivo é trazer os efeitos da coisa julgada a um conflito já solucionado anteriormente. Este artigo visa demonstrar que a homologação da transação extrajudicial está na contramão da modernidade, desvirtuando o papel da Justiça do Trabalho e gerando maior onerosidade à Administração da Justiça.

**Palavras-chaves:** resolução de conflitos; sistema multiportas; litigiosidade; justiça do trabalho; transação extrajudicial.

**ABSTRACT:** Dispute resolution is one of the most debated topics within the realm of the judiciary, especially given the prevalent litigious culture in this country. In Brazil, it is estimated that approximately 26.9 million legal cases are filed annually. In this chaotic scenario, the Multi-Door Court System has gained prominence. This mechanism aims to diversify conflict resolution methods by offering various options to the involved parties, depending on what is deemed most suitable for the specific case. However, in the realm of Labor Law, this system has not received the attention it rightfully deserves. In 2017, as a

result of labor reform, an antiquated system known as extrajudicial settlement homologation emerged. Instead of reserving for the Judiciary cases within its domain that genuinely involve conflict, this system introduced an action type solely aimed at giving the res judicata effects to a conflict that had already been previously resolved. This article aims to demonstrate that the homologation of extrajudicial settlements goes against modernity, distorts the role of the Labor Court, and adds further burden to the judicial administration.

**Keywords:** multi-door system; litigiousness; labor court; extrajudicial settlement

## INTRODUÇÃO

Não é novidade que atualmente a morosidade do Poder Judiciário, causada pelo excessivo número de demandas, é o maior desafio a ser superado na administração da Justiça. A falta de efetividade processual não só prejudica a parte que busca a satisfação de seu direito, mas acaba por se tornar fator importante de segregação social e de insegurança jurídica, desestimulando o crescimento econômico.

Nessa linha, passaram a ganhar relevo e papel crucial os métodos alternativos e adequados à solução de conflitos, observadas as peculiaridades de cada caso concreto, como é o caso da justiça multiportas, deixando assim ao judiciário exclusivamente as matérias que lhe são afetas, ou seja, as demandas que envolvem efetivo litígio.

Cite-se, a título de exemplo, a desjudicialização de assuntos restritos aos particulares, como o inventário, o divórcio, a arbitragem e a mediação. Por meio da Resolução 125, o CNJ instituiu a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.”

Todavia, no que se refere à Justiça do Trabalho, entendeu o CNJ que haveria necessidade de criação de uma resolução específica, conforme previsão do artigo 18-B da citada resolução.

No Conselho Superior da Justiça do Trabalho foi editada a Resolução 174/2016, que trata “da política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista”, mas que ficou aquém da efetiva capacidade do sistema multiportas, já que definiu mediação como:

meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está

instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio;

Nota-se que na Justiça do Trabalho a mediação somente está prevista quando há lide já instaurada e, ainda, somente pode ser conduzida pela atuação do juiz, ainda que apenas supervisionando.

Além disso, nos termos do artigo 3º, XII da Resolução CSJT 288/2021, “é vedada a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho”.

Assim, embora louvável a iniciativa da promoção de sistemas autocompositivos com políticas que visam a redução da litigiosidade, no âmbito do Direito do Trabalho não há previsão de métodos alternativos de desjudicialização.

Por fim, na contramão da desjudicialização e contribuindo para maior sobrecarga do Poder Judiciário Trabalhista, a Lei nº 13.467/2017 prevê um procedimento de jurisdição voluntária, denominado de homologação de transação extrajudicial.

Nesse artigo, será demonstrado que o referido procedimento de jurisdição voluntária em nada contribuiu para a administração da justiça, onerando-a sem qualquer contrapartida benéfica e contribuindo para o aumento do já excessivo número de demandas.

Para isso, iniciaremos tratando de breves conceitos sobre a justiça multiportas, sua importância e a necessidade de se revisitar o instituto da coisa julgada, para depois demonstrar que já existem outros métodos mais efetivos para o mesmo propósito, inclusive com previsão em projetos de Lei.

## **1 SOBRE A JUSTIÇA MULTIPORTAS**

Importante iniciar com a advertência dos autores Bruno Bastos de Oliveira, Maria das Graças Macena Dias de Oliveira, Valter Moura do Carmo, que nos fazem “lembrar que o Poder Judiciário está prestes a submergir ante o acúmulo de questões a julgar, fato que retarda suas decisões e a efetiva entrega da prestação jurisdicional, ficando o jurisdicionado em situação de delicada insegurança jurídica”. 243

---

243OLIVEIRA, B. B. de.; OLIVEIRA, M. das. G. M. D. de.; CARMO, V. M. do. A eficiência do sistema multiportas de justiça e a aplicação nos conflitos envolvendo a fazenda pública. Revista Faculdade Direito UFG, v. 43, p.01-15, 2019. Disponível em:  
[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-FD-UFG\\_v.43.12.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-UFG_v.43.12.pdf)

A cada ano são mais de 20 milhões de ações que chegam ao Poder Judiciário Brasileiro, número que nem mesmo guarda proporção à totalidade da população nacional. Não se mostra mais possível pensar em concentração da administração da justiça no Poder Judiciário e aumento de sua estrutura para fazer frente a essa demanda, tornando-se indispensável a mudança de cultura jurídica, em especial a da supervalorização do processo judicial como único meio seguro de solução de litígios.

A bem da verdade, cabe ao Estado proporcionar ao cidadão diversidade de opções para a solução de sua demanda, ainda que essa preencha todas as condições para a judicialização. A disponibilização de “múltiplas portas” para a solução do problema do jurisdicionado é o único meio de se enfrentar com possibilidade de sucesso a crise de efetividade que atinge o Poder Judiciário nacional.

O termo “Justiça Multiportas” já tem mais de cem anos e foi apresentado pelo professor de direito de Harvard Frank Sander. Tem como finalidade tornar claro que há alternativas ao sistema clássico centralizado na atividade jurisdicional.

O sistema multiportas ou “justiça multiportas” também pode ser visto como um complexo de técnicas de resolução de demandas disponíveis aos cidadãos que não desejam buscar a via jurisdicional, mas sim a segurança necessária para a solução já alcançada.

Nos dizeres da Juíza Cristiane Padim:

“Nesta perspectiva, o acesso à Justiça não diz respeito exclusivamente à chegada ao Poder Judiciário pela interposição de uma ação, mas, também e principalmente, ao acesso efetivo a uma ordem jurídica justa e em tempo razoável, e isso o sistema de justiça multiportas tem oferecido ao jurisdicionado, com a disponibilização dos métodos autocompositivos, que são mais céleres, mais adequados ao perfil de cada caso e menos onerosos”. 244

O artigo 3º, §3º do CPC deixa clara a necessidade de se incentivar métodos alternativos para solução de conflitos. Vejamos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

---

244 <https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/>

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

*§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

A adoção de soluções alternativas permite não só desafogar o judiciário, mas também a escolha do método mais adequado para a solução de uma questão específica.

Percebe-se desde já a inadequação do procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordo já firmado, pois traz ao judiciário análise de questão que não lhe é afeta, mormente porque não há qualquer lide instaurada.

A verdade é que se busca o Poder Judiciário apenas para conseguir uma segurança que, ainda, nenhum outro método lhe garante: a coisa julgada. Com efeito, não há como pretender que o cidadão busque sistema alternativo se, ao final, não obtiver a mesma estabilidade proporcionada pela sentença judicial e a coisa julgada.

A sensação de que a solução encontrada no método alternativo a qualquer momento poderá ser discutida no Poder Judiciário não apenas não agrada o cidadão, mas arruinará todo o sistema.

Portanto, para a devida compreensão da importância da desjudicialização, e em especial para o seu sucesso, se faz necessária a releitura de institutos jurídicos responsáveis pela segurança jurídica, pacificação social e estabilização das relações, como a coisa julgada.

## **2 DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE ACORDO EXTRAJUDICIAL: SIMPLES BUSCA DA COISA JULGADA**

Tradicionalmente a definição da coisa julgada diz respeito ao efeito ou qualidade que torna a sentença insuscetível de qualquer recurso, ou seja, torna a solução judicial imutável.

A doutrina de Chiovenda é a grande influenciadora para a definição da coisa julgada no Código Civil de 1973. Nos dizeres do autor:

“A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e

da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode daí por diante, contestar; o autor que venceu, não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu, não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos”. 245

Para Eduardo Talamini, a coisa julgada “é um efeito anexo do trânsito em julgado da sentença – vale dizer, um efeito diretamente atribuído por norma de lei, em relação à qual a sentença transitada em julgado funciona como mero fato jurídico” 246

É o instituto ou instrumento do qual se vale o direito para garantir que o vencedor da demanda efetivamente possa confiar no resultado e dele tirar proveito. É a garantia de que não haverá futuras discussões sobre o que fora decidido e entregue pela tutela jurisdicional.

Já não remanesce dúvidas acerca da importância da coisa julgada para a pacificação social, como óbice a eternização dos conflitos. Sem a coisa julgada papel algum caberia ao Poder Judiciário na solução de conflitos, já que esses poderiam ser repetidamente discutidos.

Entretanto, defendemos que para o sucesso da desjudicialização e do sistema de justiça multiportas, os efeitos da coisa julgada não podem se restringir à atuação do Poder Judiciário.

Nessa linha, importante destacar que não foi por coincidência ou economia de texto que o constituinte colocou no mesmo dispositivo a proteção da coisa julgada e do direito adquirido, pois a coisa julgada também já foi doutrinariamente inserida no conceito de direito adquirido.

Ao se entender que direitos adquiridos são aqueles constituídos sob o manto de determinada legislação, não passível de modificação por norma futura, e nem mesmo por decisão judicial, não há como dele afastar do conceito de coisa julgada.

---

245 Apud, SILVA, Ricardo Alexandre da. A Nova Dimensão da Coisa Julgada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/170185310/v1/page/RB-2.1>. Pág. RB-2.1

246 TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Págs. 444-445.

Sendo assim, qualquer provimento, ainda que no âmbito do Sistema de Justiça Multiportas, tem a capacidade para produzir efeitos estáveis, indiscutíveis, que estariam isentos de ataques até mesmo no Poder Judiciário, salvo nos casos relativos à ilicitude ou ilegalidade no procedimento que a reconheceu, ou outros vícios que trazem grave mácula ao provimento.

Nesse ponto, destaca-se o enorme retrocesso que é a possibilidade de se buscar no Judiciário homologação de acordo extrajudicial, uma vez que não há lide instaurada, não há interesse na prevenção de litígio, mas tão e somente a busca dos efeitos da coisa julgada em matéria de competência da Justiça do Trabalho”. 247

A Justiça do Trabalho, que antes era lembrada por estar na vanguarda da celeridade e eficiência, agora dá um passo atrás em nítido desestímulo à desjudicialização e adoção de métodos alternativos da solução de conflitos, dando a entender que apenas o Judiciário é capaz de proporcionar a efetiva segurança jurídica.

Mostra-se, na verdade, enorme resistência à possibilidade de se reconhecer a coisa julgada fora do âmbito judicial.

Na prática, o que se observa com o procedimento previsto no artigo 855-B da CLT é a delegação para o Poder Judiciário de atribuições que são de obrigações exclusivas do particular.

No âmbito do procedimento de homologação judicial se transfere ao Poder Judiciário, por exemplo, a liberação de guias para saque do FGTS e de documentos para habilitação no seguro-desemprego, obrigações exclusivas para o empregador.

Transforma-se paulatinamente a Justiça do Trabalho em órgão homologador de rescisões trabalhistas, tarefa que cabia aos Sindicatos, com a diferença que nesse caso a decisão faz coisa julgada, tornando indiscutível no futuro qualquer situação ocorrida durante o contrato de trabalho.

A situação é deletéria não apenas ao Judiciário, mas também ao trabalhador parte hipossuficiente da relação jurídica, mormente porque no âmbito da homologação poucos fatos são trazidos ao conhecimento do juiz.

---

247 “Art. 652 . Compete às Varas do Trabalho:

.....  
f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.”

### **3 MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA GARANTIR SEGURANÇA AO ACORDO EXTRAJUDICIAL**

Entendemos como falsa a premissa de que só a sentença judicial é capaz de tutelar com segurança e justiça o bem da vida. A sentença judicial deve ser reservada para quando for efetivamente indispensável, quando os valores em questão a exigirem rejeitando qualquer solução alternativa.

Do mesmo modo que a arbitragem – procedimento alternativo e externo ao Poder Judiciário – produz coisa julgada material, é possível que outros métodos de pacificação social também tenham a mesma eficácia.

Ampliar a abrangência da coisa julgada material para as decisões no âmbito extrajudicial ou, como se diz atualmente, no sistema multiportas de solução de conflitos também se insere no necessário aperfeiçoamento da *administração* da justiça.

#### **3.1 DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS**

Nesse cenário de mudanças, importante destacar o papel de órgãos auxiliares da Justiça, como as Serventias Extrajudiciais, que desempenham importante papel no sistema legal brasileiro e são responsáveis por garantir inúmeros direitos fundamentais, a se iniciar pelo reconhecimento da cidadania, com o registro de nascimento.

Também é reconhecido o papel das serventias extrajudiciais para contribuir com a eficiência do sistema jurídico e a celeridade na prestação de serviços à população, contribuindo para o descongestionamento do Poder Judiciário, como é o caso da assunção de procedimentos como inventário e partilha, divórcio, retificação de registros públicos, bem como atribuições de mediação e conciliação.

Aliás, o Provimento 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça já trata dos procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil em interesses particulares, dos quais não se pode excluir a relação de trabalho.

Nessa linha, importante citar dois projetos de Lei em trâmite no Poder Legislativo.

O primeiro é o projeto de Lei 4.894/2019, que expressamente prevê a celebração de acordo extrajudicial trabalhista, devendo as partes estarem representadas por advogados, que terá natureza de título executivo e “eficácia liberatória geral”.

Verifica-se a preocupação do Legislador em garantir segurança aos acordos extrajudiciais, nos mesmos moldes que a homologação judicial sem, contudo,

sobrecarregar o Poder Judiciário, cuja atuação deve se restringir às lides que não comportam outro meio de solução.

Registre-se, por oportuno que o titular de uma serventia extrajudicial, embora não se qualifique como agente público, recebe a delegação constitucional da fé pública.

No direito, pode-se definir como fé pública a presunção de veracidade conferida pela Lei à declaração de determinados agentes, públicos ou privados. Ou seja, o Estado confere, nos termos da Constituição Federal e das Leis Nacionais, a presunção de veracidade de declarações – de fato, ato ou negócio - emanadas de certas pessoas.

Trata-se, portanto, de uma confiança atribuída pelo Estado a determinadas pessoas que, seguindo os ditames e formalidades legais, têm competência para atestar a veracidade, legitimidade, dos fatos, atos (jurídicos ou não) e negócios jurídicos.

Segundo o tabelião Klécio Bandeira Barra, em artigo publicado na Associação dos Notários e Registradores do Brasil (“ANOREG”), fé pública é:

“a confiança atribuída pelo estado democrático de direito aos agentes públicos para prática dos atos públicos, cuja veracidade e legalidade se presumem, devendo ser exercida nas exatas limitações constitucionais e legais, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal”. 248

A Lei é bastante clara ao atribuir fé pública ao notário, tabelião e oficial de registro. Vejamos o que diz o artigo 3º da Lei nº 8.935/1994:

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

O Código de Processo Civil também é claro no artigo 405 ao afirmar que o “documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.”

---

248 BARRA, Kélcio Bandeira. Fé Pública no Estado Democrático de Direito e Inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 876/2016 (Delegação da Fé Pública Notarial a Advogados e Contadores). Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2019/05/FE%CC%81-PU%CC%81BLICA-NO-ESTADO-DEMOCRA%CC%81TICO-DE-DIREITO-1.pdf>. Acesso em 09/05/2023.

Além disso, o tabelião, assim como o juiz, deve observar a primazia indisponibilidade do interesse público, tendo como características de atuação a impessoalidade e imparcialidade.

Do mesmo modo que ao juiz não é permitido atuar em processos que são do seu interesse, ainda que indiretamente, aos agentes delegados também não é, conforme dispõe o artigo 27 da Lei nº 8.935/1994:

Art. 27. No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau.

A garantia da imparcialidade é de toda sociedade e garante que a declaração dada pelo agente goza da mais livre percepção da verdade.

Nessa linha, melhor do que levar ao judiciário a homologação de transação judicial seria possibilitar a realização de transação trabalhista no âmbito das serventias extrajudiciais, mormente porque a hipossuficiência do trabalhador também estaria equilibrada por um terceiro imparcial.

Nesse sentido, importante destacar a justificativa apresentada pelo deputado Hubo Motta, que além de relembrar o sucesso com a desjudicialização do procedimento de inventário e divórcio, menciona:

O Poder Judiciário encontra-se em risco de colapso tanto pelo volume de ações quanto pelo aumento constante de seus gastos que demandam parte significativa do orçamento público. Porém o momento econômico que o País atravessa não permite que sejam feitos investimentos maiores do que os que já vem sendo destinados a esse Poder.

Assim, cremos ser de extrema importância voltar todos os esforços para tentativas de soluções extrajudiciais que reduzem a sobrecarga de trabalho da Justiça Trabalhista.

...

A fé pública é qualidade atribuída ao notário ou tabelião pelo Estado no momento da outorga da delegação. Trata-se de um atributo que gera presunção de veracidade dos atos notariais praticados. Mas não apenas isso, o ato notarial é dotado de imparcialidade, validade,

eficácia e segurança jurídica, nos termos da Lei no 8.935, de 18 de novembro de 1994.

Assim, atribuir ao notário ou tabelião a formalização de tais documentos, nos moldes do que ocorreu com os inventários e divórcios, resultará na prestação de serviços com agilidade, segurança e alta confiabilidade, sem que se perca a necessária segurança jurídica e imparcialidade ínsita às decisões judiciais.

Além de notória qualificação técnica dos profissionais tabeliães, agrega-se valor no que tange à imparcialidade, à confiabilidade e à credibilidade dos serviços prestados perante o cidadão. 249

Referido projeto está em tramitação e em março de 2023 foi redistribuído à Comissão de Trabalho, criada em substituição à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

No mesmo sentido da desjudicialização, importante citar o projeto de Lei 6204/2019, que dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial.

Referido projeto pretende atribuir ao tabelião de protesto competência para o exercício de função de agente de execução, ganhando papel ainda mais relevante na recuperação de crédito para o fomento da economia.

Referido projeto confere ao tabelião de protesto competência para efetuar penhora de bens, avaliação e também atos de expropriação, como a alienação extrajudicial, demonstrando a grande importância que vem se atribuindo às serventias extrajudiciais.

Mais uma vez fica demonstrado o retrocesso no procedimento judicial de homologação de acordo, porque vai na contramão de todos os esforços atuais para a prestação jurisdicional mais célere e eficiente, promovendo sobrecarga ao Judiciário e atribuição de obrigações eminentemente privadas.

## **CONCLUSÃO**

No decorrer do artigo procuramos enfatizar a importância adoção de métodos alternativos de solução de disputas para o Direito e para a administração da justiça, destacando justiça multiportas como método apropriado e efetivo para a desjudicialização.

---

249 [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1810202](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1810202)

Diante das disposições traçadas, podem-se extrair as seguintes conclusões:

- a) O Poder Judiciário já não se mostra capaz de administrar a justiça com eficiência, sendo a morosidade o principal obstáculo a ser superado;
- b) Há que se adotar políticas para modificar a cultura da litigiosidade no Brasil, bem como criar sistemas que sejam capazes de solucionar conflitos com a mesma segurança do Judiciário, porém com mais eficiência;
- c) As demandas trabalhistas também comportam métodos alternativos de solução de disputas, não devendo estar restritas à atuação do Poder Judiciário;
- d) A hipossuficiência do trabalhador não exige em todos os casos a participação do Juiz, mormente porque há outros atores como advogados e agentes delegados que atuam na composição dos conflitos;
- e) *Ampliar a abrangência da coisa julgada material para as decisões no âmbito extrajudicial ou, como se diz atualmente, no sistema multiportas de solução de conflitos também se insere no necessário aperfeiçoamento da administração da justiça;*
- f) Na Justiça do Trabalho, que antes era lembrada por estar na vanguarda da celeridade e eficiência, ocorreu retrocesso em nítido desestímulo à desjudicialização e adoção de métodos alternativos da solução de conflitos, dando a entender que apenas o Judiciário é capaz de proporcionar a efetiva segurança jurídica;
- g) O procedimento de homologação judicial de acordo extrajudicial tem como único objetivo buscar a segurança da coisa julgada, tornando indiscutível os termos do acordo com eficácia liberatória geral;
- h) Com isso, transforma-se paulatinamente a Justiça do Trabalho em órgão homologador de rescisões trabalhistas, tarefa que cabia aos Sindicatos, com a diferença que nesse caso a decisão faz coisa julgada, tornando indiscutível no futuro qualquer situação ocorrida durante o contrato de trabalho;
- i) Para o sucesso da desjudicialização e do sistema de justiça multiportas, os efeitos da coisa julgada não podem se restringir à atuação do Poder Judiciário;

- j) O Poder Judiciário não é o único órgão capaz de garantir segurança às relações jurídicas;
- k) As Serventias Extrajudiciais provaram desempenhar importante papel no sistema legal brasileiro e são responsáveis por garantir inúmeros direitos fundamentais, a se iniciar pelo reconhecimento da cidadania, com o registro de nascimento;
- l) A Lei 11.441/2007 que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa demonstrou a eficiência dos serviços extrajudiciais e representou economia de milhões aos cofres públicos, além de reduzir consideravelmente o volume de ações judiciais;
- m) O tabelião, assim como o juiz, goza de fé pública e deve observar a primazia indisponibilidade do interesse público, tendo como características de atuação a impessoalidade e imparcialidade;
- n) A realização de acordo trabalhista por meio de escritura pública se mostra modelo alternativo à homologação judicial de acordo extrajudicial, que pode ter o mesmo sucesso obtido com a Lei nº 11.441/2007.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Carolina de. Direito Fundamental à Coisa Julgada: Problemas Constitucionais de Sua Relativização. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. ISBN: 978-85-225-0959-1. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>

ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias – tecnologias e jurisdições. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-01092016154830/publico/Doutorado\\_Arbix\\_3mar15\\_INTEGRAL.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-01092016154830/publico/Doutorado_Arbix_3mar15_INTEGRAL.pdf)

ÁVILA, Henrique. Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público - Ed. 2021 Editora: Revista dos Tribunais. E-book. ISBN 978-65-5614-471-9. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/253598259/v1/page/1>

BARRA, Kélcio Bandeira. Fé Pública no Estado Democrático de Direito e Inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 876/2016 (Delegação da Fé Pública Notarial a Advogados e Contadores). Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2019/05/FE%CC%81-PU%CC%81BLICA-NO-ESTADO-DEMOCRA%CC%81TICO-DE-DIREITO-1.pdf>. Acesso em 09/05/2023.

CABRAL, Antonio do Passo; FENOLL Jordi Nieva, Coisa Julgada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112808683/v1>. Acesso em 03/04/2023

CAMPILONGO, Celso F. Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade, 1ª edição Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502617698. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502617698/>.

COMPARATO, Fábio K. Rumo à justiça, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502178588. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502178588/>.

OLIVEIRA, B. B. de.; OLIVEIRA, M. das. G. M. D. de.; CARMO, V. M. do. A eficiência do sistema multiportas de justiça e a aplicação nos conflitos envolvendo a fazenda pública. Revista Faculdade Direito UFG, v. 43, p.01-15, 2019. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-FD-UFG\\_v.43.12.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-UFG_v.43.12.pdf)

SILVA, Ricardo Alexandre da. A Nova Dimensão da Coisa Julgada. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/170185310/v1/page/RB-2.1>. Pág. RB-2.1

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Págs. 444-445.

ZANETI JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (organizadores). Justiça Multiportas. Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Editora Juspodvm, 2017.

[https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1810202](https://www.cnj.jus.br/justica-multiportas-oferece-caminhos-adequados-a-solucao-de-conflitos-em-mt/https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1810202)

## O DIREITO À CIDADE COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

**LISE DE MOURA SANTOS PEREIRA FERRAZ BAPTISTA:**

Bacharel em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais  
Professor Camillo Filho. Especialista em Direito Civil e  
Processual Civil pela ESA-OAB/PI. Advogada.

**RESUMO:** No âmbito jurídico, a noção de justiça social, que incorpora princípios como equidade e inclusão, é frequentemente tratada com ambiguidade. Contudo, é patente que determinados segmentos sociais estão sujeitos a desvantagens sistemáticas em ambientes urbanos, em decorrência de desigualdades racial, de gênero e socioeconômica. Nos espaços urbanos brasileiros, tais injustiças são manifestas, conforme evidenciado por diversos indicativos de desigualdade de acesso a recursos, infraestrutura e oportunidades educacionais. Tais desequilíbrios têm sua origem tanto na estrutura econômica capitalista, orientada à maximização do lucro, quanto na valorização imobiliária, que consequentemente relega populações de menor poder aquisitivo a regiões periféricas com inadequação de serviços públicos, exacerbando sua vulnerabilidade. Esta segregação urbana é fruto de dinâmicas culturais, econômicas e processos de marginalização, sendo intensificada pela limitada acessibilidade ao sistema judiciário. No tocante à regulação urbanística, dispositivos legais como o Estatuto da Cidade e a Lei de Regularização Fundiária estabelecem mecanismos para enfrentar tais questões. Todavia, meras normativas não são suficientes. Requer-se um diálogo institucional consistente e permanente. A gestão do território urbano deve aspirar a conciliar o desenvolvimento das zonas urbanizadas à consolidação de direitos isonômicos. Uma medida imperativa é a regularização fundiária, assegurando estabilidade e acesso a serviços essenciais para comunidades que tradicionalmente habitam territórios sem reconhecimento jurídico formal. Esta iniciativa, ao consolidar direitos dominiais, propicia a integração socioeconômica. Dentro desta matriz, o "direito à cidade" se consolida como instrumento para efetivação da justiça social, visando uma urbanização inclusiva e deliberativa, opondo-se à segregação e corroborando valores democráticos.

**Palavras - Chaves:** Direito à cidade; justiça social, direitos fundamentais; regularização fundiária; transformações econômicas.

**ABSTRACT:** In the legal realm, the notion of social justice, which incorporates principles such as equity and inclusion, is often treated with ambiguity. However, it is evident that certain social segments are subject to systematic disadvantages in urban environments due to racial, gender, and socioeconomic inequalities. In Brazilian urban spaces, such injustices are manifest, as evidenced by various indicators of inequality in access to resources, infrastructure, and educational opportunities. Such imbalances have their origins both in the capitalist economic structure, oriented towards profit maximization, and in property valuation, which consequently relegates populations of lower purchasing power to

peripheral regions with inadequate public services, exacerbating their vulnerability. This urban segregation is a result of cultural, economic dynamics, and marginalization processes, being intensified by limited access to the judicial system. Regarding urban regulation, legal provisions such as the City Statute and the Land Regularization Law establish mechanisms to address such issues. However, mere regulations are not enough. A consistent and ongoing institutional dialogue is required. The management of urban territory should aim to reconcile the development of urbanized areas with the consolidation of isonomic rights. An imperative measure is land regularization, ensuring stability and access to essential services for communities that traditionally inhabit territories without formal legal recognition. This initiative, by consolidating property rights, promotes socioeconomic integration. Within this framework, the "right to the city" is established as a tool for the realization of social justice, aiming at inclusive and deliberative urbanization, opposing segregation, and corroborating democratic values.

**Keywords:** right to the city; social justice, fundamental rights; land regularization; economic transformations.

## 1. INTRODUÇÃO

Falar sobre o conceito de justiça é adentrar um assunto de profundo significado para a sociedade. Trata-se de uma questão que incita reflexões universais, permeando discussões em múltiplas esferas e mantendo estreita relação com uma diversidade de contextos que moldam a existência humana. É com base nessa premissa que a indagação "determinada situação é justa?" se faz presente na mente de toda a coletividade.

A adjacência entre teoria e prática é, por excelência, a referência orientadora da elaboração e execução de políticas públicas, em especial no que tange à política urbana. Os arranjos das cidades contemporâneas apresentam disparidades significativas, e o desenvolvimento urbano tem contribuído para aumentar e intensificar muitas das discrepâncias e injustiças já presentes nestes espaços. A ideia de justiça social engloba o reconhecimento da existência dessas disparidades por parte dos atores sociais (em especial do Município-gestor), demandando sua consideração na formulação de critérios equitativos quando da análise fática.

Embora seja esse cenário uma realidade, consideráveis investimentos hipotéticos e conceituais têm sido empregados para conceber uma cidade que seja acolhedora, equitativa e imparcial para todos os cidadãos. O direito à cidade, como um direito que transcende o indivíduo, incorporado à terceira dimensão dos direitos fundamentais e protegido pela Constituição Federal, garante aos cidadãos o acesso a uma cidade sustentável, a um ambiente harmonioso e equilibrado e a um espaço que assegure dignidade pessoal.

Inserido nessa conjuntura, o princípio democrático requer a presença de indivíduos com capacidade de autodeterminação cidadã, uma vez que a realização de deliberações e seleções conscientes e responsáveis não pode ocorrer sem essa característica. Essa autonomia política, por sua vez, implica na necessidade de um nível adequado de independência financeira e proteção econômica.

Em uma nação onde a Carta Maior está abundantemente adornada com prerrogativas legais, porém essas mesmas são frequentemente ineficazes (crise das normas programáticas<sup>250</sup>), surge um desafio substancial para a Administração Municipal de manter um patamar de qualidade de vida que abranja todas as comunidades, fenômeno que, por conseguinte, se descola das prerrogativas estatais.

É também evidente que o direito ao espaço urbano pode ser interpretado como uma potencialidade de acesso à vida na cidade, a serviços e instalações públicas. Isso porque as pessoas procuram no sistema judiciário uma via para dirimir questões que frequentemente não possuem soluções satisfatórias. O indivíduo é digno, portanto, de ser integrado em um ambiente urbano inclusivo, ainda que por muitas vezes não seja consciente dos direitos que possui, e, quando os reconhece, muitas vezes lhe faltam meios, chances ou representatividade para reivindicá-los.

Sob a lente do conceito de direito à cidade, o direito fundamental à moradia, inserido no conjunto abrangente de direitos fundamentais, ultrapassa essa esfera específica, demandando a implementação de estratégias habitacionais e a existência de instituições cuja missão seja promover esse direito, derivando de um dever de efetivação resultante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

É imperioso, também, entender a urbanização como um fenômeno de classe, em virtude da conexão estreita entre o capitalismo e a urbanização, notadamente em função da necessidade contínua de formalizar terrenos lucrativos para a produção e absorção de excedente de capital, alavancada pelas leis coercitivas da competição. Nesta moldura, exsurtem discussões relevantes acerca de conceitos disruptivos à semelhança de "gentrificação", "déficit habitacional", "urbanização excludente", "arquitetura hostil", dentre outras pautas de relevância na dinâmica da modernidade.

À luz desta conjuntura, garantir o exercício do direito à cidade também equivale a assegurar a dignidade humana, contribuindo, assim para melhorar a qualidade de vida dos residentes urbanos. Propõe-se, no presente artigo, identificar perspectivas jurídicas pertencentes a esse sistema dinâmico, bem como uma análise sobre até que ponto esse

---

<sup>250</sup> "Entretanto, é necessário ressaltar que atualmente as normas programáticas não fazem nascer direitos subjetivos públicos para os jurisdicionados, tendo apenas o efeito negativo de exigir que o Poder Público se abstenha da prática de atos que atentem contra os ditames desses programas normativos."

direito, constitucional e legalmente respaldado, tem se concretizado no cenário urbano brasileiro.

No que se refere à abordagem metodológica utilizada no presente trabalho, o estudo foi elaborado através de método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, descritiva e documental. Foram consultados livros, periódicos, sites especializados, artigos, teses e dissertações sobre o tema, além da ampla jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### ***1.1 Pertencimento aos espaços urbanos – um direito coletivo ou individual?***

A expressão “direito à cidade” foi originalmente cunhada pelo filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre (1969) em 1968, ano que se destacou pelos movimentos instaurados na defesa dos direitos civis, na promoção da liberdade sexual, na oposição ao conservadorismo, na crítica à guerra no Vietnã, e em outras reivindicações de igual envergadura. Lefebvre demonstrou uma perspicaz sensibilidade às vozes e movimentos emergentes nas artérias urbanas, ao discernir que as cidades não somente haviam se transformado em arenas para a reprodução das configurações capitalistas, porém, simultaneamente, em *locus* propício onde a resistência poderia conceber formas de superação criativa desse paradigma.

Concebido como homenagem ao centenário da obra de Karl Marx “O capital”, o livro-manifesto “O direito à cidade” pode ser considerada um tradutor desse período de efervescência, já que faz críticas à mesma estrutura opressora amplamente questionada pelos protestos: a vida urbana regulada pelo cotidiano, despolitizada e monótona, sentida mais intensamente pela classe operária, que tem o seu tempo consumido pelo trajeto casa-trabalho, sem possibilidade de lazer, encontros e manifestações de desejos. Nas palavras de Lefebvre, “[o direito à cidade] significa o direito dos cidadãos-citadinos e dos grupos que eles constituem (sobre a base das relações sociais) de figurar sobre todas as redes e circuitos de comunicação, de informação, de trocas”. É um apelo e uma exigência que “só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada.”

No âmbito dos direitos fundamentais, destacam-se aqueles cuja titularidade repousa sobre o indivíduo em sua dimensão singular; existem ainda aqueles cuja titularidade é atribuída ao indivíduo no contexto de sua inserção no grupo social; ademais, emergem certos direitos cuja titularidade é conferida ao próprio grupo em questão. Daí deriva a tipologia da classificação dos direitos em dois eixos, a saber, os direitos individuais e os direitos coletivos. No primeiro espectro, englobam-se aqueles cuja titularidade recai sobre o indivíduo considerado em sua singularidade intrínseca ou como componente do

corpo coletivo. Por sua vez, no segundo escopo, estão situados os direitos que se consagram à coletividade em si, dissociados das individualidades que a compõem.

Nesse âmbito, é crucial compreender que o direito à cidade transcende a mera busca por melhorias tangíveis, tais como infraestrutura urbana ou habitação social. Tais melhorias, a princípio, podem ser providas sem que ocorra uma alteração substancial no sistema de produção capitalista e na forma desigual pela qual o espaço urbano é criado e apropriado. Também não se confunde unicamente com políticas urbanas estatais, projetos específicos de urbanismo ou marcos legais isolados, ainda que possa exercer alguma influência sobre essas estruturas institucionais. Em sua concepção originária, o conceito excede a noção de um direito estritamente definido no âmbito jurídico, assemelhando-se mais a uma visão inspiradora que norteia movimentos sociais. Engloba, portanto, muito mais do que o mero acesso a recursos urbanos na perspectiva individual.

Nas palavras de David Harvey (2003):

“(...)”é o direito de mudar a nós mesmos, mudando a cidade. Além disso, é um direito coletivo e não individual, já que essa transformação depende do exercício de um poder coletivo para remodelar os processos de urbanização. A liberdade de fazer e refazer as nossas cidades, e a nós mesmos é, a meu ver, um dos nossos direitos humanos mais preciosos e ao mesmo tempo mais negligenciados.”

São algumas as implicações de olhar para direito ao pertencimento aos espaços urbanos sob uma perspectiva simultaneamente individual e coletiva:

**Aspecto Socioemocional:** A conexão intrínseca com o meio urbano repercute diretamente na identidade e valorização pessoal do cidadão. A inclusão nesse ambiente motiva a coletividade a investir no espaço e zelar pelo bem comum.

**Igualdade e Pluralidade:** A integração no espaço urbano implica na aceitação irrestrita de toda a pluralidade demográfica da cidade, abrangendo aspectos como etnia, crença, gênero, ascendência e condição socioeconômica. Municípios genuinamente inclusivos garantem oportunidades isonômicas a todos seus residentes.

**Engajamento Proativo:** Integrar-se à cidade também abrange o direito à participação ativa em suas decisões. Assim, os entes públicos devem prover mecanismos de engajamento popular nos procedimentos administrativos concernentes ao desenvolvimento urbano.

**Planejamento Urbano Equitativo:** A configuração e estruturação dos espaços públicos têm a capacidade de influenciar a inclusão. Espaços de uso comum e

infraestrutura de mobilidade adequada são vitais para estimular a coexistência e a integração – concretude da gestão democrática.

**Disparidades Socioeconômicas:** A destinação equânime de recursos e benefícios urbanos é imperativa. Zonas urbanas marginalizadas ou insuficiência de acesso a serviços essenciais agravam desigualdades e podem comprometer a inclusão.

**Preservação Cultural:** A deferência e enaltecimento das tradições e histórico locais consolidam a conexão com o espaço urbano engloba a tutela do patrimônio, reverência a tradições e incentivo a manifestações culturais representativas da heterogeneidade municipal.

**Proteção e Qualidade de Vida:** A segurança pública emerge como uma condição *sine qua non* para a efetiva inclusão. Urbes que zelam pela integridade e qualidade de vida de seus cidadãos fomentam a confiança e a sinergia comunal.

Em suma, a efetivação da inclusão em ambientes urbanos transcende a simples concepção de direitos civis e emerge como pilar para edificar metrópoles robustas, harmonizadas e viáveis. Ao enaltecer e respeitar a individualidade de cada cidadão como componente vital do tecido urbano, pavimentam-se o caminho para municípios genuinamente inclusivos.

## ***2.2 O Direito à Cidade como um direito fundamental***

Luís Roberto Barroso (2013, p. 306–311), em sua obra *The Dignity of the Human Being in Contemporary Constitutional Law: the construction of a legal concept under the light of the world's jurisprudence* - Editora Forum, 2013 (baseado no artigo "*Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse*", desenvolvido pelo autor no período em que esteve na Universidade de *Harvard* como *visiting scholar*, no ano de 2011), analisa elementos do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo à luz da jurisprudência global. O valor intrínseco, de acordo com o autor, seria o elemento ontológico da dignidade humana, que se manifesta como direitos fundamentais à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. Já a autonomia seria o elemento ético, a liberdade do indivíduo de auto direcionar seu percurso biográfico, manifestando-se num conjunto de direitos fundamentais: liberdades básicas (autonomia privada, liberdade dos modernos), direito à participação política (autonomia pública, liberdade dos antigos), direito fundamental social a condições mínimas de vida (mínimo existencial). O valor comunitário seria o elemento social da dignidade humana. Problematizado pelo autor, em especial, o valor comunitário apresenta-se em casos polêmicos nas discussões a respeito da dignidade humana pelo seu

caráter restritivo à autonomia pessoal. Tal elemento da dignidade humana estaria presente na fundamentação de decisões judiciais controversas.

Uma significativa alteração paradigmática verificada no decorrer do século XX foi a elevação à norma constitucional à categoria de norma jurídica fundamental. Ultrapassa-se, portanto, o *status* que prevaleceu na Europa até a metade do último século, onde a Constituição era percebida majoritariamente como um instrumento político, uma exortação à intervenção dos órgãos estatais. Encara-se, portanto e atualmente, a interpretação constitucional como uma forma de interpretação jurídica, uma decorrência natural da força normativa da Constituição.

Dessa forma, o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras, um dos símbolos do pós-positivismo, marcam a ideia de transversalidade da matéria constitucional e, por conseguinte, da fundamentalidade ali contida. Exsurge, nesse contexto, a ideia de Filtragem Constitucional. A expressão foi utilizada pela primeira vez no Brasil, com esse sentido, pelo Prof. Clèmerson Merlin Clève (1988).

Vanêsa Buzelato Prestes (2008) diz que direito à cidade no Estado Socioambiental Democrático de Direito é um conceito em construção e tem na leitura de um direito constitucional à cidade o seu nascedouro:

“(...)compõem o conceito jurídico de direito à cidade na contemporaneidade. Este conceito se expressa (a) pelo planejamento e gestão de todo o território, englobando o urbano e o rural; (b) pela compreensão de que a cidade é o todo, congregando urbanismo e meio ambiente; (c) pela identificação de um direito fundamental síntese de outros direitos fundamentais expressos no direito à moradia, à gestão democrática, à política urbana e ao meio ambiente; (d) traduz-se em direito fundamental como um todo, expressando-se como garantia, defesa e procedimento; (e) como consequência, decorrem direitos e deveres fundamentais e a existência de garantias contramajoritária para eventuais mudanças legislativas; (f) também como decorrência da caracterização como direito fundamental emerge proibição de retrocesso, nos aspectos que compõem o denominado núcleo duro, intangível, do direito. Par e passo com a identificação da dimensão constitucional do direito à cidade tem-se o reconhecimento do direito fundamental à cidade. Nem tudo que está na Constituição é direito fundamental. Há critérios dogmáticos a serem observados para a identificação de um direito fundamental.”

Considerando a conjuntura, é pertinente traçar alguns limites conceituais sobre outros direitos fundamentais estritamente relacionados à temática do presente ensaio, embora não raro sejam termos utilizados indistintamente, quais sejam, “habitação” e “moradia”.

Consoante ao disposto no artigo XXV da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, é assegurado a cada indivíduo o direito a um nível de vida adequado para garantir o bem-estar próprio e de sua prole, reconhecendo, dentre outros, o acesso à moradia como elemento fundamental para atingir tal padrão. Em paralelo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ao evocar o referido direito preconizado na Declaração Universal, consigna, em seu artigo 11-1, a garantia à moradia. Por sua vez, o artigo 6º da Carta Magna brasileira assegura mesma proteção. Adicionalmente, o inciso IV do artigo 7º desta mesma Carta estabelece que a remuneração deve ser compatível com as necessidades de habitação do trabalhador e de sua descendência.

No Estatuto da Cidade, o direito a cidades sustentáveis é compreendido como “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (art. 2º, inciso I). É possível afirmar, portanto, que a ideia de direito à cidade expressa na lei sintetiza, a bem da verdade, um amplo rol de direitos.

No campo doutrinário, relatórios oficiais do Ministério das Cidades frequentemente aludem a ideia de “déficit habitacional”. Neste diapasão, Loreci Nolasco (2008) postula que:

“O direito à moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. ”

No âmbito jurídico, “habitação” refere-se à edificação física que serve de refúgio e ponto de referência para um indivíduo ou núcleo familiar. “Habitat”, por sua vez, alude às circunstâncias e características do local onde a habitação está situada. Já “moradia” é compreendida como uma prerrogativa inerente à condição cívica, vinculada à necessidade intrínseca do ser humano de se resguardar das adversidades naturais e de ter um espaço que funcione como eixo central de sua existência social.

Na tentativa de esclarecer um pouco mais as relações entre o direito à moradia e a habitação, a analogia com o direito à alimentação parece ser útil: a materialização do direito à alimentação se dá com o alimento, com a comida. No entanto, o direito à alimentação não é o mesmo que a comida. Esta última é o objeto que permite a satisfação

do direito. O mesmo se dá com o direito à moradia, que se concretiza na posse de uma habitação, seu objeto satisfativo (MEDEIROS, 2016).

Diante dos elementos apresentados, torna-se inócuo discutir a busca por um verdadeiro estado de coisas de justiça social sem conferir destaque à temática da moradia. Além de promover recursos financeiros, serviços públicos essenciais, tais como saúde, educação e lazer, a habitação se destaca como pilar fundamental para assegurar o pleno desenvolvimento das aptidões intrínsecas do indivíduo. Ademais, é imprescindível para fomentar e consolidar as liberdades concretas e a dignidade dos mais vulneráveis, conforme salienta David Harvey (2014):

“(...) a qualidade de vida urbana tornou-se uma mercadoria, assim, segundo a lógica capitalista só tem direito a moradia digna aqueles que detêm de capital para comprar determinada moradia, e resta para os miseráveis as habitações informais.”

Constata-se, todavia, flagrante transgressões a esse direito, frequentemente originadas pelo próprio aparato estatal, a exemplo de invasões e desalojamentos provenientes de ações de reintegração de posse determinadas pelo Judiciário e efetuadas pelos órgãos de polícia e segurança pública, muitas vezes mediante uso desproporcional de força. Estas ocorrências se tornaram situações corriqueiras nas metrópoles e cidades de porte médio na realidade brasileira. É imperioso destacar que a ocupação irregular é um fenômeno social fruto e também gerador de uma variedade de formas de redistribuição de renda

A urbanização, ao longo das últimas décadas, revelou-se um processo complexo e multifacetado que interage com diversos conceitos, como preço de acessibilidade, custos de proximidade, marginalização e assentamentos irregulares. Em muitas metrópoles contemporâneas, observa-se que o preço de acessibilidade, ou seja, o valor associado ao acesso a bens e serviços essenciais, vem crescendo. Nas regiões centrais, onde a concentração de serviços, comércio e empregos é mais densa, os preços dos imóveis tendem a ser elevados, refletindo a alta demanda por essa localização estratégica.

Essa realidade está profundamente ligada ao conceito de custos de proximidade. Morar perto do trabalho ou de centros de conveniência pode, de um lado, economizar no transporte e tempo, mas, por outro lado, aumenta substancialmente o custo de vida, especialmente em termos de moradia. Tal fenômeno não se manifesta apenas nos valores imobiliários, mas também em desafios ambientais, como a poluição em áreas superpovoadas.

Este cenário, marcado pela inacessibilidade econômica das regiões centrais, empurra uma parcela significativa da população para as margens da cidade e,

consequentemente, das oportunidades. Esta é a essência da marginalização: comunidades e indivíduos sendo relegados a espaços urbanos periféricos, com acesso limitado a serviços de qualidade, seja por distância ou por falta de infraestrutura.

A resposta de muitas dessas pessoas marginalizadas tem sido a criação de assentamentos irregulares. Estas áreas, muitas vezes desprovidas de serviços básicos e infraestrutura adequada, surgem como um refúgio para aqueles que não conseguem suportar os altos custos das áreas mais acessíveis. Entretanto, estas soluções improvisadas, embora atendam à necessidade imediata de abrigo, frequentemente perpetuam ciclos de pobreza e exclusão.

Em síntese, a dinâmica urbana contemporânea revela um entrelaçamento intrínseco de fatores econômicos e sociais. A acessibilidade e os custos de proximidade moldam as escolhas habitacionais, que, por sua vez, podem resultar em marginalização e crescimento de assentamentos irregulares. Abordar esta problemática requer uma visão holística e estratégias que não apenas lidem com os sintomas, mas também com as causas subjacentes desses desafios urbanos.

### ***2.3 O Direito à Cidade como Dimensão do acesso à justiça***

O direito de acesso à justiça, muitas vezes referenciado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, é fundamental para garantir que os cidadãos possam reivindicar e proteger seus direitos. Este direito, previsto em diversas normativas nacionais e tratados internacionais, não se resume apenas à existência de tribunais ou ao direito de se propor uma ação, mas também à efetiva possibilidade de se obter uma solução justa, tempestiva e eficaz para conflitos e violações de direitos.

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XXXV, preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal previsão, embora sucinta, é dotada de profundo significado, pois reconhece o acesso à justiça como um direito fundamental, assegurando que nenhum cidadão estará alijado da possibilidade de buscar o Judiciário em defesa de seus direitos.

No cenário internacional, o direito de acesso à justiça foi consagrado em documentos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Ambos destacam a importância de um sistema judiciário independente, imparcial e acessível para a consolidação dos direitos humanos.

Entretanto, o acesso à justiça envolve desafios intrínsecos que vão além da mera instituição de órgãos judiciais. Questões como a morosidade processual, os custos

associados à judicialização, a complexidade do sistema legal e a falta de informação adequada são barreiras reais que podem impedir o cidadão de efetivamente alcançar a justiça. Nesse sentido, medidas como a promoção da justiça gratuita para os necessitados, a simplificação dos procedimentos processuais e a expansão dos métodos alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, são essenciais para concretizar este direito.

Ademais, a efetivação do acesso à justiça também pressupõe uma abordagem multidimensional, compreendendo não apenas questões procedimentais, mas também a capacitação e sensibilização dos operadores do direito, investimentos em infraestrutura e tecnologia e a promoção de uma cultura de respeito aos direitos fundamentais.

Nessa conjuntura, é inegável que o Poder Judiciário enfrenta uma enxurrada de processos oriundos daqueles cientes de seus direitos e aptos a postulá-los, enquanto uma significativa parcela da população permanece alheia às suas prerrogativas legais. Em muitas sociedades contemporâneas, torna-se imperativo contar com representação jurídica para adentrar ao Judiciário e para decifrar legislações e ritos processuais crescentemente intrincados. Ademais, a assistência jurídica gratuita eficaz para cidadãos economicamente desfavorecidos não é uma realidade universal.

Dito isso, ante a garantia constitucional de acesso à justiça, incumbe ao Estado não apenas apreciar, mas também solucionar disputas submetidas à sua esfera de competência. É imperativo que demandas voltadas à efetivação de direitos fundamentais sejam prontamente atendidas, especialmente para evitar que cidadãos de menor poder aquisitivo sejam privados de tal prerrogativa.

Assim, quando direitos essenciais são violados, especialmente os pilares da igualdade e liberdade, é possível identificar uma restrição, seja ela total ou parcial, ao exercício pleno da democracia e ao acesso à justiça de qualidade. O Estado não pode se omitir e deve providenciar mecanismos eficientes de reparação aos lesados.

Nesse panorama, a pobreza emerge como um dos principais obstáculos ao acesso à justiça. Tal mazela frequentemente relega indivíduos a áreas periféricas, desprovidas de serviços básicos essenciais. Essa população, além de enfrentar barreiras físicas e geográficas, também lida com entraves jurídicos e políticos que dificultam sua inserção e reivindicação de direitos.

Quando a pobreza resulta em processos de urbanização excludente, marginalização e limitação da capacidade de autogestão, face às decisões alheias nos contextos político, social e econômico, ocorre uma clara afronta à dignidade do ser humano. Esse estado de carência não só subtrai os meios para a construção de uma identidade individual, mas também compromete o reconhecimento do indivíduo perante a sociedade e seus coletivos.

Desse modo, o pleno acesso à justiça, tanto em seu aspecto formal quanto material, ao ser assegurado e viabilizado, reforça o princípio republicano da dignidade humana, pois oferece instrumentos para a defesa e concretização de direitos individuais, notadamente aqueles atrelados ao patamar vital mínimo.

Em síntese, o direito de acesso à justiça é mais do que um mero preceito jurídico; é um pilar para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e respeitosa dos direitos humanos. A sua plena realização em harmonia com as diretrizes urbanísticas é um compromisso do Estado, mas também demanda a participação ativa da sociedade civil, dos profissionais do direito e de todas as instituições comprometidas com a promoção da justiça, manifestamente na concretização do tangível direito à cidade.

#### ***2.4 O desenvolvimento urbano sustentável na regulação do território***

De acordo com o Documento Temático 11 da Conferência Habitat III referente ao Espaço Público (ONU, 2015), nas últimas três décadas, tem-se observado uma intensa mercantilização dos espaços públicos, que estão sendo progressivamente substituídos por estruturas privadas ou de acesso restrito. Esse processo de mercantilização acaba por fragmentar a sociedade, estabelecendo barreiras entre diferentes classes sociais. Em resposta ao crescimento aproximado de 30% nas taxas globais de criminalidade, presenciase um aumento significativo no número de condomínios fechados, protegidos por muros e dispositivos de segurança avançados, em quase todas as metrópoles latino-americanas.

Na perspectiva urbanística contemporânea, a concepção e administração criteriosa de espaços públicos, que almejam a segurança e a inclusão social, manifestam-se como ferramentas primordiais no enfrentamento das crescentes desigualdades urbanas e no combate às elevadas taxas de criminalidade. Esta premissa é tão marcante no cenário global que está intrinsecamente incorporada ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 11, delineado pela Organização das Nações Unidas (ONU), que postula "a criação de cidades e assentamentos humanos que sejam inclusivos, seguros, resilientes e ecologicamente sustentáveis". Dentre as metas ambiciosas traçadas para 2030, uma se destaca: assegurar, de forma irrestrita, o acesso a áreas públicas verdes que sejam seguras, inclusivas e facilmente acessíveis, priorizando, neste contexto, a salvaguarda de grupos vulneráveis, tais como mulheres, infantes, cidadãos na terceira idade e indivíduos portadores de necessidades especiais.

A Constituição Federal de 1988 destinou aos Municípios a atribuição para gerir a política de desenvolvimento urbano, objetivando harmonizar o progresso das funções sociais da urbe e assegurar a qualidade de vida de seus cidadãos. Desse modo, cabe a esses entes federados assegurar uma correta organização territorial, através da regulação e supervisão do uso, divisão, atividade e apropriação do espaço urbano. Essa tarefa inclui

a capacidade de limitar o direito de propriedade privada, de modo a alinhá-lo com sua função social.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à cidade encontra-se delineado no Estatuto da Cidade, conforme a Lei nº 10.257/2001, especificamente em seu artigo 2º, incisos I e II, os quais versam acerca do direito a espaços urbanos sustentáveis. A normativa atua no sentido de regulamentar os dispositivos relacionados à gestão urbana presentes na Carta Magna, a saber, artigos 182 e 183.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) enfatizou o papel central dos planos diretores como mecanismo primordial para concretizar o direito às cidades sustentáveis, introduzindo vários instrumentos jurídicos e mecanismos políticos destinados a contrapor práticas que intensificam as desigualdades urbanas, tais como o parcelamento, a edificação e a utilização obrigatórios. Entre estes instrumentos, destacam-se: o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo com desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública; o direito de preempção; o direito de superfície; a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; a transferência do direito de construir; e a operação urbana consorciada.

Até a primeira metade do século passado a propriedade era coisa absoluta, o proprietário tinha direito de usar, gozar e fruir, valorizando seu direito individual em detrimento do social. Todavia, gradativamente foi ocorrendo uma mudança nesta seara, passando a valorizar o direito da sociedade. A propriedade passou a ser protegida como direito objetivo, desta forma o possuidor poderia usar e dispor do bem, mas para a satisfação social (2009, p. 30).

Foi a Constituição de 1934 que trouxe esses direitos e garantias sociais, tratando de temas como a desapropriação em face da utilidade pública. Porém, foi efetivamente a Carta de 1937 que mudou os paradigmas da propriedade, deixando esta de ser absoluta e intocável. A Constituição de 1946, por seu turno, foi a primeira a expressar a preocupação com a função social da propriedade. Já a Lei Maior de 1969 trouxe a previsão sobre desapropriação de interesse social para fins agrários. Todavia, foi tão somente no texto constitucional atual que se expressou claramente o cerne do exercício do direito de propriedade (2009, p. 30-31).

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:

[...]

**XXII - é garantido o direito de propriedade;**

**XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;**

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

**II - propriedade privada;**

**III - função social da propriedade**

Uma das principais ferramentas para a garantia da proteção ao direito à moradia (que fora introduzida no rol da proteção social do artigo 6 da Constituição por força da emenda constitucional nº 26/2000) é o instituto da regularização fundiária, que tem como finalidade a garantia da proteção do titular do imóvel, bem como os efeitos e direitos oriundos dessa titulação. Tal mecanismo é previsto no Estatuto da Cidade, em Lei própria (Lei 13.465/2017), Lei Minha Casa Minha Vida (Lei 14.620/2023) e em outros diplomas que abordam a natureza registral da propriedade urbana.

O Brasil é um país urbano, ou seja, ao longo das últimas décadas do século XX, os movimentos migratórios do ambiente rural para o urbano, nas cidades brasileiras, foram notórios. Em 2000, 81,2% da população brasileira se encontrava em áreas urbanas, e, no mesmo período, em seis metrópoles do Brasil, viviam cerca de 50 milhões de pessoas. Duas de nossas maiores cidades têm extensão superior à de muitos países. Estão entre as maiores aglomerações do mundo. Aproximadamente 80% dos moradores de favelas estão em nove regiões metropolitanas. Apesar das dimensões desses dados, não temos, no Brasil, nenhuma política institucional para as metrópoles (2001, p. 78).

O Estatuto da Cidade apresentou uma perspectiva inovadora para a gestão urbana, priorizando a Gestão Democrática. Contudo, a participação cidadã ainda se mostra restrita e ocasionalmente desalinhada das discussões centrais de políticas urbanas. O Brasil, em sua nascente trajetória democrática, foi munido pelo Estatuto com mecanismos para incrementar o engajamento popular em temas urbanos, como a instituição de conselhos, audiências públicas e a proposta de projetos de iniciativa popular.

Os esforços em regularização fundiária, apesar de presentes, demonstram certa hesitação na sua implementação efetiva. A irregularidade fundiária, reflexo de um crescimento desordenado, desafia os preceitos da política urbana, potencializando desigualdades. A urgência reside não apenas em abordar os desafios atuais, mas também em estabelecer novas diretrizes de planejamento urbano que evitem a perpetuação de problemas e avancem na regularização fundiária.

Ainda sobre o presente tópico, é importante destacar que a função social da propriedade urbana, o direito à cidade e os processos de gentrificação são conceitos intimamente interligados no contexto do desenvolvimento urbano contemporâneo (no que tange ao fenômeno da gentrificação<sup>251</sup> - é um processo pelo qual bairros urbanos, tradicionalmente mais pobres ou degradados, passam por um processo de valorização. Isso geralmente ocorre através do investimento em infraestrutura, atraindo uma população de maior renda e resultando, frequentemente, no deslocamento dos moradores originais devido ao aumento dos preços dos imóveis e aluguéis).

A correlação entre estes três conceitos é evidente quando observamos o desenvolvimento de cidades modernas. Enquanto a função social da propriedade e o direito à cidade buscam uma urbanização mais equitativa e participativa, a gentrificação, quando não gerenciada adequadamente, pode contradizer estes princípios. Por exemplo, um bairro pode ser revitalizado para cumprir sua função social, com investimentos em infraestrutura e espaços públicos. Contudo, se este processo levar à gentrificação, os residentes originais podem ser forçados a se mudar, negando-lhes o direito à cidade. Em contraste, quando a função social da propriedade é aplicada levando-se em consideração o direito à cidade, os processos de revitalização podem ser realizados de forma a beneficiar tanto os residentes atuais quanto os futuros, promovendo inclusão e coesão social.

A gestão urbana eficaz deve buscar, portanto, o equilíbrio entre a revitalização de áreas urbanas e a garantia de que todos os cidadãos tenham acesso igualitário aos benefícios trazidos por essas transformações, evitando os efeitos negativos da gentrificação. Em paralelo, a regularização fundiária urbana desempenha um papel crucial no avanço da justiça social nas cidades. Ao legitimar e assegurar a posse/propriedade de terras para populações que historicamente habitam áreas informais ou irregulares, este processo não apenas confere segurança jurídica e dignidade aos moradores, mas também

---

251 O termo gentrificação é a versão aportuguesada de gentrification (de gentry, "pequena nobreza"), conceito criado pela socióloga britânica Ruth Glass (1912-1990) em London: Aspects of change (1964), para descrever e analisar transformações observadas em diversos bairros operários em Londres. Desde seu surgimento, a palavra tem sido amplamente utilizada em estudos e debates sobre desigualdade e segregação urbana, assim como nos estudos sobre patrimônio, nos mais diferentes domínios: sociologia, antropologia, geografia e arquitetura, além de planejamento e gestão urbana, economia e estudos urbanos em geral.

permite seu acesso a serviços básicos, como água, esgoto e energia elétrica. Além disso, promove a inclusão social e econômica, vez que, com a titulação, os cidadãos podem utilizar seus imóveis como garantias para empréstimos, investir em melhorias e, conseqüentemente, ter um melhor padrão de vida. Dessa forma, a regularização fundiária urbana representa um passo essencial na correção de desigualdades históricas e na promoção de uma cidade mais justa e inclusiva.

### ***2.5 A relação entre a urbanização e a estrutura econômica (as revoluções urbanas como catalisadoras de transformações sociais)***

Dentro do arcabouço jurídico-social, um dos marcadores proeminentes da inequidade socioeconômica refere-se à dificuldade de acesso aos instrumentos de geração de capital. A escassez de sistemas creditícios equânimes para os sujeitos e entidades destas localidades, aliada à ausência de uma estrutura educacional que capacite eficazmente os indivíduos para o mercado laboral, pode ser vista tanto como causa primária quanto reflexo da acentuada disparidade econômica no Brasil. A despeito de sua posição entre economias jurídicas mais robustas globalmente e de ostentar um rendimento médio per capita significativo, o Brasil é juridicamente caracterizado por uma desproporcional distribuição de patrimônio.

Desde a origem das aglomerações urbanas, estas se estabeleceram em regiões com produção que excedia o mínimo necessário para a subsistência de sua população. Tal dinâmica de desenvolvimento urbano sempre teve nuances classistas, visto que a administração desse excedente produtivo era, historicamente, centralizada nas mãos de uma elite, como exemplificado pela figura dos senhores feudais.

No sistema capitalista, estabeleceu-se uma inter-relação intrínseca entre a expansão do sistema econômico e os processos de urbanização. Destarte, para obter lucros, é imprescindível que se produza além dos gastos iniciais, e os retornos gerados sejam frequentemente reinvestidos com a expectativa de ampliar ainda mais os ganhos. Esta busca contínua por oportunidades lucrativas é o molde padrão, porém, não está isenta de desafios. A escassez de mão de obra e salários elevados podem demandar disciplina na força de trabalho ou a busca por novos trabalhadores, seja por meio da imigração ou investimentos no exterior. Além disso, há uma pressão constante para identificar novos recursos, frequentemente resultando em impactos ambientais. Paralelamente, a natureza intrinsecamente competitiva do capitalismo impulsiona a adoção contínua de inovações tecnológicas e organizacionais, não só moldando novas demandas e necessidades, mas também superando barreiras geográficas e temporais, abrindo novos horizontes para a exploração de mercados, recursos e força de trabalho, se utilizadas em harmonia.

O direito privado de propriedade que aparece na forma espacial da cidade (terrenos, edificações) possui valor que pode ser modificado de maneira acentuada em período bastante curto. Essas mudanças são muitas vezes resultantes de movimentos demográficos, alterações na forma, facilidades locais, políticas de investimento etc. Inegavelmente, o valor de qualquer propriedade é também afetado pelos valores dos direitos de propriedade vizinhos.

David Harvey, teórico vanguardista no estudo da geografia através da Teoria dos Sistemas, molda uma espécie de léxico próprio, em que trabalha com as ideias de rearranjo espacial (*spatial fix*), novo imperialismo (*new imperialism*) e acumulação mediante despossessão (*accumulation by despossession*) (SANTANA, 2013).

O rearranjo espacial implica na contínua formação e transformação de novos cenários geográficos que podem integrar novos excessos. A dinâmica desse espaço recém-formado se torna progressivamente mais intrincada com o passar do tempo. Depois de estabelecer um novo ambiente, Harvey destaca a possível emergência de coalizões regionais entre classes, embora haja alguma inconstância.

Sobre o novo imperialismo, Paulo Arantes (2004, p. 46) sintetiza a hipótese central do geógrafo: "Nada mais nada menos que reativação de formas supostamente arcaicas de exploração e de dominação, que Harvey está enfeixando sob a denominação única de acumulação por despossessão. Uma fuga para frente, na qual, como se disse, a lógica territorialista de poder volta a ser preponderante, mesmo antagonizando a normalidade aterritorial dos negócios capitalistas correntes, e seu atual paradigma financeiro, no qual se exprime o desejo do capital de não estar fixado em lugar nenhum. Quer dizer: por motivo de uma crise nada trivial, à reprodução ampliada sufocada por essa mesmíssima crise veio em socorro (por assim dizer) um regime de acumulação por "outros meios", na sua grande maioria processos marcados por toda sorte de violência."

A perpetuação do regime capitalista está intrinsecamente vinculada aos processos de urbanização, servindo como instrumento para a classe capitalista exercer sua jurisdição não apenas sobre os mecanismos estatais, mas também sobre o *modus vivendi*, valores culturais e paradigmas da população. Tal jurisdição não se estabelece sem resistência, posicionando o ambiente urbano como o principal teatro de contendas jurídico-políticas, sociais e classistas.

Harvey postula que, dado que o modelo capitalista de urbanização está profundamente entrelaçado com a perpetuação do sistema capitalista, modalidades alternativas de urbanização são imperativas para os proponentes de um sistema antagônico ao capitalismo. Assim, litígios urbanos devem objetivar a reformulação desse paradigma de urbanização capitalista, e não meramente redirecionar mais ativos para tutela estatal, mas através de uma democratização radical dos aparelhos estatais.

Nesse sentido, o princípio do direito à cidade “não deve ser reduzido a um mero preceito retórico, mas ser visto como um instrumento jurídico de contestação”. Sob a ótica de Harvey, tal direito, em sua essência, é ambíguo e sua definição está sujeita a contendas jurídicas. Ainda, sua concretização demandará uma visão jurídica expandida e uma reorganização normativa divergente da concebida por Lefebvre.

Para o autor, ademais, a dinâmica capitalista, fundamentada na acumulação mediante despossessão, tem promovido a degradação do modelo urbano tradicional, priorizando o desenvolvimento irrestrito sem a devida diligência quanto às repercussões. A resposta proposta reside na edificação de um novo modelo urbano, viável apenas por meio de um movimento jurídico anticapitalista com o intuito de reformular a normatividade da vida urbana cotidiana.

Harvey (2013) defende que a urbanização desempenhou um papel especialmente ativo, ao lado de fenômenos como os gastos militares, na absorção da produção excedente que os capitalistas produzem perpetuamente em sua busca por lucros. Em estudo paradigmático, o autor atravessa a linha da História das lutas sociais para demonstrar que é necessário adotar o direito à cidade como slogan e como ideal político, precisamente porque esta consciência individual e coletiva traz à lume o debate acerca do protagonismo na relação entre a urbanização e a produção do lucro. A democratização desse direito e a construção de um amplo movimento social para fazer valer a sua vontade são imperativas para que os despossuídos possam retomar o controle que por tanto tempo lhes foi negado e instituir novas formas de urbanização.

Durante o Segundo Império, em resposta à crise socioeconômica de 1848, Luís Napoleão Bonaparte estabeleceu-se no poder e, buscando uma solução jurídico-econômica, promulgou amplas reformas infraestruturais, especialmente em Paris. Sob sua diretriz, Georges-Eugène Haussmann foi incumbido de reconfigurar o desenho urbanístico da cidade, o que foi feito adotando premissas anteriormente discutidas por teóricos utópicos. O plano de Haussmann demandou uma expansão significativa das vias urbanas e a reestruturação de bairros inteiros. Juridicamente, para viabilizar tais empreendimentos, foi criado um regime financeiro baseado em títulos de dívida pública. Esse rearranjo transformou Paris em um eixo central de comércio e turismo. Entretanto, após uma década e meia, houve um colapso financeiro, resultando em alterações administrativas e políticas significativas. A subsequente instabilidade conduziu ao estabelecimento da Comuna de Paris, um movimento que, juridicamente, buscava reverter as imposições urbanísticas de Haussmann e restaurar direitos de cidadãos anteriormente desapropriados.

Já nos anos 1940, os EUA implementaram um intenso esforço bélico, mitigando provisoriamente as adversidades econômicas do período anterior. No entanto, diante da

conjuntura pós-guerra, emergiram apreensões decorrentes da ascensão de correntes ideológicas com propensões socialistas. Em busca de uma estrutura jurídico-econômica adequada para a reutilização do capital, as autoridades americanas inspiraram-se nos precedentes urbanísticos estabelecidos por Haussmann em Paris, conforme evidenciado nas análises do urbanista Robert Moses, que inaugurou uma série de reformas urbanísticas em Nova York e outras metrópoles, promovendo a suburbanização e induzindo uma substancial metamorfose no *modus vivendi* americano, respaldada por novos instrumentos financeiros e regimes tributários. Esse paradigma, no entanto, apesar de sua eficácia inicial, enfrentou críticas acentuadas nas décadas subsequentes, em virtude de repercussões societárias. Movimentos contestatórios, a exemplo da revolta de 1968, surgiram, impulsionados tanto por controvérsias urbanísticas quanto por inconformidades sociopolíticas. A instabilidade nas instituições creditícias culminou em um declínio econômico global nos anos 70, evidenciado pela crise imobiliária de 1973 e pela insolvência jurídica de Nova York em 1975.

Até os dias atuais, o cenário econômico global já tinha enfrentado diversas instabilidades em âmbito regional antes de se deparar com uma crise de escala mundial, mostrando dificuldades em administrar excessos de capital. Nos EUA, o mercado imobiliário surgiu como uma solução após a queda do setor tecnológico nos anos 90, revitalizando a economia interna. Esta expansão nas áreas urbanas ajudou a equilibrar a economia global, mesmo com os EUA enfrentando grandes déficits e dependendo de empréstimos estrangeiros.

O processo de urbanização ganhou destaque mundialmente, especialmente na China, que focou em melhorias de infraestrutura e viu uma rápida transformação de áreas rurais em grandes cidades. Esse fenômeno de crescimento urbano, comparado a reformas históricas como as de Paris, dependeu da criação de novos sistemas financeiros. As inovações financeiras, como a venda de dívidas hipotecárias, foram essenciais para apoiar esse crescimento urbano. No entanto, sem os devidos regulamentos, isso levou à crise das hipotecas de alto risco. Essa situação impactou negativamente grupos vulneráveis nos EUA, especialmente aqueles que foram deslocados para áreas mais distantes, aumentando seus gastos com habitação e transporte.

Como observado, a tendência de urbanização resultou em alterações substanciais nas normas de convivência cívica e vice-versa, em um dialético processo vital. O bem-estar nas áreas metropolitanas foi juridicamente reconhecido como um ativo transacionável, em um cenário onde o direito do consumidor, regulamentações sobre turismo e a legislação relativa aos setores culturais e educacionais tornam-se pilares fundamentais no ordenamento urbano.

Atualmente, a sociedade mundial encontra-se em regiões urbanas segmentadas e sob potencial litígio. Ao longo das três décadas passadas, o direcionamento jurídico

neoliberal consolidou a hegemonia de classes elitizadas. Nesse contexto jurídico, conceitos como autodeterminação, direitos de cidadania e a noção legal de pertença à coletividade urbana são postos em xeque. O aumento de atos ilícitos, em um cenário de privatização, ameaça a integridade e segurança dos cidadãos, culminando em demandas judiciais por intervenções de força policial. A concepção de metrópoles funcionando como entidades jurídicas coesas, propícias à emergência de movimentos sociais alinhados a princípios progressistas, parece juridicamente desafiadora. No entanto, persistem movimentos cívicos urbanos que buscam reverter esse paradigma, visando uma reestruturação urbana distinta daquela promovida por conglomerados imobiliários, entidades financeiras, grandes corporações e administrações municipais com inclinação mercantil.

Conforme leciona David Harvey (2013):

“A urbanização, podemos concluir, vem desempenhando um papel fundamental no reinvestimento dos lucros, a uma escala geográfica crescente, mas ao preço de criar fortes processos de destruição criativa que espoliaram as massas de qualquer direito à cidade. O planeta como canteiro de obras se choca com o “planeta das favelas”. Periodicamente isso termina em revolta. Se, como parece provável, as dificuldades aumentarem e a fase até agora bem-sucedida, neoliberal, pós-moderna e consumista do investimento na urbanização estiver no fim e uma crise mais ampla se seguir, então surge a pergunta: onde está o nosso 1968, ou, ainda mais dramaticamente, a nossa versão da Comuna de Paris? Tal como acontece com o sistema financeiro, a resposta tende a ser mais complexa porque o processo urbano hoje tem âmbito mundial.”

### **3. CONCLUSÃO**

Buscou-se, nesse artigo, explorar pontos de vista jurídicos relacionados à dinâmica existente entre a dignidade da pessoa humana e o direito à cidade e analisar em que medida esse direito, apoiado pela Constituição e legislação, tem se materializado nas áreas urbanas do Brasil.

A noção de justiça social correlaciona-se com preceitos mais abrangentes do ordenamento jurídico e da jurisprudência, tais como equidade e inclusão. Frequentemente, tal conceito é abordado de maneira ambígua, ampla ou inespecífica no âmbito jurídico. Entretanto, é incontestável que determinadas classes sociais experimentam, de forma contínua, afrontas jurídicas em ambientes urbanos, manifestando-se sob distintas modalidades e contextos. Essas adversidades engendram desproporções significativas, seja em matéria de raça, gênero ou estrato socioeconômico. A ordenação dos espaços urbanos

e a disposição de bens, serviços e infraestrutura municipal exacerbam tal problemática, visto que não garantem a universalidade de acesso conforme o princípio da isonomia.

Nas cidades brasileiras, as injustiças sociais se manifestam de forma evidente, evidenciando divisões socioeconômicas identificáveis através de uma variedade de indicadores. Estes abrangem desde a mensuração das desigualdades de acesso à renda até a disponibilidade de infraestruturas, serviços, empregabilidade e níveis educacionais da população. Para além, a democracia exige a participação de pessoas dotadas de autonomia moral, sem o que não são possíveis nem as deliberações nem as escolhas conscientes e responsáveis. Por sua vez, essa autonomia demanda um grau razoável de independência e segurança econômicas.

É também apontada pela doutrina especializada uma relação direta entre os processos de urbanização e as estruturas econômicas. Isso porque, no sistema capitalista, tal interligação é fundamental para a busca contínua de lucratividade. Esta busca, no entanto, enfrenta desafios como a necessidade de gerenciar a mão de obra, superar altos salários, e constantemente identificar novos recursos, o que pode resultar em consequências ambientais. Além disso, a competição intrínseca ao capitalismo incentiva a inovação, tanto tecnológica quanto organizacional, moldando novas demandas e possibilitando a superação de barreiras geográficas. Em paralelo, o direito à propriedade nas áreas urbanas, evidenciado em formas como terrenos e edifícios, pode ter seu valor significativamente alterado em curtos períodos, influenciado por fatores demográficos, mudanças urbanas, conveniências locais e diretrizes de investimento.

Dentro desse cenário, a alta valorização imobiliária empurra a parcela mais desfavorecida da sociedade para zonas mais remotas, frequentemente marcadas por riscos ambientais e uma deficiente oferta de serviços e infraestrutura pública. Além de se estabelecerem em condições frequentemente irregulares, essas áreas, devido à falta de recursos e serviços públicos adequados, tendem a ser mais suscetíveis a episódios de violência urbana, agravando a vulnerabilidade dos seus habitantes. Esses cenários urbanos e rurais, fragmentados em sua essência, são moldados não somente por características culturais e econômicas, mas também pelos processos de marginalização social e não concretude do direito fundamental de acesso à justiça.

Para lidar com a problemática, os instrumentos urbanísticos voltados à regulação do valor da terra, incorporados nas diretrizes do Estatuto da Cidade, Lei do Parcelamento do Solo, Lei de Regularização Fundiária, entre outras normativas, aliados à prática da boa administração pública, sinalizam possíveis estratégias e soluções. É pertinente destacar que as leis, em sua essência, são instrumentos formais que orientam e regulam o comportamento dos indivíduos e das instituições em uma sociedade. Elas são fundamentais para estabelecer padrões de conduta, direitos e deveres. No entanto, apenas a existência de leis não é suficiente para garantir mudanças efetivas e positivas em uma

sociedade, especialmente quando se trata de decisões estruturais que afetam o coletivo. Para tal, é necessário um diálogo institucional robusto e contínuo.

A gestão urbana eficaz, portanto, deve almejar um equilíbrio entre a renovação de zonas urbanas e assegurar que todas as pessoas desfrutem, de forma igual, das vantagens resultantes dessas mudanças, minimizando impactos adversos das mazelas presentes nas cidades contemporâneas.

Simultaneamente, a formalização das propriedades urbanas é fundamental para promover justiça social nas metrópoles. Ao validar e garantir a posse ou propriedade para comunidades que tradicionalmente ocupam territórios não regularizados, esta ação proporciona não somente estabilidade legal e respeito aos habitantes, mas também acesso a infraestruturas básicas, como fornecimento de água, saneamento e eletricidade. Ademais, fomenta a integração social e econômica, já que, ao obterem a titularidade, os indivíduos podem usar seus bens como colaterais para financiamentos, realizar melhorias e, por consequência, elevar sua qualidade de vida. É, portanto, um meio fundamental para mitigar discrepâncias históricas e fomentar um ambiente urbano mais equitativo e integrador.

O direito à cidade pode ser visto como uma ferramenta ou estratégia específica para alcançar a justiça social no contexto urbano. Ambos buscam uma sociedade onde todos tenham acesso igualitário a oportunidades, recursos e benefícios, e onde a participação cidadã seja central na tomada de decisões que afetam o individual e o coletivo. A urbanização informal, inócua ou excludente, manifesta na rotina jurídico-social do Brasil, não deve ser simplesmente relegada ou desconsiderada no âmbito das deliberações técnicas e acadêmicas jurídicas. É essencial combater os modernos processos de expropriação urbana ancorados na segregação e no confinamento territorial. Somente através dessa luta é possível alinhar a cidade com os princípios de democracia e justiça social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional**. Senado Federal, 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/602>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2023

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Tradução de T. C. Netto. São Paulo: Documentos, 1969a.

**O que é direito à cidade?** Instituto Pólis, 2020. Disponível em: <<https://polis.org.br/direito-a-cidade/o-que-e-direito-a-cidade/#:~:text=O%20Direito%20C3%A0%20Cidade%20C3%A9,da%20natureza%20e%20das%20pessoas.>>. Acesso em: 14 ago. 2023.

HARVEY, David. "The Right to the City". **International Journal of Urban and Regional Research**, v. 27, n. 4, 2003.

PEDROSA, G. G. Barroso, Luís Roberto (2013). A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 306–311, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24687>. Acesso em: 17 ago. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos – elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Dimensão constitucional do direito à cidade e formas de densificação no Brasil**. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro**. Brasília, s.d. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2023.

MEDEIROS, João Gabriel Cirelli. **Direito à moradia, direito à habitação e habitação adequada: distinções conceituais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4766, 19 jul. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50698>. Acesso em: 21 ago. 2023.

HARVEY, David. **Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Espaço público**. Nova Iorque: ONU, 2015. (Documento Temático, n. 11).

VIZZOTO, Andrea Teichmann; PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 30.

VIZZOTO, Andrea Teichmann; PRESTES, Vanêsa Buzelato. **Direito urbanístico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 30/31.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

MARICATO, E. **Brasil, cidades: uma alternativa para a crise urbana**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 78.

ALCÂNTARA, Maurício Fernandes de. 2018. "Gentrificação". In: *Enciclopédia de Antropologia*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia. Disponível em: <http://ea.fflch.usp.br/conceito/gentrificacao>. Acesso em: 22 ago. 2023.

SANTANA, Marco Aurélio; PERES, Igor. **Capitalismo, Cidade e Política na perspectiva de David Harvey**. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sant/a/HhVSKNkrBFFcc6w6vsCzJ3D/#>. Acesso em: 23 ago. 2023.

ARANTES, Paulo. (2004). Último round. *Revista Margem Esquerda*, 5, p. 41-51.

HARVEY, David. **O direito à cidade**. 2013. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-direito-a-cidade/#:~:text=O%20direito%20%C3%A0%20cidade%20%C3%A9,remodelar%20os%20processos%20de%20urbaniza%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 22 ago. 2023.

## A EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO X VISÃO DE OUTROS PAÍSES

**IZABELA DA SILVA CARVALHO:**  
bacharelanda do curso de Direito do  
Centro Universitário de Santa Fé do Sul –  
SP<sup>252</sup>

EDUARDO CURY  
(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo tem como finalidade dispor sobre um tema que possui grande divergência no mundo: a eutanásia. Essa conduta não é aceita no ordenamento jurídico brasileiro, e para o Direito Penal ela é tipificada como crime de homicídio. A Constituição Federal Brasileira assegura a todos o direito à vida, como o bem tutelado do homem, diante disso a prática desse ato vai contra o que está na legislação. A eutanásia teve sua origem no século XVII, e desde então é um tema digno de controversas. Trata-se de uma discussão sobre ter uma morte digna e cessar todo sofrimento ou estar vivo. O objetivo do trabalho é, além de comentar sobre a eutanásia, trazer argumentos pró e contra esse tema. Conclui-se que por tal prática não ser aceita na legislação brasileira, afasta o direito das pessoas de ter uma morte digna, acabando com toda dor e sofrimento, quando não há mais o que fazer. A metodologia utilizada foi revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, se utilizando de periódicos, sites e artigos que discutem a área de estudo.

**Palavras-chave:** Eutanásia. Direito à vida. Legislação Brasileira. Morte. Crime.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss a topic that has great divergence in the world: euthanasia. This conduct is not accepted in the Brazilian legal system, and for Criminal Law it is typified as a crime of homicide. The Brazilian Federal Constitution guarantees everyone the right to life, as the protected good of man, before that the practice of this act goes against what is in the legislation. Euthanasia had its origins in the 17th century, and since then it has been a topic worthy of controversy. It is a discussion about having a dignified death and ceasing all suffering or being alive. The objective of the work is, in addition to commenting on euthanasia, to bring arguments for and against this theme. It is concluded that because such a practice is not accepted in Brazilian legislation, it removes the right of people to have a dignified death, ending all pain and suffering, when there is nothing else to do. The methodology used was a literature review based on bibliographic research, using journals, websites and articles that discuss the area of study.

---

252 E-mail: izabelacarvalhosfs14@gmail.com

**Keywords:** Euthanasia. Right to life. Brazilian legislation. Death. Crime.

## 1 INTRODUÇÃO

A eutanásia é conhecida mundialmente e sua legalização é assunto de extrema importância, vez que apesar de não ser um tema recente, ainda gera muita polêmica.

Ela pode ser considerada como um tratamento, de modo que garante às pessoas portadoras de doenças incuráveis uma morte humanizada, digna e sem sofrimentos.

Cumprindo conceitua a eutanásia como o ato de antecipar a morte de pacientes em estado vegetativo ou portadores de doenças incuráveis, amenizando a dor e o sofrimento. Dessa forma, proporcionando-lhes uma morte digna. No decorrer da pesquisa é exposto os argumentos favoráveis e desfavoráveis sobre o tema.

Com efeito, verifica-se que há divergências sobre o tema na ordem moral e ética. Questiona-se: o indivíduo tem o poder de escolher cessar sua vida, quando não lhe resta mais alternativa de tratamento ou se este precisa a qualquer custo zelar pela vida?

A eutanásia é aceita e possui legislação vigente em quatro países da Europa Ocidental: Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Suíça; em dois países norte-americanos: Canadá e Estados Unidos, nos estados de Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia; e na Colômbia, único representante da América do Sul.

Apesar de reconhecida e legalizada em muitos países, esta conduta não é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro. Aqui sua prática é vista como crime de homicídio, exposto no artigo 121, caput, do Código Penal.

No decorrer da pesquisa será abordado também sobre o direito à vida, previsto na Constituição Federal Brasileira, que é violado com a prática de tal ato.

O trabalho apresentado tem como finalidade mostrar os principais pontos da eutanásia, sua origem, história e como ela é tratada no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, traz posições doutrinárias relevantes para que se tenha um maior entendimento, ideias e opiniões sobre o tema.

## 2 CONCEITO E ORIGEM DA EUTANÁSIA

A Eutanásia é conhecida como uma maneira de amenizar o sofrimento causado ao homem, em estado terminal ou vegetativo. De outra forma, é uma interferência no desenrolar natural da vida, trazendo a morte serena e acabando com o sofrimento. Do mesmo modo, aos olhos da medicina, a eutanásia significa suavizar o sofrimento de um

enfermo, em estado de coma irreversível ou portador de alguma enfermidade incurável, “livrando” o paciente da dor.

A palavra eutanásia tem origem no século XVII, na Grécia Antiga, quando foi criada pelo filósofo inglês Francis Bacon, em sua obra “História vitae et mortis”, garantindo ser o tratamento para as enfermidades incuráveis. A etimologia da palavra, significa: EU = bem ou boa + THANASIA = a morte. O termo eutanásia tem a definição de boa morte, morte doce e sem sofrimento ou morte apropriada.

Frank Bacon defendia o exercício da eutanásia praticada pelos médicos e para o tratamento de doenças incuráveis. Todavia, os médicos só poderiam utilizar desse método quando todos os outros meios para curar um paciente tivessem se esgotado.

Atualmente, a eutanásia envolve um conflito de valores e interesses, em todos os aspectos, tais como: social, religioso, político, ético e moral. Esses aspectos influenciam de maneira fundamental nas opiniões que vão contra ou a favor à prática do ato. Para os religiosos, a eutanásia é uma ação contrária, pois não segue a lei natural da vida e as leis de Deus. Algumas pessoas acreditam que sua prática é a maneira de matar uma pessoa ou ajudá-la a praticar o suicídio.

Segundo Cabette (2009), muito embora a eutanásia seja uma atitude digna, que tem como finalidade assegurar a integridade do ser humano, deve ser considerada a hipótese de que o indivíduo não só tem o direito de viver com dignidade, mas também de ter uma morte digna. É de suma importância que tal conduta tenha sua própria tipificação, para o fim de punir aqueles que a praticam com más intenções. Entretanto, não é só porque tal conduta é vista como crime que a mesma será moralmente errada.

O debate acerca da eutanásia dar-se-á por conta de considerações ideológicas, boas aos que gozam de uma boa saúde, mas muito distante para aqueles portadores de doenças incuráveis ou coma irreversível.

## **2.1 Aspectos históricos**

A eutanásia é um fenômeno histórico, já que nas sociedades antigas já era comum a sua prática. Eles não seguiam algum código ou doutrina, nessa época o que regia o povo era suas crenças e costumes. Nesse período era visto como um ato comum matarem crianças com anomalias e os filhos sacrificarem seus pais quando estes estivessem mais velhos.

Em Esparta, uma das cidades da Grécia Antiga, sociedade de guerreiros, os nascituros que apresentassem alguma anomalia eram jogados de um precipício, chamado de monte Taígeto, pois aos oito anos de idade os indivíduos iam para o exército e só

poderiam sair ao completar sessenta anos. Ainda, no período da Idade Média, os guerreiros feridos nas batalhas recebiam um punhal para tirar a própria vida.

Na Roma, os doentes ou aqueles que já estavam cansados de viver, procuravam os médicos para um “alívio”, se livrando de toda dor e sofrimento.

Na Índia, os doentes incuráveis eram jogados publicamente no Rio Ganges, após suas bocas e narinas serem obstruídas com barro (lama sagrada).

Na Segunda Guerra Mundial, a eutanásia foi o primeiro programa de extermínio a ser praticado pela Alemanha nazista, contra aquelas pessoas que eles acreditavam ser um gasto financeiro para o Estado ou que apresentavam alguma anomalia ou doença psiquiátrica. A princípio, os médicos e administradores das clínicas sacrificavam apenas crianças, mas com o passar do tempo começaram a incluir os jovens de até 17 anos e os adultos.

## **2.2 Tipos de Eutanásia**

Há diversas espécies de eutanásia, onde cada uma delas trata de questões morais diferenciadas. A eutanásia passiva ocorre quando o médico não dá ao enfermo nenhum tipo de substância para causar sua morte, mas de alguma forma provoca a morte deixando de executar diversos procedimentos, como a utilização de medicamentos ou finalização de tratamento que seja um suporte de vida para o paciente.

Esse tipo de eutanásia é utilizado quando, devido ao sofrimento pelo qual o indivíduo enfermo está passando, este deseja morrer. Assim, o médico provoca a morte e deixa de prolongar artificialmente a vida do paciente.

A eutanásia ativa é aquela que é combinada entre o paciente e o médico. O paciente ingere uma substância, que imediatamente provoca a sua morte, sem sofrimento algum. Nesta, o médico atua de modo direto na opção do paciente, fazendo algo para interferir na vida do enfermo.

Já a eutanásia involuntária é aquela onde a família do paciente opta pela eutanásia. Isso ocorre, pois, alguns pacientes, que se encontram em estado terminal, ou possuem alguma deficiência, não são capazes de demonstrar a sua vontade quanto a eutanásia e a morte; sendo assim, a família opta pela eutanásia para por um fim no sofrimento do enfermo.

Esse tipo de eutanásia é chamada de involuntária em razão de não ter sido o paciente enfermo que escolheu o procedimento da eutanásia.

### **3 EUTANÁSIA, DISTANÁSIA, ORTOTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO**

Entende-se a eutanásia (antecipar a morte) como a morte provocada pela piedade ao enfermo que sofre uma doença incurável e já está em estado terminal. A eutanásia atua sobre a morte, ao invés de deixá-la acontecer de maneira natural e dolorosa, antecipando o inevitável e amenizando o sofrimento. Portanto, se a doença for curável, não será eutanásia, mas sim o homicídio.

A distanásia (morte lenta, com sofrimento) é o alongamento, artificialmente, do processo de morte, e, por consequência, prorrogação do sofrimento do enfermo. Nada mais é de que um tratamento ineficaz, que não visa prolongar a vida do enfermo, mas sim o seu processo de morte.

A ortotanásia (morte natural, sem antecipação ou prolongamento) trata-se de um tipo que visa não utilizar procedimentos invasivos que prolongue a vida artificial, mas sim de proporcionar ao paciente que se encontra em estado terminal uma morte indolor e sem sofrimento. Neste caso, o enfermo já está morrendo naturalmente. Assim, ao contrário de alongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que a morte se desenvolva de maneira natural (ortotanásia). Desta maneira, perante as dores intensas e insuportáveis aturadas pelo paciente enfermo que se encontra em estado terminal, é obrigação do médico agir para apaziguá-las, mesmo que o resultado seja a causa da morte do indivíduo.

A morte assistida (ou suicídio assistido) é a conduta pela qual se reduz a vida de um indivíduo que está em estado terminal, pela sua própria vontade e pelo seu sofrimento. O procedimento da morte é efetuado pela própria vítima, que é amparada por um terceiro.

O suicídio assistido é confundido com a eutanásia, que quem ministra o medicamento é o próprio médico. No suicídio assistido, ou suicídio medicamente assistido, o procedimento é feito com a ajuda de uma terceira pessoa, muitas vezes médicos, que disponibiliza à pessoa enferma medicamentos ou informações necessárias para se cometer o suicídio.

No suicídio assistido é exigido que a vítima tenha plena fruição de suas capacidades mentais, e que livremente demonstre a vontade de morrer, solicitando algum medicamento que faça com que este fato venha acontecer.

### **4 A EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A eutanásia é aceita e possui uma legislação específica vigente em alguns países, como no Canadá, Bélgica, Holanda, Colômbia. Entretanto, a sua prática não é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, ela é tipificada como crime de homicídio privilegiado,

e sua ação é algo abominável para legislação brasileira. Essa conduta está prevista no artigo 121, caput, do Código Penal (BRASIL, 1940), veja:

Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Dessa maneira, compreende-se que não há previsão legal na legislação brasileira. Todavia, o homicídio privilegiado pode ser empregado na diminuição da pena, conforme dispõe o parágrafo 1º, do artigo 121 do Código Penal, mas para que isso ocorra, o enfermo precisa ser portador de doença incurável ou estar em estado terminal.

Como signatário desde 1992 do Pacto de San José da Costa Rica, o Brasil tem o dever de zelar pela vida, haja vista, o artigo 4º do referido tratado, que dispõe: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento de sua concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

No Brasil, a vida é o bem tutelado mais preciso do homem. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 5º prevê o direito à vida, como: “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.”.

O direito à vida abrange o direito do homem de viver em sociedade, bem como seu direito de liberdade, segurança e propriedade. Com isso, entende-se que a vida é um direito inigualável, que não pode ser desrespeitada, sendo o indivíduo proibido de renunciá-la. A prática da eutanásia é caracterizada como uma violação à vida, sob pena de responsabilidade criminal.

Perante a lei todas as pessoas têm o direito de uma vida digna, de escolher como viver da melhor maneira, respeitando sempre os princípios de integridade da vida humana. O conceito de vida está interligado com as maneiras diversas de cada indivíduo, suas ideias divergentes e conflitantes. Parte da doutrina enxerga o direito à vida como um bem divino, que deve ser mantido sobre qualquer circunstância, utilizando qualquer meio para que ela seja mantida e ignorando qualquer meio que comprometa a qualidade desta.

De acordo com o entendimento de Diniz (2006), o direito à vida, é essencial para as pessoas. Desta forma, ele condiciona os outros direitos de personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, garante o direito à vida, como um bem inviolável, a integridade da existência, e por conseguinte a vida é reconhecida como um bem jurídico tutelado, como direito básico, sendo essencial assegurá-lo ao ser humano, desde o seu nascimento. Desse modo, a vida humana deve ser assegurada contra todos e tudo, pois é o objeto de direito próprio. A vida e aos outros bens ou direitos correlatos devem ser respeitados, eles decorrem de um dever absoluto, isto é, “*erga omnes*”, por natureza própria, ao qual não é lícito desobedecer. O direito à vida é resguardado pela constituição em cláusula pétreia. A vida deve ser protegida contra a crueldade coletiva, porque ela é um bem jurídico de tamanha grandeza, criando condutas que impeçam a prática de barbaridades inúteis e degradantes. Encontramo-nos no liminar de uma grande adversidade do século XXI, isto é, preservar à dignidade humana.

Nos países onde é aceita a prática da eutanásia, tal ato deve ser praticado com total obediência aos valores morais e sempre convenientes com os interesses do indivíduo.

Ressalte-se que já existe tentativa para a legalização da eutanásia no Brasil. O projeto de Lei nº 236/2012, do Senado Federal (PLS), visa à legalização da eutanásia, buscando tipificá-la como uma modalidade autônoma do delito, por meio do artigo 122 do Código Penal.

## **5 A PRÁTICA DA EUTANÁSIA EM OUTROS PAÍSES**

Nos dias atuais a eutanásia é aceita em quatro países da Europa Ocidental: Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Suíça; em dois países norte-americanos: Canadá e Estados Unidos, nos estados de Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia; e na Colômbia, único representante da América do Sul.

A Holanda, precursor da legalização da eutanásia, foi o primeiro país da Europa a ser a favor da regulamentação e prática da eutanásia, em abril de 2002. Anterior à isto, a eutanásia e o suicídio assistido eram vistos como atos atípicos, antijurídicos e culpáveis pela lei holandesa, por meio dos artigos 293 e 294 do Código Penal Holandês.

A “Lei sobre a Cessação da Vida a Pedido e o Suicídio Assistido” transcorre que é cometedor de crime a pessoa que matar alguém a pedido deste, porém isenta desta condenação o ato cometido por médico que cumpra as exigências legais, sendo estas o pedido do paciente, que tem de estar consciente, estar sofrendo de doença sem cura e em estado terminal, além de se encontrar em sofrimento considerado insuportável e sem possibilidade de melhoria. O processo necessita, ainda, da concordância de dois médicos. A lei, ainda, é restrita apenas aos cidadãos holandeses, e pode ser pedida por menores a partir dos 12 anos, com o consentimento dos pais.

Em relatos em que o paciente já se encontra sem possibilidade de expressar a sua vontade, mas que já conseguiu avaliar sua situação anteriormente, tendo uma declaração escrita (como uma espécie de testamento vital), o artigo 2º da lei relativa ao término da vida prevê que o médico atenda ao documento feito pelo enfermo.

Para o médico não ser responsabilizado ao realizar a eutanásia depende de que após o ato ele mande um relatório a uma comissão, que foi constituída objetivando controlar os casos de eutanásia e suicídio assistido. Caso a comissão conclua que não houve o preenchimento dos requisitos legais, ela irá informar as conclusões às entidades que são responsáveis por instaurar um procedimento legal contra o médico.

Em segundo lugar vem a Bélgica, que legalizou a eutanásia dentro de certos requisitos, em setembro de 2003, um ano após a Holanda. Comparativamente, esta lei trouxe um rol de possibilidades maior de pessoas a quem a eutanásia é aplicável, exigindo apenas que o paciente esteja em uma situação médica que não se espera nenhuma melhora, em estado de sofrimento físico ou psíquico insuportável e insusceptível de ser aliviado, além de resultar em uma condição acidental ou patológica grave e incurável.

Os outros requisitos são: pacientes maiores de 18 anos e mentalmente saudáveis, que tenham requerido a eutanásia de forma voluntária, ponderada, reiterada e em documento por escrito, estar em estado de sofrimento imensurável, e que esclareçam ao enfermo as alternativas, bem como que o procedimento seja realizado por um médico.

Entretanto, no começo do ano de 2014, a Bélgica removeu a restrição de idade para a eutanásia, e, com esta novidade, crianças de qualquer idade podem requerer a eutanásia, desde que consigam entender as consequências de suas decisões, além de terem que passar por acompanhamento psicólogo ou psiquiatra infantil, e a certificação destes. Os requisitos são iguais: estado terminal ou com insuportável sofrimento. Porém, a decisão da criança deve ser acompanhada pelo apoio dos pais ou guardiões legais, que tem direito de veto.

Mesmo que a questão de restringir a idade não seja imposta pela lei, a criança deve demonstrar capacidade de discernimento e estar plenamente consciente na hora de fazer o pedido do procedimento de eutanásia.

Em 2019, a eutanásia e o suicídio assistido conseguiram a legalização em Luxemburgo e atualmente são regulados pela Comissão Nacional de Controle e Avaliação. Os requisitos para que seja realizada a eutanásia e o suicídio assistido são: paciente solicita por meio de um documento chamado de "Disposições de fim da vida", aos moldes de um testamento vital, que deve ser escrito obrigatoriamente e registrado e analisado por uma comissão. Neste documento, o enfermo poderá descrever as circunstâncias em que

gostaria de se submeter à morte assistida, que deverá ser realizada por um médico de confiança. A solicitação da eutanásia ou suicídio assistido pode ser retirado a qualquer momento pelo paciente, e acontecendo isto, ela será removida do registro médico.

Os requisitos na maioria das vezes se assemelham: ser um adulto, maior de 18 anos, capaz e em pleno discernimento de sua atual situação, acometido de alguma enfermidade incurável e sem perspectivas de melhora. Já sobre o médico, é exigido que antes de realizar o procedimento consulte um especialista independente, toda a equipe de saúde acerca deste paciente e também uma pessoa de confiança apontada pelo enfermo, podendo ser algum familiar ou amigo.

Já na Suíça o suicídio assistido é autorizado desde que não seja realizado por "motivos egoístas", sendo uma formulação legal que permite a atividade de empresas que ajudam os pacientes (no caso da Dignitas, nacionais e estrangeiros) a cometer suicídio, atividade conhecida no local como "turismo da morte".

Por sua vez, nos Estados Unidos, a eutanásia é vista como crime, sem casos de exceção, mas o suicídio assistido é permitido em cinco estados. No Oregon, o primeiro a realizar o procedimento, sendo uma decisão anterior à da Holanda - data de 1997, os requisitos são: pacientes maiores de idade, conscientes e com pedido reiterado, por duas vezes, de forma verbal, e uma terceira, por escrito, diante de uma testemunha; além de ter uma doença incurável e uma previsão de vida menor de seis meses. Washington (em 2009), Vermont (em 2013) e Montana (em 2009) avançaram com legislação semelhante ao do Oregon, e, por fim, a Califórnia em 2015.

Na América Latina, a Colômbia é o único país onde a eutanásia é autorizada. O procedimento foi descriminalizado no país em 1997 pelo Tribunal Constitucional, mas apenas em 2015 o Ministério da Saúde Colombiano definiu os requisitos para a realização. Até tal data, ela era nomeada como "homicídio por piedade", de acordo com o artigo 326º, do Código Penal, porém a falta de critérios e uma legislação confusa causava incertezas e insegurança jurídica sobre o assunto. Atualmente, a eutanásia está regulamentada pela Resolução 12.116/2015 do Ministério da Saúde Colombiano, que elencou critérios e procedimentos para que seja realizada. Os requisitos se veem iguais aos outros países já vistos, sendo que o enfermo tem que estar em plena consciência quando requisitar o procedimento, além de passar por dores fortes e sofrimentos que não possam ser aliviados. A eutanásia tem que ser autorizada e realizada por um médico especialista, seguido de um advogado e um psiquiatra ou psicólogo. Uma curiosidade é que a legislação colombiana permite a assistência a pacientes estrangeiros.

Por fim, em junho de 2016, o Canadá foi o último país a aderir e legalizar a prática da eutanásia. A iniciativa foi dada pelo Supremo Tribunal, que considerou inconstitucional proibir o direito ao suicídio assistido, dando um prazo de um ano para que alterassem a

lei. Assim, os juízes concluíram que o direito à vida não obriga a uma absoluta proibição da morte assistida, sustentando que isso criaria um "dever de viver" ao invés de um "direito à vida".

## **6 ASPECTOS FAVORÁVEIS X DESFAVORÁVEIS E A TEORIA DE ROBERT ALEXY**

Apesar da eutanásia não ser um assunto recente, ainda gera extrema polêmica nos dias atuais, dividindo opiniões contra e a favor a sua prática. É um objeto de discussão grande no mundo jurídico.

Os dois principais argumentos favoráveis para a legalização da eutanásia são: a diminuição da dor e do sofrimento. Os favoráveis acreditam que os pacientes estão em busca de um alívio, pois não possuem mais forças para viver, e também muitas vezes se sentem um fardo para os seus familiares. Estes também defendem o princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo um direito atribuído a cada indivíduo e protegido pelo Estado. Dessa forma, garantindo-lhes condições existenciais mínimas, respeitando sua autonomia e fazendo valer o direito de escolha, podendo assim decidir por uma morte digna.

Matias (2004, p. 43) assegura que:

[...] morrer com dignidade é morrer da maneira e no momento que se considera mais adequado para si, preservando sua personalidade e dando uma correta e coerente continuidade, ou melhor, um coerente término para sua vida, de acordo com o modo como sempre foi conduzida.

Já aqueles que são contra a prática da eutanásia, defendem o direito à vida, como o bem mais precioso para o homem. Para eles, tirar a própria vida ou ajudar alguém a fazer é visto como crime hediondo. Para os religiosos, essa prática vai totalmente contra os costumes da igreja e a vontade de Deus.

Grandes filósofos também se posicionaram sobre a prática da eutanásia, alguns a favor e outros contra. Immanuel Kant era contra o ato, ele dizia que: "o homem não pode ter direito contra a própria vida, pois tal ato estaria violando a máxima da existência humana" (KANT, 2004, p. 57). Já os filósofos Sócrates e Platão defendiam a ideia de que era justificado o suicídio com uma doença dolorosa.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a saúde compreende no bem-estar psíquico, físico e social, logo, deve-se averiguar que um indivíduo que possui uma doença incurável não tem a integralidade de sua saúde física, e diversas vezes, seu

corpo encontra-se totalmente debilitado; seu estado psicológico é, certamente, o mais abalado, visto que, estando nestas condições, o paciente não suporta mais viver no estado em que se encontra.

Um instrumento que poderia ser utilizado para “sanar” a dúvida que causa entre os apoiadores e os não apoiadores está pautado na distinção de regras e princípios trazida por Robert Alexy. Para ele, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, enquanto as regras são normas que ou existem, ou não existem; e se existir, devem ser cumpridas exatamente da forma que são ditas.

O jurista ainda dissertou sobre a resolução entre dois princípios, que é o caso da eutanásia. Por um lado, temos o princípio da vida, que deve ser respeitado, entretanto, este princípio coexiste com o princípio da dignidade humana, que também é importante. Assim, Alexy diz que quando dois princípios estão em colisão, um dos dois princípios tem que ceder ante o outro, mas um não revogará o outro, apenas o que determina qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias.

Dessa forma, fica evidente que a discussão sobre a eutanásia sempre vai estar evidente, entretanto, o necessário é que haja uma análise sobre a circunstância de cada paciente e uma resolução entre os conflitos que ali existem.

## **7 CONCLUSÃO**

A partir das informações apresentadas ao longo deste trabalho, é possível concluir que a eutanásia é uma prática histórica e seu conceito é de acelerar a morte de um enfermo em estado terminal ou vegetativo, proporcionando-lhe uma morte digna, sem dor e sofrimento.

Entretanto, não possui legislação legal prevista para a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Para o Código Penal, a eutanásia é considerada como homicídio, podendo ser tipificada como auxílio ao suicídio quando praticada em pacientes em estado terminal, que não há mais perspectiva de melhora, podendo ocorrer atenuação da pena se esse ato for realizado a pedido do enfermo.

Nos dias atuais, esse tema é de extrema importância e ainda gera inúmeras controversas. É possível observar no decorrer da pesquisa argumentos contra a aplicação da eutanásia. Todavia, defender o direito à vida de um enfermo que não sobreviveria fora de um hospital ou sem aparelhos adequados é algo totalmente hipócrita. Dessa forma, não há como deixar de lado as necessidades e vontade dos pacientes, que muitas vezes passam anos sofrendo, por alguma doença que não há cura.

Apesar de no ordenamento jurídico brasileiro não ser legalizada a prática da eutanásia, há diversos países no mundo que são adeptos a tal procedimento. A Holanda foi a precursora, tendo legalizado a prática em abril de 2002. Posteriormente, a Bélgica seguiu o mesmo caminho, determinando condições para a realização da eutanásia. Porém, na Suíça, o suicídio assistido é permitido, desde que não seja feito por razões egoístas. Nos Estados Unidos, a eutanásia é criminalizada, entretanto, o suicídio assistido é permitido em cinco estados. A Colômbia aparece nas estatísticas como o único país da América Latina a permitir a prática da eutanásia, entretanto, de 2015 (ano da legalização) até os dias atuais, somente foi relatado um caso. Por fim, o Canadá foi o último país a ser adepto à prática, em 2016.

Em suma, há que entender que criminalizar a eutanásia não é o caminho, muito pelo contrário, está na direção oposta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar do direito à vida ser muito importante, deve ser levado em consideração o direito de viver, que é totalmente diferente. Nesse sentido, foi apresentado a teoria da resolução dos conflitos proposta por Robert Alexy, onde é dito que os princípios coexistem entre si, e, para decidir sobre cada caso, se vê necessário haver uma análise das circunstâncias.

Assim, concluo que todas as pessoas têm direito a uma morte digna, podendo escolher qual a melhor forma de acabar com o sofrimento vivido. Dessa forma, a legalização da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro se mostra fundamental.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. A eutanásia à luz do ordenamento jurídico brasileiro. E-GOV. 03 jun 2019. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/eutan%C3%A1sia-%C3%A0-luz-do-ordenamento-jur%C3%ADdico-brasileiro>. Acesso em: 10 mai 2022.

BARBOSA, G. S. S. **Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2, 2016. p. 165-186.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

CABETTE, E. L. S. **Eutanásia e Ortotanásia; Comentários à resolução 1805/06 CFM. Aspectos Éticos e Jurídicos.** Curitiba: Editora Juruá, 2009.

CAPEZ, F.; CHIMENTI, R. C. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2016.

COSTA RICA. **Pacto de San José da Costa Rica.** San José, Costa Rica: Presidência da República, 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 05 mar. 2022.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito.** 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

GABRIELE, A. C. **A Influência do Pacto de San Jose da Costa Rica na Constituição Federal.** Portal Jus Brasil, 2016. Disponível em: <https://acgabriele.jusbrasil.com.br/artigos/397438886/a-influencia-do-pacto-de-san-jose-da-costa-rica-na-constituicao-federal>. Acesso em: 10 out. 2022.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

MAGALHÃES, B. M. C. C. **Eutanásia: origem, ramificações e outras peculiaridades.** Portal Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 121, 2014. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14519](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14519). Acesso em: 21 jun 2022.

MATIAS, A. G. **A Eutanásia e o Direito à morte digna à luz da Constituição.** 65f. Monografia (Graduação). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.

MORAIS, H.V.B. **Da eutanásia no direito comparado e na legislação brasileira.** JUS.com.br. 24 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23299/da-eutanasia-no-direito-comparado-e-na-legislacao-brasileira>. Acesso em: 21 jun 2022.

OLIVEIRA, L. **Eutanásia.** Portal Brasil Escola, 2016. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/eutanasia.htm>. Acesso em: 05 mar. 2022.

PEREIRA, B.; FLORA, C.; PINTO, P. **Quais são os tipos de Eutanásia que existem?** Portal Eutanásia, 2010. Disponível em: [http://eutanasia10g.blogspot.com/2010/06/quais-sao-os-tipos-de-eutanasia-que\\_06.html](http://eutanasia10g.blogspot.com/2010/06/quais-sao-os-tipos-de-eutanasia-que_06.html) Acesso em: 10 out 2022.

PORTAL CONCEITO. **Conceito de Eutanásia.** 2011. Disponível em: <https://conceito.de/eutanasia>. Acesso em: 21 jun. 2022.

PORTAL FILOSOFIA NA ESCOLA. **Eutanásia passiva, ativa, voluntária e involuntária.** Disponível em: <https://filosofianaescola.com/eutanasia/eutanasia-passiva-ativa-voluntaria-e-involuntaria>. Acesso em: 10 out. 2022.

PORTAL SIGNIFICADOS. Significado de Eutanásia. 2016. Disponível em: <https://www.significados.com.br/eutanasia/>. Acesso em: 21 jun. 2022.

ROBATTO, W. **Eutanásia: sim ou não? Aspectos Bioéticos.** Revista e ampliada. Curitiba: Instituto Memoria, 2008.

SILVA, G. B. Eutanásia e o direito de escolha. DireitoNet. 12 fev. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10561/Eutanasia-e-o-direito-de-escolha>. Acesso em: 05 mar. 2022.

## ANÁLISE COMPARATIVA E PRINCIPAIS DISCUSSÕES ACERCA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

**SOPHIA DE MOURA LEITE:**

Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduada no curso de Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF.<sup>253</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é, a partir de uma breve análise de alguns dos dispositivos da parte especial do Código Penal Brasileiro, fazer observações com fulcro de distinguir aqueles tipos penais que se assemelham em alguns pontos, mas que, na prática, deve-se atentar para determinados aspectos, evitando, assim, eventual confusão. Busca-se, pois, com base em uma análise doutrinária e jurisprudencial, comentar alguns aspectos do texto legislativo que hoje temos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, sempre com escopo primordial de destacar as diferenças e as semelhanças entre os tipos penais em comento.

**Palavras-chave:** Delitos patrimoniais – Furto – Roubo – Extorsão – Apropriação indébita – Estelionato

**ABSTRACT:** The objective of this article is, from a brief analysis of the Brazilian Penal Code, to make observations with the aim of distinguishing criminal types that are similar in some points, but which, in practice, must be pay attention to certain aspects, avoiding possible confusion. Therefore, based on a doctrinal and jurisprudential analysis, this article is going to comment on some aspects of the legislative text that we have in force today in the Brazilian legal system, always with the primary scope of highlighting the differences and similarities between the criminal types os this study.

**Keywords:** Property crimes – Theft – Robberby – Extortion – Misappropriation – Fraud

### INTRODUÇÃO

Em um cenário de constante reação legislativa, em que o Congresso Nacional atua como alopata dos casos concretos – e não como homeopata, na busca de prevenção – os tipos penais vem sofrendo constantes alterações, muitas vezes, inclusive, por *lobby* de alguns dos mais influentes setores do país.

---

253 Email: [sophiamleite@hotmail.com](mailto:sophiamleite@hotmail.com)

É por esse ciclo sempre em movimentação que se faz imprescindível ter consolidados os aspectos basilares dos tipos penais mais comuns na prática, os quais são também, os que apresentam maiores discussões em âmbito doutrinário. Nesse cenário, torna-se de extrema relevância o papel da jurisprudência, que coloca os “pontos finais” – mesmo que de forma temporária, ante possibilidade de reação legislativa – nas divergências apresentadas pela doutrina.

Nesta perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo trazer tais discussões, ainda que de forma breve, para reafirmar temas sob os quais ainda pairam discussões válidas, temas em que não mais cabe discussão, diante do entendimento consolidado nos Tribunais Superiores, e, por fim, aqueles outros em que ainda não estão bem esclarecidas as divergências, mas que podem ser objeto de novos debates.

A partir dessa análise, parte-se, ao final, para breves comentários acerca das importantíssimas alterações nos tipos penais do furto e do roubo no ano de 2018 – o que só veio a confirmar a grande influência de certas classes e setores econômicos no âmbito legislativo brasileiro.

## **1.FURTO E ROUBO**

Os tipos penais do furto e roubo, ao mesmo tempo que se assemelham, tem também seus aspectos distintivos muito bem delineados. Sabe-se que ambos tutelam o patrimônio, havendo diferentes correntes doutrinárias no que toca à abrangência dessa proteção.

Enquanto para uns protege-se tão somente a propriedade, para outros, protege-se também a posse, e há, por fim, uma terceira corrente, a qual entende que se tutela não só a propriedade e a posse, mas também a mera detenção.

No que concerne ao roubo, subsiste a discussão referente à abrangência da proteção patrimonial, mas, por ser classificado como crime pluriofensivo, entende-se que a objetividade jurídica do tipo penal também abrange a incolumidade física.

Dessa forma, em uma primeira análise dos tipos previstos no *caput* do art. 155254 e art. 157255 do Código Penal, depreende-se que a distinção primordial entre eles reside

#### 254 Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 4º-A A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

§ 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração. (Incluído pela Lei nº 13.330, de 2016)

§ 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

#### 255 Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.

no trecho “mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”, o qual não está previsto no furto, embora seja elementar do roubo.

Afora a análise dos *caputs*, importante perceber que os parágrafos do art. 155 e do art. 157 do Código Penal se aproximam em alguns aspectos, mas não são iguais, o que deve ser bem estudado, para que sejam evitadas possíveis confusões.

Sendo assim, o parágrafo 1º do furto prevê uma causa de aumento de pena pelo repouso noturno, fundamentado na maior precariedade da vigilância. O parágrafo 2º, por sua vez, traz a modalidade privilegiada ou mínima, que, em verdade, é causa de diminuição de pena, de compatível cumulação com qualificadoras de caráter objetivo. Já o parágrafo 4º traz a forma qualificada em quatro incisos, tendo a Lei nº 13.654/2018 introduzido, ainda, o parágrafo 4º-A, prevendo, além dos parágrafos 5º a 7º, mais uma modalidade qualificada de furto.

O tipo penal do roubo, entretanto, apresenta logo no *caput*, duas espécies de violência, própria e imprópria, característica distintiva do tipo do art. 155, Código Penal.

A violência própria consiste na violência física, propriamente dita. Por outro lado, há violência imprópria é caracteriza no caso em que o agente se vale de outros meios para afastar a capacidade de resistência da vítima.

---

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

VI - se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

II - se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

§ 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)

I - lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

II - morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

Da análise do restante do dispositivo legal, vale comentar que o art. 157 prevê em seu parágrafo 1º a figura do roubo impróprio, o qual também é considerado espécie de roubo simples. Esse ocorre quando o agente, logo depois de subtrair a coisa, emprega violência ou grave ameaça contra pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Quanto ao tema, tanto doutrina como jurisprudência já consolidaram o entendimento de que, quando o dispositivo legal trabalha a violência no roubo impróprio, essa somente é admitida na modalidade violência própria. Em outras palavras, não existe no ordenamento jurídico brasileiro a tipificação da figura do roubo impróprio praticado mediante violência imprópria.

Os parágrafos 2º e 2º-A do referido artigo, com redação dada pela recente Lei nº 13.654/18, traz as hipóteses de roubo majorado ou circunstanciado, enquanto que a modalidade qualificada está prevista no parágrafo 3º.

Discutiu-se em doutrina, por algum tempo, se a intenção do legislador foi, de fato, minorar a pena do roubo quando praticado com uso de arma branca, ou se, em verdade, tratou-se de descuido legislativo a edição de causas de aumento com frações mais significativas para armas de fogo enquanto, em um mesmo momento, se afastou o aumento pela arma branca.

À época, o Superior Tribunal de Justiça, diante do princípio da presunção de legalidade e constitucionalidade que paira sobre as leis do ordenamento jurídico, aplicou a novel legislação, e os juízos foram obrigados a reconhecer e aplicar a *novatio legis in melius*, ainda que para réus condenados, como decorrência do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Embora tenha havido vozes no sentido de que a legislação que revogou o art. 157, parágrafo 2º, inc. I, do Código Penal fora editada em desrespeito ao processo legislativo, tem sido inclusive adotada essa interpretação em alguns julgados, de forma incidental, o Supremo Tribunal Federal não acatou a fundamentação.

Assim, a tese de Repercussão Geral nº 1.012, a qual foi recentemente retificada a partir da oposição de Embargos de Declaração, restou assim fixada:

Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu os embargos de declaração a fim de, suprimindo a omissão apontada, retificar a tese fixada no presente tema de repercussão geral, nos seguintes termos: "Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais, é defeso ao Poder Judiciário exercer o

controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis”, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Dias Toffoli (Relator), Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023.

Para tanto, uma parte da doutrina passou a defender, então, que fosse aplicado um aumento na pena base nos crimes de roubo praticados com armas brancas, como facas, por exemplo, como forma de diminuir os danos gerados pela revogação do inciso em análise, e em atenção ao princípio da individualização da pena.

A referida tese foi acolhida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. DELITO DE ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. LEI N. 13.654/2018. REVOGAÇÃO DO INCISO I, DO §2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL - CP. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CAUSA DE AUMENTO. USO DO FUNDAMENTO PARA ALTERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. TRANSPOSIÇÃO VALORATIVA OU DETERMINAÇÃO NESSE SENTIDO. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. NÃO CONTRARIEDADE AOS ENTENDIMENTOS EXTERNADOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO. FIRMAMENTO DAS TESES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Esta Corte há muito definiu que, com o advento da Lei 13.654/2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, sendo, porém, plenamente possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem.

1.1. O grau de liberdade do julgador não o isenta de fundamentar o novo apenamento ou de justificar a não realização do incremento na basilar, mormente neste aspecto de abrangência, considerando que a utilização de "arma branca" nos delitos de roubo representa maior reprovabilidade à conduta, sendo necessária a fundamentação, nos termos do art. 387, II e III, do CPP, 2. Este Superior Tribunal de Justiça também definiu que não cabe a esta Corte Superior compelir que o

Tribunal de origem proceda à transposição valorativa dessa circunstância - uso de arma branca - para a primeira fase, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a *novatio legis in mellius*.

2.1. Ressalta-se que a afetação esteve restrita à possibilidade de determinação para que o Tribunal de origem refizesse a dosimetria da pena, transpondo o fundamento do uso de arma branca no crime de roubo para a primeira fase da dosimetria. Ocorre ser necessária a extensão da discussão, considerando existirem também julgados nesta Corte que sustentam a impossibilidade de que essa nova valoração seja feita por este Superior Tribunal de Justiça, na via do especial, em vista da discricionariedade do julgador.

2.2. A revisão das sanções impostas só é admissível em casos de ilegalidade flagrante, consubstanciadas no desrespeito aos parâmetros legais fixados pelo art. 59, do CP, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório dos autos, que está intimamente atrelado à avaliação do melhor juízo, àquele mais atento às peculiaridades do caso concreto, sob pena de incidência da Súmula n. 7/STJ.

2.3. No caso concreto, como o Tribunal de Justiça afastou a obrigatoriedade do novo apenamento, justificando-a, em razão da inexistência de lei nesse sentido, verifico o não descumprimento aos entendimentos antes externados.

Delimitadas as teses jurídicas para os fins do art. 543-C do CPC, nos seguintes termos: 1. Em razão da *novatio legis in mellius* engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem. 2. O julgador deve fundamentar o novo apenamento ou justificar a não realização do incremento na basilar, nos termos do que dispõe o art. 387, II e III, do CPP. 3. Não cabe a esta Corte Superior a transposição valorativa da circunstância para a primeira fase da dosimetria ou mesmo compelir que o Tribunal de origem assim o faça, em razão da discricionariedade do julgador ao aplicar a *novatio legis in mellius*.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 1.921.190/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 25/5/2022, DJe de 27/5/2022.)

Somente com o chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), publicado em 24 de dezembro de 2019, é que o roubo com arma branca voltou a constar dos incisos do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal, sanando toda essa discussão gerada a partir de abril de 2018.

Outro importante tema a ser mencionado refere-se ao princípio da insignificância ou bagatela, o qual é amplamente aceito no cenário do furto, mas não no âmbito de aplicação do roubo.

Isso porque o roubo, como visto, é crime pluriofensivo, o que afasta sua aplicação, principalmente pelo fato de haver, necessariamente, violência empregada para sua configuração.

No que concerne ao furto, embora afastado qualquer tipo de violência para sua consumação, o Supremo Tribunal Federal vem exigindo os seguintes requisitos para sua configuração: (i) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; (ii) ausência de periculosidade social da ação; (iii) inexpressiva lesão jurídica; (iv) ofensividade mínima da conduta.

Cabe comentar, ainda, que o princípio da bagatela, em regra, não se aplica ao acusado reincidente, salvo situações excepcionais, não gerando a atipicidade material da conduta. Ademais, o STF e o STJ não vêm reconhecendo a insignificância em se tratando de furto qualificado, por seu caráter de maior reprovabilidade. Senão vejamos:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DA COISA SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO-MÍNIMO. RELEVANTE LESÃO AO BEM JURÍDICO. WRIT NÃO CONHECIDO.**

(...) 2. O "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau

de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, DJU 19/11/2004.) 3. O princípio da insignificância baseia-se na necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do Direito Penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, ausente dano juridicamente relevante. Sobre o tema, de maneira meramente indicativa e não vinculante, a jurisprudência desta Corte, dentre outros critérios, aponta o parâmetro da décima parte do salário mínimo vigente ao tempo da infração penal, para aferição da relevância da lesão patrimonial. 4. Nos termos do acórdão impugnado, considerando o valor do prejuízo, avaliado em R\$ 150,00 - o que corresponde a 24,11% do salário mínimo em 2012 - resta superado o critério jurisprudencialmente adotado de 10% do salário-mínimo à época do fato, como requisito da inexpressividade da lesão ao bem jurídico. 5. **O furto de que tratam os autos é qualificado pelo concurso de pessoas e rompimento de obstáculo, o que confirma a incompatibilidade da conduta com o princípio da insignificância, porquanto atesta sua maior reprovabilidade.** 6. Habeas corpus não conhecido.(HC 417422/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª turma, j. 12/12/2017, v.u.)" (grifo nosso).

São esses alguns dos principais aspectos distintivos dos tipos penais ora analisados.

## **2. EXTORSÃO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO**

### **2.1 – Extorsão**

O delito de extorsão está tipificado no art. 158 do Código Penal<sup>256</sup>, referindo-se à tutela do patrimônio, da liberdade e da integridade física e psíquica, sendo, portanto, crime pluriofensivo.

---

<sup>256</sup> Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

O crime tem por núcleo “constranger”, isto é, forçar alguém a algo, fazendo uso de violência (própria) ou grave ameaça à pessoa ou ao patrimônio.

No que concerne à vantagem obtida, elemento subjetivo específico, não há, nesse caso, divergência quanto à necessidade desta ser ou não econômica, uma vez que a lei expressamente assim prevê, delimitando o conteúdo patrimonial.

O Superior Tribunal de Justiça entende, conforme consolidou no Enunciado de Súmula nº 96257, que tal tem natureza de crime formal, ou de resultado cortado, sendo, assim, a vantagem obtida considerada mero exaurimento.

Importa dizer que, o crime em análise distingue-se do roubo, já que nesse, a conduta é subtrair, isto é, tomar o bem para si, sendo, pois, a colaboração da vítima dispensável para que o agente logre vantagem de natureza patrimonial. Naquele, o verbo nuclear é “constranger”, e, nesse caso, é indispensável a colaboração da vítima para que o agente finalize a consumação do crime. Em outras palavras, significa dizer que, em não havendo ação por parte da vítima, restará configurada a tentativa.

## 2.2– Extorsão Mediante Sequestro

O art. 159 do Código Penal<sup>258</sup> traz delito distinto, conhecido como “extorsão mediante sequestro”. Não se confunde esse com o previsto no parágrafo 3º do art. 158, a

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

257 Súmula 96, STJ – O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

258 Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

§ 1º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha. Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão, de doze a vinte anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

§ 2º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90

qual é figura qualificada, conhecida como “sequestro relâmpago”, desdobramento do crime de extorsão, que se diferencia da modalidade simples pelo *modus operandi*.

Na extorsão mediante sequestro, o crime é permanente, prolongando-se no tempo, devendo a vítima necessariamente ser pessoa (excluindo-se, por exemplo, a restrição da liberdade de animais), caracterizando-se como crime complexo pela junção dos tipos penais de extorsão e sequestro, art. 158 e 148259, respectivamente, do Código Penal.

Importa salientar que é tranquila a jurisprudência dos tribunais superiores no sentido de ser inadmissível o reconhecimento da continuidade delitiva do crime de roubo com outros delitos, em especial com os crimes de extorsão, extorsão mediante sequestro e latrocínio, por não serem crimes da mesma espécie.

Nesse sentido, confira-se o julgado do STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA

---

Pena - reclusão, de dezesseis a vinte e quatro anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

§ 3º - Se resulta a morte: Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90

Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)

259 Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;

III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V – se o crime é praticado com fins libidinosos.

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

ENTRE OS DELITOS. INEXISTÊNCIA. CONCURSO MATERIAL. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O entendimento desta Corte Superior é uníssono acerca da incidência da Súmula n. 231 do STJ na segunda etapa da dosimetria da pena, de forma que a reprimenda, nesse momento, não pode ser reduzida a patamar inferior ao mínimo previsto em lei para o delito em questão. 2. A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é firme em assinalar que se configuram os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair, mediante emprego de violência ou grave ameaça, bens da vítima, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 323.029/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 12/9/2016 grifo nosso).

Feita a análise das espécies de extorsão e suas distinções, passa-se ao estudo de outros dois tipos penais no item subsequente, os quais, igualmente, comportam importantes discussões.

### **3. APROPRIAÇÃO INDÉBITA E ESTELIONATO**

#### **3.1 – Apropriação Indébita**

Partindo-se para a análise do delito previsto no art. 168 da Lei Penal, é certo dizer que esse tem por objeto a coisa alheia móvel de que o agente já tem a posse ou a detenção. A grande particularidade desse tipo reside no fato de que o sujeito ativo recebe legitimamente a coisa, e, apenas em um segundo momento é que passa a se comportar como dono, praticando ato de disposição ou se recusando a devolvê-la.

Dessa forma, percebe-se que a entrega é voluntária, pois o agente ativo, de fato, recebe a coisa de boa-fé, e, em seguida, mantém a posse ou a detenção desvigiada, para, ao final, inverter o *animus* da posse em domínio. Portanto, há dolo atual em relação à conduta, porém dolo subsequente em relação ao recebimento da coisa.

Ainda analisando-se a posição topográfica do tipo penal em comento, verifica-se que o parágrafo 1º prevê as causas de aumento, enquanto o art. 170 faz referência à figura privilegiada.

Destaca-se, dessa maneira, que a principal diferença entre apropriação indébita e o furto é que nesse, o agente subtrai a coisa da vítima, enquanto que naquele o bem é recebido legitimamente, para, só posteriormente, haver inversão do ânimo da posse. Frise-

se, ainda, que quando a mesma conduta é praticada por um funcionário público, existe crime mais específico, qual seja, peculato (art. 312, CP260).

### 3.2 - Estelionato

O estelionato, por sua vez, é previsto no art. 171 do Código Penal, e é caracterizado pelo emprego de fraude, com o dolo de enganar a vítima para que essa entregue, espontaneamente, a vantagem pretendida pelo agente. Sendo assim, já há cristalina distinção com outros tipos penais, por não estar presente qualquer tipo de violência, ameaça ou coação.

Com base na falsa percepção da realidade, o agente obtém qualquer tipo de benefício patrimonial. Convém ressaltar que, nesse ponto, o estelionato distingue-se, por exemplo, do crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP261), tipo, inclusive, segundo o qual, entende-se que o móvel da pretensão do agente não precisa efetivamente ser legítimo, bastando que para ele, internamente, assim o seja.

A hipótese trazida no parágrafo 1º trata do estelionato privilegiado, e o parágrafo 2º traz figuras equiparadas.

Tema importante relacionado diz respeito à consumação do delito de estelionato. O Superior Tribunal de Justiça proferiu importante entendimento no que toca a configuração ou não de crime impossível nesse âmbito. Veja-se:

---

260Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

261 Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. IDONEIDADE DA FRAUDE EMPREGADA. CRIME CONSUMADO. VANTAGEM INDEVIDA OBTIDA PELO RÉU. ATIPICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Se o meio empregado para a prática de estelionato é suficiente para que o resultado ocorra, isto é, para que se obtenha vantagem ilícita, não há como considerá-lo inidôneo ou ineficaz para a produção do resultado pelo simples fato de o agente haver atingido seu intento delituoso. Tal circunstância é suficiente para afastar qualquer dúvida acerca da idoneidade do meio empregado para consecução do delito.

2. Recurso provido para determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento do recurso de apelação. (STJ – Resp: 1640749, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 21/09/2017).

Extrai-se, portanto, o entendimento de que não configura crime impossível quando se atinge o resultado almejado pelo estelionatário.

Outra controvérsia, dessa vez de cunho doutrinário, diz respeito à punição do agente pelo delito de estelionato no caso de haver “torpeza bilateral”. Majoritariamente entende-se que, a despeito da má-fé do ofendido, isto é, mesmo que esse também tenha finalidade torpe, configura-se o crime de estelionato diante da conduta fraudulenta do agente.

Por fim, vale diferenciar as condutas ora analisadas, caracterizadoras da apropriação indébita e do estelionato quanto ao momento em que é despertado o *animus* no agente. Enquanto a primeira tem dolo de apropriação posterior, isto é, apenas depois de já estar o agente na posse da coisa, na segunda, a vontade de se assenhorar é antecedente à posse.

## CONCLUSÃO

Da breve análise de alguns dispositivos da parte especial do Código Penal, depreende-se que, apesar de haver algumas aproximações entre os tipos penais estudados, eventual confusão pode ser sanada diante de conceituações mais profundas e, principalmente, com auxílio da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Evidencia-se, portanto, que os crimes da parte especial, apesar de terem sido pensados pelo legislador de 1940, ainda hoje podem ser considerados atuais, em sua maioria.

Entretanto, diante da influência de teorias e doutrinas alienígenas, alguns pontos de semelhança geram, em muitos casos práticos, como foi visto no presente artigo, dúvida quanto a subsunção da norma, tendo sido esse o escopo do presente trabalho, saná-las, ao menos por ora.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

MASSON, Cleber. Direito Penal – volume 2, ed. Método, 7ª edição, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial, ed. Saraiva, 14ª edição, 2017.

JESUS, Damásio. Direito Penal – Parte Especial, ed. Saraiva, 35ª edição, 2015.

BRASIL. **Código de Penal**, 1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 20/07/2023.

Site do Superior Tribunal de Justiça - <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20/07/2023.

## **A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA COMO UMA FERRAMENTA ESSENCIAL NA MANUTENÇÃO DO PACTO FEDERATIVO**

**GABRIELLA LACERDA MONTENEGRO CORDEIRO:**

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Pós-Graduada em Direito Tributário e Direito Processual Civil pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI).<sup>262</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a aplicação da imunidade tributária recíproca como importante ferramenta no âmbito das limitações ao poder de tributar do Estado. Busca-se enfatizar a necessidade que o Estado tem de possuir algumas prerrogativas em face para uma correta pacificação social, porém, essas prerrogativas não podem ser ilimitadas e a partir dessa ótica que surgem as limitações ao poder de tributar. Com a aplicação da imunidade tributária recíproca há a preservação da harmonia e independência entre os entes federados, visando a manutenção do pacto federativo, postulado fundamental no atual Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imunidade Tributária Recíproca. Limitação. Poder de Tributar. Pacto Federativo

### **1. INTRODUÇÃO**

A imunidade tributária recíproca é uma garantia de equilíbrio do pacto federativo, tendo em vista que os entes são autônomos e harmônicos entre si. Dessa forma, ela está prevista no artigo 150, VI, "a", da Constituição Federal, sendo a proibição de que os entes instituem impostos sobre o patrimônio, bens e serviços uns dos outros.

Essa imunidade está no âmbito das limitações ao poder de tributar, justamente porque o Estado não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas um meio de se alcançar o interesse público, não podendo ser o seu poder ilimitado.

É necessário analisar a importância da aplicação dessa limitação a partir das constantes modificações sociais, ensejando uma constante atividade dos tribunais superiores a respeito da temática e sua real incidência. Há uma intensa judicialização para entender o verdadeiro alcance dessa imunidade, demandando uma maior atenção do jurista para acompanhar a correta interpretação sobre sua aplicação.

---

262 E-mail: gabriellalacerdam@gmail.com

Ao longo do trabalho será exposta a aplicação da referida garantia no âmbito da Administração Direta e Indireta, destacando as peculiaridades de cada. Será também analisado como atualmente o Supremo Tribunal Federal interpreta a aplicação da imunidade tributária recíproca, esta que já foi e ainda é a protagonista de importantes julgados da Suprema Corte.

## **2.A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA COMO UMA LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR**

As limitações ao poder de tributar surgem na seara dos sistemas de freios e contrapesos no âmbito das Prerrogativas e Indisponibilidade da Administração Pública. É notório que a o Estado possui diversas prerrogativas para que a máquina pública possa funcionar, entre elas a possibilidade de cobrança impositiva e compulsória dos tributos. Porém, como no Direito é raro algo ser absoluto, essas prerrogativas também sofrem restrições.

Nesse dilema é que surgem as limitações ao poder de tributar, como sendo garantias individuais do contribuinte. Segundo Ricardo Alexandre (2022, p.135):

Boa parte das limitações ao poder de tributar está protegida contra mudanças que lhe diminuam o alcance ou a amplitude, por configurarem verdadeiras garantias individuais do contribuinte.

É entendimento majoritário que as Limitações ao Poder de Tributar estão previstas constitucionalmente, abarcando os princípios e imunidades tributárias, sendo inseridas no campo da não incidência tributária. Essa não incidência ocorre nas situações nas quais a própria Constituição, visando preservar princípio individuais ou na busca da garantia do pacto federativo, deixa de aplicar a sua capacidade de tributar em relação a agentes ou situações determinadas.

Nesse sentido, atualmente existem imunidades relativas a impostos, taxas e contribuições para a seguridade social. Dentro das imunidades tributárias, surge grande destaque para as imunidades aos impostos previstas no inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal. E dentre essas imunidades, há a previsão da imunidade tributária recíproca, mencionada no artigo 150, VI, "a", da CF/88.

Importa ressaltar os ensinamentos de Roque Antonio Carazza (2000, p. 292):

[...] a Constituição limita o exercício da competência tributária, seja de modo direto, mediante preceitos especificamente endereçados à tributação, seja de modo indireto, enquanto disciplina outros direitos, como o de propriedade, o de não sofrer confisco, o de

exercer atividades lícitas, o de transitar livremente pelo território nacional etc. A competência tributária, portanto, já nasce limitada.

A imunidade tributária recíproca se apresenta como uma importante ferramenta de equilíbrio do pacto federativo, justamente evitando que os entes se relacionem com competições desarmônicas que abalasses a estrutura da República Federativa do Brasil. Cumpre mencionar o artigo 18 da Constituição Federal: "Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

Referido princípio foi estabelecido na ótica constitucional visando uma maior harmonia entre os entes, tendo em vista que todos são autônomos, mas pertencentes à República Federativa do Brasil. Dessa forma, a imunidade tributária recíproca surge como uma garantia quando se fala dos entes federativos como contribuintes e norteia a relação entre eles.

### **3. APLICAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO**

A imunidade tributária recíproca está prevista no artigo 150, VI, da CF/1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Importante mencionar que o referido comando é uma cláusula pétrea, representando uma proteção ao pacto federativo. Assim dispõe o artigo 60 da CF:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

A imunidade recíproca apenas se aplica no tocante aos impostos, sendo plenamente viável que os entes federativos cobrem outros tributos dos outros entes, como por exemplo o que ocorre com as taxas, sendo certo que a Administração Pública pode sim ser contribuinte de outros tributos, mas no tocante aos impostos ela possui essa imunidade. Nesse sentido afirma Ricardo Alexandre (2022, p.237):

A imunidade recíproca somente se aplica aos impostos, não alcançando as contribuições nem as taxas. Desse modo, não existe vedação, por exemplo, para que os Municípios, ao instituírem a taxa para coleta domiciliar de lixo, exijam-na, inclusive, pelo serviço prestado às repartições públicas federais e estaduais localizadas em seu território.

Apesar do inciso VI apenas prever a aplicação da imunidade recíproca aos entes federados, o parágrafo §2º do referido artigo 150 da Constituição estende essa garantia às autarquias e fundações públicas:

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Dessa forma, a imunidade recíproca também é uma importante garantia às pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta, porém, como demonstrado no §2º do artigo 150 da Constituição, a proteção conferida às essas entidades é mais restrita do que aquela conferida aos entes da Administração Direta. Referido parágrafo se refere apenas ao patrimônio, renda e aos serviços vinculados às finalidades essenciais dessas entidades ou dela decorrentes.

Cumprе ressaltar que nos diálogos sobre a imunidade tributária recíproca surgiu o questionamento se esse postulado abarcaria apenas a obrigação principal ou se seria estendida às obrigações acessórias. Nesse sentido, o STF já se manifestou no sentido de que mesmo a imunidade tributária recíproca não obsta a exigência das obrigações tributárias acessórias por parte dos entes federativos:

Direito constitucional e tributário. Ação cível originária. Obrigação tributária acessória. Imunidade recíproca. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar originariamente causas que envolvam a interpretação de normas relativas à imunidade tributária recíproca, em razão do potencial abalo ao pacto federativo. Precedentes. 2. A obrigação acessória decorre da legislação tributária (art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional). Esse termo

não engloba apenas as leis, mas também “ os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes” (art. 96 do Código Tributário Nacional). 3. A imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da Constituição) impede que os entes públicos criem uns para os outros obrigações relacionadas à cobrança de impostos, mas não veda a imposição de obrigações acessórias. Precedentes. 4. O art. 9º, § 1º, do Código Tributário Nacional institui reserva legal para a definição das hipóteses de responsabilidade tributária e dos atos que os entes públicos deverão praticar na qualidade de responsáveis tributários. O dispositivo não afasta a possibilidade de obrigações acessórias serem impostas por atos normativos infralegais. 5. Não ofende o princípio da isonomia ou abala o pacto federativo norma que impõe a obrigação de apresentação de declaração de débitos e créditos de tributos federais aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal, mas não a estende aos órgãos da própria União. 6. Pedido que se julga improcedente.

(STF - ACO: 1098 MG - MINAS GERAIS 0006429-50.2007.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-135 01-06-2020)

Dessa forma, é plenamente possível por exemplo a obrigatoriedade de os entes federativos guardarem seus livros fiscais e contábeis, ainda que estejam sujeitos à imunidade tributária recíproca, tendo em vista que se trata de uma obrigação acessória.

#### **4. APLICAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA ÀS EMPRESAS ESTATAIS**

As empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas de direito privado da Administração Pública. O artigo 173 da Constituição Federal menciona que essas empresas estatais se submetem ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem

atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

A Constituição estabelece que essas empresas estatais estão submetidas a todos os impostos e tributos aplicáveis às empresas privadas que executam atividades no mesmo ramo, e não estão submetidas à imunidade tributária recíproca, típica dos entes da Administração, apenas possuindo isenção fiscal se esta for destinada ao ramo de atividade econômica que é objeto de exploração da empresa, pois nesse caso essa isenção seria concedida a todas as empresas do ramo, e não apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Importante ressaltar que houve uma mutação constitucional no tocante a esse assunto, sendo um marco a decisão do STF que estendeu à ECT- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos regime similar ao da Fazenda Pública, com todas as prerrogativas e limitações aplicáveis, tendo em vista que os Correios atuam na prestação de serviços públicos exclusivos de Estado.

Nesse sentido, Matheus Carvalho (2017, p.212) coloca em seus ensinamentos:

Com efeito, o art. 12 do Decreto-lei 509/69 dispõe que “A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.” Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a ECT goza de regime similar aplicado à fazenda pública, gozando de impenhorabilidade de bens, bem como a incidência de prerrogativas processuais e imunidade tributária.

Assim dispõe o STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO

DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE: 220906 DF, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 16/11/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14-11-2002 PP-00015 EMENT VOL-02091-03 PP-00430)

Ao longo dos anos surgiram discussões doutrinárias e jurisprudenciais no sentido da aplicação dessa imunidade tributária recíproca não apenas à ECT, mas também às empresas estatais prestadoras de serviço público. Ocorre que o artigo 173 § 1º não deixa claro se as prestadoras de serviço público estariam abrangidas no seu conceito, pois ele apenas menciona “as prestadoras de serviço”, abrindo então o debate para a ceara doutrinária e jurisprudencial analisarem a ampliação dessa imunidade para as empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam na prestação de serviços públicos.

O Supremo Tribunal Federal já definiu esse entendimento:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE. 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis). 2 . A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de

saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam da imunidade tributária prevista na alínea "a" do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 3. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral. (STF - RE: 580264 RS, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 16/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)

Pode-se afirmar, conforme foi explicitado, que atualmente as empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam na exploração de atividade econômica estão submetidas às mesmas limitações das empresas privadas, porém, se tratando de empresas estatais que atuam na prestação de serviços públicos típicos de Estado, diversas decisões do Supremo Tribunal Federal preconizam que elas possuem a imunidade tributária recíproca.

As decisões mais recentes do STF enfatizam que é necessário analisar se essas entidades além de realizarem serviços públicos essenciais e exclusivos, não possuam intuito lucrativo, para que então possam ser abarcadas pela imunidade tributária recíproca:

Direito administrativo e tributário. Ação cível originária. Sociedade de economia mista integrante da Administração indireta de Estado-membro. Imunidade recíproca. 1. Ação cível originária ajuizada pela Companhia de Saneamento de Sergipe em face da União, na qual postula o reconhecimento de imunidade tributária recíproca quanto aos impostos federais incidentes sobre seu patrimônio, renda ou serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. 2. Em casos análogos, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido sua competência, por estar em jogo questão ligada à imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da Constituição), indispensável à preservação do pacto federativo. 3. A imunidade tributária prevista na alínea a do art. 150, I, da Constituição Federal, alcança empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos essenciais e exclusivos, desde que não tenham intuito lucrativo, enquanto mantidos os requisitos. 4. Pedido procedente. (STF - ACO: 3410 SE 0097520-70.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 22/04/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/05/2022)

A contrário sensu, mesmo que essas entidades sejam prestadoras de serviços públicos, caso esteja presente o intuito lucrativo, não será possível a aplicação da imunidade:

TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DISPERSA E NEGOCIADA EM BOLSA DE VALORES. EXAME DA RELAÇÃO ENTRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS E O OBJETIVO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS A INVESTIDORES PÚBLICOS E PRIVADOS COMO ELEMENTO DETERMINANTE PARA APLICAÇÃO DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO SEM FINS LUCRATIVOS. CF/88, ARTS. 5º, II, XXXV, LIV E LV; 37, INCISOS XIX E XXI E § 6º; 93, IX; 150, VI; E 175, PARÁGRAFO ÚNICO. PRECEDENTES QUE NÃO SE ADEQUAM PERFEITAMENTE AO CASO CONCRETO. IMUNIDADE QUE NÃO DEVE SER RECONHECIDA. REDATOR PARA ACÓRDÃO (ART. 38, IV, B, DO RISTF). FIXAÇÃO DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A matéria foi decidida por maioria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que acompanhou o voto do I. Relator, Min. Joaquim Barbosa. Redação da proposta de tese de repercussão geral (art. 38, IV, b, do RISTF). 2. A imunidade tributária recíproca (art. 150, IV, a, da Constituição) não é aplicável às sociedades de economia mista cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, estão voltadas à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, unicamente em razão das atividades desempenhadas. 3. O Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 253.472, Redator para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJe 1º/2/2011, já decidiu, verbis: atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 4. In casu, trata-se de sociedade de economia mista de capital aberto, autêntica S/A, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores (Bovespa e New York Stock Exchange, e.g.) e que, em agosto de 2011, estava dispersa entre o Estado de São Paulo (50,3%), investidores privados em mercado nacional (22,6% - Bovespa) e investidores privados em mercado internacional (27,1% - NYSE), ou seja, quase a metade do capital social pertence a investidores. A finalidade de abrir o capital da empresa foi justamente conseguir fontes sólidas de financiamento, advindas do mercado, o qual espera receber lucros como retorno deste investimento. 5. A peculiaridade afasta o caso concreto da jurisprudência da Suprema

Corte que legitima o gozo da imunidade tributária. 6. Recurso Extraordinário improvido pela maioria do Supremo Tribunal Federal. 7. Proposta de tese de repercussão geral: Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas. (STF - RE: 600867 SP, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 29/06/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/09/2020)

Dessa forma, a jurisprudência dominante da Suprema Corte é no sentido da possibilidade da aplicação da imunidade tributária recíproca às empresas estatais, desde que esteja demonstrado que essas entidades sejam prestadoras de serviços públicos essenciais e que não possuam intuito lucrativo.

## 5. CONCLUSÃO

É fato que o Estado assume um papel primordial na estrutura da sociedade atualmente, possuindo certas prerrogativas que não estão previstas no campo do direito privado. Apesar dessa posição de comando e controle social, seu poder não é ilimitado. Nessa conjuntura é que as limitações constitucionais ao poder de tributar surgem para balancear o sistema de freios e contrapesos do ordenamento pátrio.

A imunidade tributária recíproca está abarcada no campo dessas limitações constitucionais ao poder de tributar, e como já analisado nas exposições do presente trabalho, possui um papel fundamental na manutenção do equilíbrio do pacto federativo.

Diante da constante mudança da sociedade e pela ótica constitucional pautada no atendimento dos fins sociais, há também modificações no alcance da imunidade tributária recíproca, sendo objeto de análises por parte do Supremo Tribunal Federal. Busca-se atualmente conciliar as prerrogativas da Administração Pública com as limitações ao seu poder de império, sendo necessário que os tribunais pátrios observem a imunidade tributária recíproca para uma correta aplicação das premissas do Estado Democrático de Direito.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 16.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: ed. JusPodivm, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 de agosto de 2023.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 153 ed., revista, ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 28/2000. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CARVALHO, **Matheus**. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ACO 1098**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/865635646/inteiro-teor-865635675>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. ACO 3410**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 24 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1487441640/inteiro-teor-1487441653>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 220906**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 16 de novembro de 2000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14752610>. Acesso em: 04 de agosto de 2023.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 600867**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 29 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/936229921>. Acesso em 16 de agosto de 2023.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. RE 580264**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/20761681>. Acesso em: 04 de agosto de 2023.

## **AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO E SUA NATUREZA JURÍDICA - ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

### **JULIANA PEREIRA DA SILVA ROSSI CONTE:**

Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil e em Direito Previdenciário. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil em Mato Grosso. Mediadora Judicial certificada pelo NUPEMEC/TJMT e Conciliadora credenciada do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo analisar sobre a ampliação do quórum do colegiado e sua natureza jurídica, instituto previsto no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015. Objetiva-se analisar especialmente sobre como o tema é abordado pelas principais correntes doutrinárias, qual delas é mais aceita e qual é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Para isso, foram consultados livros de doutrina, trabalhos acadêmicos e artigos publicados em revistas jurídicas, com a exposição dos argumentos de cada corrente doutrinária e as críticas que se fazem a elas. Após os estudos, verifica-se a existência de três correntes sobre o tema: a) natureza recursal; b) incidente processual; e c) técnica de julgamento. A maioria da doutrina e o Superior Tribunal de Justiça entendem que a ampliação da colegialidade possui natureza de técnica de julgamento, sendo a aplicação do art. 942 de observância obrigatória, quando verificadas as hipóteses de incidência descritas no citado dispositivo legal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Julgamento; não unanimidade; colegiado; ampliação.

### **INTRODUÇÃO**

O propósito do artigo em epígrafe é analisar sobre a natureza jurídica da ampliação do quórum do colegiado, que, de acordo com o art. 942, *caput* e parágrafo 3º do Código de Processo Civil, ocorre quando for não unânime o resultado da apelação, da ação rescisória (quando o resultado for a rescisão da sentença) e do agravo de instrumento (quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito), hipótese em que terá prosseguimento o julgamento na mesma sessão ou em outra a ser designada com a presença de outros julgadores, que deverão ser convocados nos termos do regimento interno do Tribunal, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial.

Os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 previam o recurso de embargos infringentes. Referido recurso foi excluído do Código de Processo Civil de 2015, contudo,

criou-se procedimento que deve ser seguido em casos de julgamento não unânime que se assemelha bastante ao extinto recurso que tinha previsão nos dois Códigos que antecederam ao atual. Assim, a extinção dos embargos infringentes e a criação do procedimento do art. 942 do Código de Processo Civil gera dúvida sobre sua natureza jurídica.

O objetivo geral deste artigo é analisar sobre a natureza jurídica do instituto da ampliação do colegiado, tendo foco específico sobre como o tema é abordado pelas principais correntes doutrinárias, qual delas tem sido mais aceita na doutrina e qual o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

A investigação acerca da natureza jurídica do instituto tratado no art. 942 do Código de Processo Civil se justifica porque a depender de qual seja o resultado a consequência será distinta: se se entende que a ampliação do colegiado é um recurso, então o resultado não unânime do julgamento se trata de decisão proferida, e se é decisão, é cabível o recurso de embargos de declaração; se se entende que não é recurso, não se lavra acórdão e não se pode falar em cabimento de recurso antes da convocação de novos magistrados no prosseguimento do julgamento.

O presente estudo está dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, aborda-se sobre o recurso de embargos infringentes, que tinha previsão nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 e que não foi previsto no atual Código. Já o segundo capítulo está subdividido em dois tópicos, sendo que no primeiro são feitas considerações gerais sobre o art. 942 do Código de Processo Civil, e no segundo tópico trabalha-se as correntes doutrinárias que tratam acerca da natureza jurídica da ampliação do colegiado, críticas que são feitas a elas, informa-se qual é a majoritária e aceita pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na presente pesquisa utilizou-se o método de revisão bibliográfica, com a consulta do tema em livros de doutrina, trabalhos acadêmicos, artigos publicados em revistas eletrônicas especializadas e julgados do Superior Tribunal de Justiça. Para a abordagem do estudo objeto deste artigo, a pesquisa é qualitativa, objetivando sustentar sua defesa.

## **1.O RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1939 E 1973**

A Constituição brasileira de 1891 atribuía aos Estados da Federação a competência para legislar sobre processo (BRASIL, 1891). Somente com a Constituição Federal de 1934 a competência legislativa sobre matéria processual passou exclusiva da União, e, desde então foram editados três Códigos de Processo Civil: o de 1939, o de 1973 e o de 2015 (GONÇALVES, 2016, p. 46).

Os dois primeiros Códigos, de 1939 e 1973, tinham a previsão do recurso de embargos infringentes.

De acordo com o art. 833 do Código de Processo Civil de 1939, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.570/1946, era cabível Embargos Infringentes e de Nulidade de julgado quando não fosse unânime a decisão proferida em grau de apelação em ação rescisória e em mandado de segurança. Referido recurso era cabível também contra acórdãos do Supremo Tribunal Federal e causas de alçada (arts. 783, § 2º e 839). Contudo, Ensina Cavalcanti Netto (2018, p. 12) que a redação original do art. 833 previa o cabimento do recurso unicamente quando não fosse unânime o acórdão que, em grau de apelação, houvesse reformado a sentença.

Por ocasião dos debates que antecederam a edição do Código de Processo Civil de 1973, discutia-se sobre a necessidade de manutenção ou não do recurso de embargos infringentes, havendo forte posicionamento pela sua extinção (CAVALCANTI NETTO, 2018, p. 13).

A despeito do posicionamento pela extinção do recurso, os embargos infringentes foram mantidos no Código de Processo Civil de 1973, previstos no artigo 530, cuja redação original dispunha: “Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência” (BRASIL, 1973).

A Lei nº 10.352/2001 alterou a redação do art. 530 do Código de Processo Civil de 1973, tornando-se cabível o recurso de embargos infringentes contra acórdão não unânime que houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou julgado procedente a ação rescisória. (BRASIL, 1973; 2001).

Em suma, os embargos infringentes, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 não era cabível contra qualquer acórdão, mas apenas nos casos de julgamento não unânime proferido em sede de apelação e ação rescisória, e, a partir da Lei nº 10.352/2001, passou-se a exigir que a sentença houvesse sido reformada no caso da apelação, e, no caso da ação rescisória, o julgamento fosse pela procedência.

## **2.ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: A AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO**

### **2.1 Considerações gerais**

O legislador ordinário não previu no Código de Processo Civil de 2015 o recurso de embargos infringentes, que tinha previsão nos Códigos de 1939 e 1973. No art. 994 do atual Código, que elenca o rol de recursos passíveis de serem manejados pelas partes no âmbito do processo civil, não constam os embargos infringentes.

Embora o supracitado recurso não tenha previsão no atual Código de Processo Civil, o seu art. 942 desenhou procedimento para ser adotado no julgamento de apelação cujo resultado não seja unânime que guarda bastante semelhança com o referido recurso; dispõe o citado artigo que nesses casos o julgamento terá prosseguimento em outra sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, convocados nos termos do regimento interno de cada Tribunal, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, sendo assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. (BRASIL, 2015).

De acordo com os parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015, o prosseguimento do julgamento poderá ocorrer na mesma sessão, caso seja possível, e nesta hipótese devem ser colhidos os votos de outros magistrados que porventura componham o órgão julgador. Ademais, os magistrados que já tiverem exarado seus votos poderão revê-los por ocasião do prosseguimento do julgamento (BRASIL, 2015).

A técnica de ampliação do colegiado deve ser aplicada também ao julgamento não unânime proferido em ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, e, neste caso, deve o prosseguimento do julgamento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno do respectivo Tribunal. Aplica-se referida técnica também no julgamento de recurso de agravo de instrumento, na hipótese de reforma de decisão que julgar parcialmente o mérito, conforme dispõe o parágrafo 3º do art. 942 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Por fim, o parágrafo 4º do art. 942 do Código vedou expressamente a técnica de ampliação do quórum do colegiado nos casos de julgamento de incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, nos casos de remessa necessária e quando o resultado não unânime for proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

## **2.2. Natureza jurídica da ampliação do colegiado**

Quando se fala em natureza jurídica, busca-se investigar a essência e os dados elementares de um instituto jurídico. Nesse sentido, leciona Mauricio Godinho Delgado:

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito [...] consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica; contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas [...] de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito. (DELGADO, 2010 apud FELIPE RICHA, s.d.).

No caso do estudo em epígrafe, busca-se investigar a natureza jurídica do instituto jurídico disciplinado no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015. Saber qual é a natureza jurídica da ampliação do quórum do colegiado é de fundamental importância para a prática forense, pois implica em consequências distintas a depender de qual corrente doutrinária esteja sendo adotada. Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha (2020, p. 98) elencam os seguintes exemplos que demonstram a relevância prática do tema:

[...] se se entende que é um recurso, deve-se partir da premissa que houve uma decisão proferida, com lavratura de acórdão (art. 941. CPC), podendo desse acórdão caber, antes mesmo da convocação de novos julgadores em prosseguimento, embargos de declaração. Ademais, se se trata de um recurso de ofício, haveria novo julgamento, com novos votos a serem proferidos por quem já participou. (...) Se se entende que é recurso, aplica-se o art. 25 da Lei nº 12.016/2009, segundo o qual não cabem embargos infringentes no processo de mandado de segurança. A prevalecer o entendimento de que há natureza recursal na hipótese prevista no art. 942 do CPC, o art. 25 da Lei nº 12.016/2009 haveria de se manter. Desse modo, não se aplicaria o disposto no art. 942 do CPC ao julgamento da apelação em mandado de segurança.

Demonstrada está, portanto, a relevância do tema do presente estudo.

Não há, em sede doutrinária, unanimidade acerca da natureza jurídica da novidade introduzida no art. 942 do Código de Processo Civil de 2015. Na doutrina há três correntes sobre o assunto: uma que atribui natureza jurídica de recurso à ampliação do colegiado, outra que defende que o referido instituto se trata de incidente processual, e a uma terceira que defende que o art. 942 trata-se de técnica de julgamento.

Para Eduardo José da Fonseca Costa, a ampliação do colegiado a que se refere o art. 942 do Código de Processo Civil possui natureza recursal, tratando-se, segundo ele, de "recurso de ofício". Fonseca Costa argumenta que "os embargos infringentes não deixam de existir, deixando de ser voluntários para se tornarem necessários ou obrigatórios" (COSTA, 2014 apud SCHAITZA, 2022). No mesmo sentido, Jordão Violin argumenta que o referido instituto se trata de técnica equivalente a "embargos infringentes de ofício" (VIOLIN, 2017 apud SCHAITZA, 2022). Também partidários dessa corrente doutrinária, Lênio Luiz Streck e Ricardo Augusto Herzl ensinam (2015):

Observa-se a criação de (ou transformação em) uma espécie de *embargos infringentes com remessa necessária*; assim, a eficácia do acórdão não unânime está diretamente condicionada à imediata suspensão do julgamento para a sua reanálise em momento

posterior, diante de uma nova quantidade de julgadores; assim como nas hipóteses de remessa de ofício, não haverá trânsito em julgado da decisão (o que impede a sua execução definitiva e a oferta de embargos de declaração) se a nova técnica não for observada; [...].

Há também corrente doutrinária que nega o caráter de recurso à ampliação do colegiado e sustenta que o instituto se trata na verdade de incidente processual. Argumenta-se que o art. 942 do Código de Processo Civil não é recurso porque não está no rol do art. 994, que elenca de forma taxativa os recursos cabíveis no âmbito do processo civil. Argumenta-se ainda que não pode ser considerado como recurso a ampliação do colegiado porque nas hipóteses do art. 942 o julgamento ainda não se encerrou, não havendo ainda decisão proferida. Nesse sentido, Araken Assis (2021) argumenta:

Esse expediente não constitui recurso. E isso, por duas razões: (a) não se encontra prevista a figura no catálogo do art. 994; (b) o julgamento da apelação, do agravo de instrumento e das rescisórias não se encerrou, porque – eis o ponto – não se alcançou o quórum exigido para cristalizar o resultado (reforma da sentença, da decisão ou rescisão da sentença). Repelida a natureza recursal, as situações versadas no art. 942 constituem incidente no julgamento da apelação, do agravo de instrumento e da ação rescisória. Pode-se chamá-lo de “técnica de julgamento”, por sinal mencionada no art. 942, § 3.º, mas essa qualificação nada esclarece acerca da essência da figura. É um incidente, *in eventum*, no julgamento dos casos arrolados, e consiste na ampliação do quórum da deliberação, no próprio órgão originário ou em outro de maior composição. Incidentes não se originam, necessariamente, do surgimento de questões. O pedido ou a tomada de vista (art. 940) é um incidente dos julgamentos, em geral, resultando da dúvida do julgador, não cabendo confundir-lo com o objeto da dúvida (questão de fato ou questão de direito). (ASSIS, 2021).

Paulo Henrique dos Santos Lucon (2015), Gisele Leite e Denise Heuseler (2016) também defendem que o instituto a que se refere o art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 se trata de incidente processual. Dentre os partidários desta corrente, vale registrar ainda as lições de Claudia Vechi Torres e Patrícia de Oliveira e Silva (2017, p. 8):

[...] observa-se que o art. 530 do ultrapassado Código de Processo Civil de 1973 descrevia os momentos em que cabia o uso dos embargos infringentes, deixando claro que eram utilizados apenas

em acórdãos que não apresentavam unanimidade, sendo na apelação, ao reformar a sentença de mérito ou quando julgava procedente a ação rescisória. Deixava claro que os embargos infringentes apresentavam natureza recursal e eram restritos à matéria objeto da divergência. Já o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, em busca de modificações no atual sistema de processo brasileiro, eliminou os embargos infringentes e implantou a nova técnica de julgamento aos tribunais, que se apresenta como um prosseguimento do julgamento, ao complementar o colegiado nos casos de divergência, não sendo tratada pelo CPC/2015 como um instituto recursal, mas tendo natureza jurídica de incidente. (TORRES & SILVA, 2017, p. 8).

A corrente que entende a ampliação do colegiado como incidente processual não está imune a críticas. Letticia Schaitza (2022), valendo-se do conceito de incidente processual construído pelo Conselho Nacional de Justiça [s. d.], segundo o qual "Incidente processual é uma questão controversa secundária e acessória que surge no curso de um processo e que precisa ser julgada antes da decisão do mérito da causa principal", sustenta que a ampliação do quórum não pode ser tratada como "questão controversa", pois não pode ser impugnado pelas partes; a ampliação do colegiado, argumenta Schaitza (2022), decorre do "preenchimento de requisitos objetiva e previamente estipulados pelo legislador." E ela argumenta ainda: "Tampouco é proposta "no curso de um processo" e "precisa ser julgada antes da decisão do mérito", pois se materializa quando o processo já está em condições de ser concluído, ou seja, de receber a tutela jurisdicional, com ou sem resolução de mérito". (SCHAITZA, 2022).

Pollyanna Teixeira de Faria (2019, p. 53), também tecendo críticas aos defensores da tese de que o instituto do art. 942 do Código de Processo Civil possui natureza de incidente processual, sustenta que a existência de vários incidentes no atual Código de Processo Civil (incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, etc.) não é orientação adequada para definir a ampliação do colegiado como incidente processual. E ela ainda argumenta:

[...] a existência de voto divergente não é visualizado como uma questão nova e incidental a ser resolvida no processo, a pedido das partes e mediante novo julgamento. O art. 942 do novo CPC, repisa-se, é de observância obrigatória pelo órgão julgador quando configuradas as hipóteses legais, de sorte que a implementação do colegiado estendido não depende de vontade das partes. (FARIA, 2019, p. 53).

Há ainda corrente que rechaça tanto a natureza recursal quanto a natureza de incidente processual da ampliação do colegiado referida no art. 942 do Código de Processo Civil. Os autores desta corrente defendem que a ampliação do colegiado é técnica de julgamento. Nesse sentido, defendem Tereza Arruda Alvim, Sérgio Luíz Kukina, Pedro Miranda de Oliveira e Alexandre Freire:

Quanto à natureza jurídica do novo instituto, houve quem defendesse se tratar de recurso, outros mencionaram ser um incidente. De nossa parte, compreendemos que o instituto constante no artigo 942 é, tão somente, uma técnica a ser aplicada em uma fase procedimental, qual seja: no julgamento colegiado da apelação, da ação rescisória e do agravo de instrumento, quando existentes as hipóteses que assim autorizam (ALVIM; KUKINA; OLIVEIRA & FREIRE, 2021).

Também partidários dessa corrente, Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha (2020, p. 100) afirmam que o art. 942 do Código de Processo Civil se trata de “técnica de ampliação do colegiado para julgamento, estabelecendo a suspensão da sessão de julgamento quando o resultado não for unânime e determinando que se prossiga, com outros membros, em nova designação.” No mesmo caminho, Nelson Nery Júnior e Rosa Nery sustentam:

Aberta a divergência, instaura-se *ex officio*. Trata-se de técnica e julgamento da apelação e demais feitos mencionados no texto normativo ora comentado. Essa natureza de técnica de julgamento lhe é atribuída por texto expresso da lei (CPC 942 § 3.º), de modo a não deixar dúvida de que não se trata de recurso. Não é recurso, pois lhe falta voluntariedade (é determinado de ofício) e taxatividade (não está previsto como recurso na lei processual, v.g. CPC 994). Dado não possuir natureza jurídica de recurso, não se pode afirmar que é substituto dos embargos infringentes do CPC/1973. (NERY Jr, N.; NERY, R., 2022).

Analisando as três correntes doutrinárias, verifica-se que os defensores da tese de que a ampliação do colegiado possui natureza recursal ancoram-se principalmente no fato de que o instituto jurídico mencionado não se trata mais de recurso voluntário, em que as partes precisavam manifestar sua vontade de recorrer, como eram os embargos infringentes dos Códigos de 1939 e 1973, mas, agora, se torna verdadeiro recurso de ofício, ou “embargos infringentes de ofício”, de modo que não haveria trânsito em julgado

enquanto a técnica não fosse utilizada nos casos mencionados no art. 942 do Código de Processo Civil.

Os que defendem que a ampliação do colegiado possui natureza de recurso são criticados tanto pelos adeptos da tese de que o art. 942 do Código de Processo Civil possui natureza jurídica de incidente processual quanto pelos que defendem que o referido instituto se trata de técnica de julgamento. Os principais argumentos contrários à tese de que se trata de recurso são: 1) não é recurso porque não está listado no rol taxativo do art. 994 do Código de Processo Civil; 2) não é recurso também porque não houve ainda decisão, com lavratura de acórdão: o que há, no caso de resultado não unânime nas hipóteses mencionadas no art. 942 do Código de Processo Civil, é tão somente uma convocação de nova sessão com colegiado ampliado; 3) não há voluntariedade para as partes decidirem se querem ou não recorrer, pois, ocorrendo as hipóteses de incidência referida no art. 942, a ampliação quórum do colegiado será automática e obrigatória.

Com relação à corrente doutrinária que defende que o art. 942 do Código de Processo Civil tem natureza de incidente processual, os críticos dessa corrente sustentam que a existência de voto divergente não é questão nova que surge no curso do processo, que ocorre, por exemplo, no incidente de assunção de competência, que precisa ser decidida antes da decisão de mérito da causa principal; o que há é apenas, em havendo a divergência de votos, a ampliação do colegiado, e tal fato ocorre de forma compulsória. Contra-argumentam os que defendem tratar-se de incidente processual que nem todo incidente precisa necessariamente de questões, e que por exemplo o art. 942 seria um incidente no julgamento, assim como o é o pedido de vista feito pelo relator ou outro juiz no caso do art. 940 do Código de Processo Civil.

O posicionamento doutrinário que tem sido majoritário (FARIA, 2019, p. 53; PONTES, 2019, p. 26-31) é o de que a ampliação do quórum do colegiado não se trata de recurso e possui natureza de técnica de julgamento, e tal entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. APELAÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. ART. 942 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA. TÉCNICA DE JULGAMENTO. CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE VOTO. POSSIBILIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. [...] 4. No caso concreto, diante da ausência de unanimidade no julgamento da apelação, foi aplicado, de ofício, o art. 942 do CPC/2015 a fim de ampliar o colegiado com a convocação de outros desembargadores. Na continuidade do julgamento, um dos desembargadores alterou o voto anteriormente proferido

para negar provimento à apelação e manter a sentença, resultado que prevaleceu, por maioria. 5. A técnica de ampliação do colegiado consiste em significativa inovação trazida pelo CPC/2015, tendo cabimento nas hipóteses de julgamento não unânime de apelação; ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgou parcialmente o mérito. 6. O art. 942 do CPC/2015 não configura uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência. (...). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.771.815/SP*. Relator(a): Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de novembro de 2018).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ART. 942, CAPUT, DO CPC/2015. JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. APELAÇÃO. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DO COLEGIADO. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA. MARCO TEMPORAL. ABRANGÊNCIA. NULIDADE. CONFIGURAÇÃO. [...] 3. Nos termos do art. 942, caput, do CPC/2015, quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada, com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. 4. O art. 942 do CPC/2015 não estabelece uma nova espécie recursal, mas, sim, uma técnica de julgamento, a ser aplicada de ofício, independentemente de requerimento das partes, com o objetivo de aprofundar a discussão a respeito de controvérsia, de natureza fática ou jurídica, acerca da qual houve dissidência. 5. O art. 942 do CPC/2015 possui contornos excepcionais e enuncia uma técnica de observância obrigatória pelo órgão julgador, cuja aplicabilidade só se manifesta de forma concreta no momento imediatamente posterior à colheita dos votos e à constatação do resultado não unânime, porém anterior ao ato processual formal subsequente, qual seja a publicação do acórdão. 6. Diante da natureza jurídica *sui generis* da técnica de ampliação do colegiado, o marco temporal para aferir a incidência do art. 942, caput, do CPC/2015 deve ser a data da proclamação do resultado não unânime da apelação, em respeito à segurança jurídica, à coerência e à isonomia. (...). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira

Turma). *Recurso Especial nº 1.762.236/SP*. Relator(a): Min. Marco Aurélio Bellizze, 19 de fevereiro de 2019).

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça exarado por meio dos precedentes parcialmente transcritos acima cancelam o posicionamento doutrinário de que a ampliação da colegialidade prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil não se trata de recurso nem de incidente processual, mas possui natureza de técnica de julgamento a ser aplicada de ofício, tendo, portanto, sido sepultado de vez o recurso de embargos infringentes previsto nos dois Códigos anteriores ao atual.

Neste artigo defende-se também que o art. 942 possui natureza de técnica de julgamento, e, para não repetir os argumentos já expostos que fundamentam tal conclusão, acrescenta-se apenas que defender que a ampliação do colegiado seria “recurso de ofício” ou “embargos infringentes de ofício” aproximaria o procedimento do art. 942 do instituto da remessa necessária, que ocorre quando a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações de direito público, bem como o julgamento total ou parcialmente procedente de embargos à execução fiscal, são condicionados à confirmação pelo Tribunal para que possam produzir efeitos, conforme dispõe o art. 496 do Código de Processo Civil.

Apesar de parecidos, os institutos do art. 496 e do art. 942 do Código de Processo Civil de 2015 são diferentes: no art. 496 há de fato uma sentença prévia proferida, e no caso do art. 942 o que há é um julgamento com resultado não unânime que prosseguirá na mesma ou em outra sessão com mais julgadores convocados, ou seja, neste caso não há decisão prévia proferida. Ora, se nas hipóteses do art. 942 também se entender que há recurso de ofício, ou uma espécie de “embargos infringentes com remessa necessária”, como defendem Lênio Luiz Streck e Ricardo Augusto Herzi (2015), por coerência dever-se-ia admitir o cabimento ao menos de embargos de declaração, pois, deveria se pressupor existir uma decisão prévia proferida, o que de fato não há. E se não há decisão, não se pode falar de recurso, ainda que seja o recurso ex ofício, pois até nessas hipóteses as partes podem recorrer, a despeito da remessa compulsória dos autos ao Tribunal para confirmar ou não a decisão de primeiro grau.

## CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 não previu o recurso de embargos infringentes, porém, criou procedimento que deve ser adotado no caso de resultado não unânime no julgamento de apelação, ação rescisória (no caso de rescisão da sentença) e agravo de instrumento (quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito). A extinção do recurso de embargos infringentes e a criação do procedimento do art. 942, que se assemelha ao extinto recurso, gerou dúvida acerca da natureza jurídica da ampliação do colegiado. Surgiram três correntes na doutrina: a primeira corrente diz que

se trata de recurso de ofício, e não mais voluntário, como o era nos Códigos de 1939 e 1973; a segunda corrente defende que o art. 942 tem natureza de incidente processual, e a terceira entende que a ampliação do colegiado é uma técnica de julgamento.

As principais críticas a quem defende que o art. 942 do Código de Processo Civil se trata de recurso são que 1) o instituto não está listado no rol de recursos do art. 994 do referido Código, cujo rol é taxativo; e 2) o resultado não unânime que exige ampliação do colegiado ainda não é decisão proferida, e só se pode falar de recurso se houver uma decisão final proferida. Por sua vez, os críticos da corrente que defende a natureza de incidente processual sustentam que para ser enquadrado como tal há necessidade de haver questão que precisa ser decidida antes da decisão de mérito da causa principal, e a divergência de votos não é questão nova, mas apenas um fato processual que dá ensejo à convocação de novos julgadores para prosseguimento da sessão. Os defensores da tese do incidente processual, de outro lado, alegam que nem todo incidente precisa necessariamente de questões, a exemplo do que ocorre no pedido de vista feito pelo relator ou outro juiz nos julgamentos em tribunais.

A maioria da doutrina entende que a natureza jurídica da ampliação do quórum do colegiado possui natureza de técnica de julgamento. Tal corrente foi a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.762.236/SP e 1.771.815/SP. Assim, em sendo constatado que não há unanimidade no resultado de julgamento nas hipóteses listadas no art. 942, é automática e obrigatória a convocação de novos julgadores para prosseguir o julgamento na mesma ou em outra sessão. No presente artigo também se defende que a razão está com a doutrina majoritária, pois o próprio parágrafo 3º do art. 942 utiliza a expressão “técnica de julgamento”. Não parece ser acertada a defesa de que a ampliação do colegiado é “recurso de ofício”, pois tal entendimento levaria à conclusão de que há uma decisão proferida prévia (não unânime) e que, a despeito de ser possível fazer a remessa ex ofício, as partes poderiam também recorrer. Na “remessa de ofício” tratada no art. 496 do Código de Processo Civil, as partes têm o direito de recorrer, a despeito da remessa obrigatória, e, tal consequência, se adotado o citado posicionamento no art. 942, também facultaria o recurso voluntário às partes, o que se seria algo esdrúxulo, ante a inexistência de decisão proferida.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda; KUKINA, Sérgio Luíz; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; Freire, Alexandre. **O CPC de 2015 Visto Pelo STJ**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1339462098/o-cpc-de-2015-visto-pelo-stj>. Acesso em: 7 de Mar. de 2023.

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1339464928/manual-dos-recursos>. Acesso em: 7 de Mar. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm) Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm) Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm) Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 8.570, de 8 de janeiro de 1946**. Dá nova redação a dispositivos do Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del8570.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del8570.htm) Acesso em 10 mar 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm) Acesso em: 10 mar 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10352.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10352.htm) Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em 10 mar 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.762.236/SP**. Relator(a): Min. Marco Aurélio Bellizze, 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&s>

[equencial=89136804&num\\_registro=201802328494&data=20181121&tipo=5&formato=PDF](https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=89136804&tipo=5&nreg=201802328494&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181121&formato=PDF) Acesso em 08 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1.771.815/SP**. Relator(a): Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=89136804&tipo=5&nreg=201802328494&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181121&formato=PDF&salvar=false> Acesso em 08.03.2023.

CAVALCANTI NETTO, Bruna de Gusmão Matos. **A extinção dos embargos infringentes e a nova técnica processual do artigo 942 do Código de Processo Civil**. 2018. 50 f. Orientador: Márcio Carvalho Faria. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora/MG, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/9842/1/brunadegusmaomatoscavalcantinetto.pdf> Acesso em 09 mar 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O que é um incidente?** [s. d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas/o-que-sao-incidentes/> Acesso em 07 mar. 2023.

DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nulitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

FARIA, Pollyanna Teixeira de. **Ampliação da colegialidade nos Tribunais de Justiça: art. 942 do novo Código de Processo Civil**. 2019. 158 f. Orientadora: Paula Pessoa Pereira. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Distrito Federal, 2019. Disponível em: <https://bdt.d.uceb.br:8443/jspui/bitstream/tede/2731/2/PollyannaTeixeiradeFariaDissertacao2019.pdf> Acesso em 07 mar. 2023.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, Gisele; HEUSELER, Denise. **Incidente da colegialidade qualificada em face do CPC/2015**. *Jornal Jurid*, 29 fev. 2016. Disponível em <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/incidente-da-colegialidade-qualificada-em-face-do-cpc2015> Acesso em 07 mar. 2023.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Colegialidade Ampliada. Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade.** Consultor Jurídico, 04 de fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade> Acesso em 07 mar. 2023.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1506549897/codigo-de-processo-civil-comentado>. Acesso em: 7 de Mar. de 2023.

PONTES, Dulce Dias Ribeiro. **Os embargos infringentes (art. 530 do CPC/73) e a técnica de julgamento (art. 942 do CPC): uma pesquisa empírica quanto à utilidade dos mecanismos no Tribunal de Justiça de Pernambuco.** 2019. 158 f. Orientador: Lúcio Grassi de Gouveia. Co-orientador: José Mário Wanderley. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, 2019. Disponível em: [http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/1273/5/Ok\\_dulce\\_dias\\_ribeiro\\_pontes.pdf](http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/1273/5/Ok_dulce_dias_ribeiro_pontes.pdf) Acesso em 08 mar. 2023.

RICHA, Felipe. **Natureza jurídica do Direito do Trabalho: Direito Público, Privado ou Misto?** [s. d.]. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/natureza-juridica-direito-trabalho-direito-publico-privado-ou.htm#sdfootnote1anc> Acesso em 07 mar. 2023.

SCHAITZA, Letticia. **Julgamento Ampliado.** - Ed. 2022. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1647231938/julgamento-ampliado-ed-2022>. Acesso em: 7 de Mar. de 2023.

STRECK, Lenio Luiz; HERZL, Ricardo Augusto. **O que é isto – os novos embargos infringentes? uma mão dá e a outra...** Consultor Jurídico, 13 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-13/isto-novos-embargos-infringentes-mao-outra> Acesso em 07 mar. 2023.

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Patrícia de Oliveira e. **A técnica de julgamento do Novo CPC: um aliado para a obtenção da celeridade processual?** Revista CEJ, Brasília, ano XXI, n. 72, p. 7-16, maio/ago. 2017. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114078/tecnica\\_julgamento\\_novo\\_torres.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114078/tecnica_julgamento_novo_torres.pdf) Acesso em 07 mar. 2023.

## **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: NEGLIGÊNCIA E PENALIDADE DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE**

**ARYANE PAULA QUEIROZ AMARAL:**

Discente do Curso de Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC<sup>263</sup>.

RODRIGO ANTONIO CORREA<sup>264</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo possui o objetivo de analisar a temática da responsabilização nos casos de violência obstétrica e ética dos profissionais de saúde e do setor público sob uma perspectiva jurídica. O grande problema da violência obstétrica é a naturalização dos atentados sofridos por essas mulheres, isso se dá principalmente por um abuso de gênero que está enraizado na sociedade. O método aplicado foi de pesquisas na legislação, tendo como base artigos acadêmicos e sites que discutem o tema e análise de casos reais. A primeiro momento a finalidade é conscientizar e orientar mulheres que sofreram durante o parto, abusos, discriminação, violência de gênero, por parte dos profissionais. Ademais os atos violadores aos direitos das parturientes são constantemente cometidos pelo sistema Único de saúde. Conclui-se, portanto, que visa fixar a possibilidade de punição no ordenamento penal para os profissionais que cometem tal ato, mesmo não contendo no atual ordenamento jurídico lei específica para tal negligência cometida por profissionais da área de saúde.

**Palavras-chave:** Violência Obstétrica. Possibilidade. Responsabilidade Civil. Criminalização.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the issue of accountability in cases of obstetric violence and ethics of health professionals and the public sector from a legal perspective. The big problem of obstetric violence is the naturalization of the attacks suffered by these women this is mainly due to a gender abuse that is rooted in society. The method applied was research on legislation, based on academic articles and websites that discuss the topic and analysis of real cases. At first, the purpose is to raise awareness and guide women who suffered during childbirth, abuse, discrimination, gender violence, by professionals. In addition, acts that violate the rights of parturient are constantly committed by the Unified

---

263 E-mail: aryaneamaralqueiroz@gmail.com

264 Docente do Curso de Direito, Centro Universitario de Santa fé do sul/SP, UNIFUNEC E-mail:Rodrigo\_jao@hotmail.com.

Health System. It is concluded, therefore, that it aims to establish the possibility of punishment in the penal system for professionals, who commit such an act, even though the current legal system does not contain a specific law for such negligence committed by health professionals.

Keywords: Obstetric Violence. Possibility. Civil Responsibility. Criminalization.

## **1. INTRODUÇÃO**

A violência obstétrica não é exclusiva da sociedade contemporânea. Em contrapartida, é um assunto pouco discutido que tomou notoriedade recentemente. Esse ato é manifestado por inúmeras condutas em âmbito gestacional na qual a mulher é submetida a procedimentos desnecessários ou não autorizados. Ademais, é comum que a violência também se manifeste através de agressões verbais e sexuais.

Violência obstétrica é um termo utilizado para caracterizar abusos sofridos por mulheres quando procuram serviços de saúde durante a gestação, na hora do parto, no nascimento ou pós-parto. Os maus tratos podem incluir diversos tipos de violência, como física ou psicológica, podendo transformar a experiência do parto um momento traumático para a mulher e o bebê.

A violência obstétrica está relacionada não apenas ao trabalho de profissionais de saúde, mas também a falhas estruturais de clínicas, hospitais e do sistema de saúde como um todo.

O caso que teve grande impacto na discussão dessa pauta foi de uma influencer digital, que por sua vez teve o áudio do seu parto vazado em redes sociais. O médico em questão, tinha essa postura como prática recorrente em seus atendimentos e mesmo assim não sofria punições e atendia mulheres com condições financeiras favoráveis. Desse modo, abrimos uma discussão vasta sobre a justificativa de tal diferença, seja ela por grau de instrução ou condições financeiras para punição de tal ato.

Com os adventos midiáticos temos cada vez mais casos sendo reportados. Outro caso recente foi de um anestesista, as enfermeiras relataram que suspeitavam, mas precisavam de provas por medo de serem prejudicadas. Esse temor é um retrato perfeito da força que a comunidade médica brasileira tem.

É indubitável o poder no qual eles possuem e como o mesmo é refletido em suas prioridades, tornando esse um problema estrutural, visto que a falta de proteção das vítimas de violência obstétrica, leva a constatar que elas sentem inseguranças com a impunibilidade de um tipo penal específico para tais casos.

## **2. A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

Violência obstétrica é o abuso cometido contra gestantes, parturientes e puérperas, aoprocurarem serviços de saúde, antes, durante ou após o parto. Essa violência é cometida por profissionais da área de saúde e se dá de várias formas, como: violência verbal, física, sexual e/ou psicológica, gerando assim vários traumas as mulheres e até mesmo seus bebês. A violência não se trata apenas do trabalho dos profissionais a saúde, mas também das Clinicas e Hospitais Públicos e Particulares que negligenciam tal ato (LOPES, 2020).

Vale destacar que o momento do parto sempre um momento exclusivo para mulheres, visto que as mulheres pariam em suas casas rodeadas apenas e mulheres, as chamadas parteiras, as gestantes eram acompanhadas de suas mães, irmãs, tias, primas, ou seja, apenas mulheres, ambiente esse que trazia sensação de paz, conforto e confiança.

Conforme a Medicina avançou os partos em casa e realizados por parteiras foram substituídos por hospitais e Médicos capacitados, e os partos que eram realizados naturais foram substituídos por cesáreas. O momento do parto acabou deixando de ser um momento exclusivamente feminino e passou a se tornar um evento hospitalar com Médicos e Enfermeiros (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2009).

Embora este assunto tenha tomado grande notoriedade recentemente, não é de hoje que casos como este ocorrem, o assunto passou a ter repercussão na década de 1950.

A saúde e dignidade da gestante e do bebê passou a ser pauta mundo a fora, em 1958 no Reino Unido surge uma Sociedade com a finalidade de prevenir a crueldade cometida contra gestantes, sua fundação se deu através de uma carta publicada no Journal Guardian:

Nos hospitais, as mulheres tem que enfrentar a solidão, a falta de simpatia, a falta de privacidade, a falta de consideração, a comida ruim, o reduzido horário da visita, a insensibilidade, a ignorância, a privação de sono, a impossibilidade de descansar, a falta de acesso ao bebê, rotinas estupidamente rígidas, grosseria[...] as maternidades são muitas vezes lugares infelizes, com as memórias de experiências infelizes. (BEEACH E WELLINGTON, 1960, P.2)

A violência obstétrica passou a ser pauta nas políticas de saúde do Brasil em meados de 1980, sendo reconhecido que o tratamento era impessoal e agressivo com estas gestantes pelo Programa de Atenção Integral a Saúde da Mulher (PAISM), entretanto o assunto foi negligenciado e não teve a notoriedade necessária. Porém, desde 1996 a OMS (Organização Mundial de Saúde) restringiu o uso de algumas práticas

durante a realização do parto. Em 2001 foi definida a publicação de que manobras como a de Kristeller e a Episiotomia, entre outras práticas, deviam ser eliminadas pois foram consideradas prejudiciais ou ineficazes, mas estas práticas ainda são adotadas nos dias atuais (OMS, 2016).

Ao longo dos anos inúmeras pesquisas foram feitas e assunto discutido, mas de fato teve uma grande visibilidade e passou a ser uma pauta muito discutida e cobrada a partir do caso de uma Influenciadora Digital muito conhecida nos dias atuais.

Shantal Verdelho relatou nas suas redes sociais a violência sofrida no parto de seu segundo filho, a influencer relatou violências verbais e físicas cometidas pelo médico que realizava seu parto, inclusive relatando que o profissional sugeriu que deveria ser realizada uma episiotomia, prática na qual é restringida desde 2001 pela OMS, contudo, profissionais continuam fazendo o uso de tal prática, que é considerada violenta e ineficaz.

A violência obstétrica ocorre de muitas formas e acaba tornando o parto que era um momento especial para as parturientes em um momento triste e traumático, podendo gerar danos psicológicos nessas mulheres, o sonho da gestação, as expectativas e planos para a chegada do bebê ansiosamente aguardado, acabam se tornando um pesadelo ao se verem gratuitamente agredidas, abusadas e insultadas por médicos, que deveriam passar segurança e conforto à mulher, acabavam se tornando o momento mais aguardado em uma espécie de contos de terror (OMS, 2016).

A violência obstétrica na Argentina e Venezuela é definida como apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da área, através dos abusos cometidos, levando à perda da capacidade e autonomia das mulheres sobre seus próprios corpos, causando um grande impacto negativo na vida destas mulheres.

A Venezuela tem um conceito muito estudado e aceito sobre violência obstétrica, definida como:

Entende-se por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicação e da patologização dos processos naturais, resultando em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na vida das mulheres. (VENEZUELA, 2007, n.p.).

A Violência obstétrica é considerada crime e passível de punição em ambos os países, mas para que tal ato seja punido depende da denúncia, que por sua vez depende da identificação da violência obstétrica, visto que muitas mulheres não reconhecem que

sofreram tal ato, principalmente por não reconhecerem procedimentos médicos e por se tratar de um momento extremamente frágil e emocionante de suas vidas, o que acaba passando despercebido e tornando a violência obstétrica em algo "normal".

### **3. DOS TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA**

A Violência Obstétrica é caracterizada por sete tipos de procedimentos, sendo elas: Violência Psicológica, Violência Física, Episiotomia, Amniotomia, Cesariana, Manobra de Kristeller e Violência Sexual (SILVA, 2000).

A constituição Federal prevê que é um direito social a proteção a maternidade, portanto a mulher tem direito a um pré-natal de qualidade, a um acompanhante durante o parto e o pós-parto, tem direito a um tratamento digno e deve ter sua integridade, tanto física como psicológica, garantida.

A Violência Psicológica é caracterizada como, mentiras, chacotas, ameaças, chantagens, grosserias, ofensas, piadas, omissão de informações, desrespeito, a proibição do acompanhante no pré-parto, durante o parto e também no pós parto, é considerada uma violência obstétrica, conhecida como Lei do acompanhante, a Lei 11.108/05 garantiu as gestantes o direito ao acompanhante, o que geralmente não ocorre visto que muitos hospitais não permitem a entrada de acompanhantes, que por sua maioria são os pais da criança (BRASIL, 2005).

A violência física é caracterizada pela dor, dano físico, sobre o corpo da mulher, inclui privação a alimentação, manobra de Kristeller, raspagem de pelos (tricotomia), o uso de ocitocina para aceleração do parto, a negativa de medicamentos, quando solicitado, e cesariana eletiva sem indicação (DINIZ, 2015).

A episiotomia realizada sem necessidade é caracterizada como violência obstétrica, consiste no corte entre a região da vagina e o ânus para poder facilitar a saída do bebê. O corte é realizado na maioria das parturientes e sem informar a mesmas de tal ato (DINIZ, 2015).

A Amniotomia que consiste no rompimento precoce da bolsa amniótica, seja ou não pelo uso da ocitocina, essa prática é considerada uma violência obstétrica (DINIZ, 2015).

A cesariana eletiva também é uma violência obstétrica muito comum cometida, ela se caracteriza prática apenas por conveniência médica e hospital, pois não há alguma indicação ou comprovação clínica esta prática se dá principalmente pelo fato dos partos naturais ou normais serem mais demorados e ocuparem um espaço maior nos espaços

hospitalares, o que ocasiona na prática da cesariana que acabou se tornando o meio mais adotado para procedimento do parto.

A manobra de Kristeller (ato de empurrar a barriga da gestante na hora do parto) não tem nenhuma comprovação científica, porém, conforme relata a pesquisa "Nascer no Brasil" Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento, da Fundação Oswaldo Cruz, foi praticada em 36% dos partos vaginais realizados no Brasil.

A violência Sexual é caracterizada por assédio, exames de toque, constantes ou agressivos, lavagem intestinal, imposição da posição na hora do parto para dar a luz, episiotomia, como já citado acima como forma violência física, também se encaixa em violência sexual. Esta violência se dá pela violação da intimidade ou pudor da mulher, independente, de ter ou não acesso as partes íntimas e órgãos sexuais do corpo da mulher. (RODRIGUEZ, 2012, P. 60).

O chamado "Ponto do Marido" também é considerado uma forma de violência, a manobra ocorre no momento da episiotomia, o ponto é feito de uma forma mais apertada, com a finalidade de deixar a região íntima "mais apertada" com o objetivo, de dar mais prazer ao marido, e a parturiente (DINIZ, 2015).

#### **4. ORDENAMENTO JURIDICO ATUAL**

A Constituição Federal de 88 garante formas de proteção a dignidade humana, bem como garantir que a pessoa não será de alvo de ofensas ou humilhações. A CF/88 considerada como Constituição Cidadã por nela garantir inúmeros fundamentos, como por exemplo a Constituição Espanhola de 1978. A carta Magna Brasileira prevê o bem estar o do ser humano, bem como o dever de proteger e garantir fundamentos previstos, a partir do princípio basilar da dignidade, como: a saúde, moradia, direito a vida, educação, acesso a justiça.

O Estado também garante que todos são iguais perante a Lei, conforme garante a CF/88. A Lei Magna dispõe em seu artigo 5º, incisos V e X c/c e art. 186 e 927 do CC:

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

V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrentes de sua violação.

No que diz respeito aos direitos femininos, podemos citar a Convenção de Belém do Para de 1994, que se trata de um conjunto de acordos entre vários estados com a finalidade de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Fica definido pela convenção que "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como privado", fica entendida como violência a mulher (CÓDIGO DE PROCESSO ÉTICO-PROFISSIONAL, 2016).

O Ministério da Saúde reconhece como direito da mulher um atendimento justo e humanizado desde o início da gestação até o nascimento da criança.

A portaria 569, de 2000 prevê:

Institui o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento, no âmbito do SUS – prevê o direito de atendimento digno, humanizado e de qualidade na gestação, parto e puerpério e traça os princípios gerais e condições para o adequado acompanhamento do pré-natal e para a adequada assistência ao parto (BRASIL, 2000, n.p.).

A portaria 1.067, de 2005 prevê:

É dever dos serviços e profissionais de saúde acolher com dignidade a mulher e o recém-nascido, enfocando-os como sujeitos de direitos e que a atenção com qualidade e humanizada depende de rotinas com procedimentos comprovadamente benéficos, evitando-se intervenções desnecessárias, e do estabelecimento de relações baseadas em princípios éticos, garantindo a privacidade, a autonomia e compartilhando com a mulher e sua família as decisões sobre as condutas a serem adotadas (BRASIL, 2005, n.p.).

A portaria 371, de 2014 prevê:

Assegura o contato pele a pele mãe e bebê logo após o parto, o aleitamento materno na primeira hora e o clampeamento do

cordão umbilical (corte) após cessadas suas pulsações, quando as condições de saúde do bebê são adequadas (BRASIL, 2014, n.p.).

Vale ressaltar que os direitos femininos, como citados na carta Magna, Constituição, ONU, dentre outras Leis, surgiram para assegurar as mulheres os direitos que lhe foram negados durante séculos, pelo fato de uma desigualdade de gênero, a finalidade destes direitos é diminuir a desigualdade de gênero e a cultura da opressão contra mulheres.

Neste mesmo ponto tem a visão sobre recém-nascidos que também sofrem com a violência obstétrica. Estes bebês tem seus direitos garantidos pelo ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). O ECA prevê em seu artigo 7º que a criança tenha direito a um "nascimento [...] sadio e harmonioso, em condições dignas de existência", garantindo à mãe, na forma do artigo 8º, caput e §8º, "atenção humanizada à gravidez, ao parto, perinatal e pós natal integral [...]" e a um "acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso [...]" (BRASIL, 1990, n.p.).

O Conselho Federal de Medicina nº 2.217/2018 que dispõe sobre a ética médica, tem como princípio fundamental a saúde do ser humano como centro de toda atenção e zelo do profissional da saúde sem qualquer discriminação. Sabendo a importância da relação médico e paciente do código de ética médica a doutrina traz "um código de ética que não for sensível às necessidades de conciliar seus fundamentos com a prática profissional digna, em favor dos pacientes e da coletividade, é um mau código." (FRANÇA, 2014 n.p.).

Segundo o entendimento doutrinário, a responsabilidade civil do médico no exercício de suas atribuições é inerente aos riscos da sua profissão. De acordo com França (2014, n.p.), "a medicina é uma das atividades mais vulneráveis e difíceis do mundo, para se exercer do ponto de vista legal".

Perante a legislação vigente civil e penal, o profissional da saúde que venha a cometer um ato ilícito com suas pacientes e nascituros deve ser responsável pelo dever de indenizar como consequência do mal praticado. Cabe lembrar que, o profissional da medicina pode se submeter a processo ético profissional de seu órgão de classe, regulado pela Resolução nº 2.145/2016.

Embora, hajam inúmeros direitos garantidos as mulheres e as crianças no ordenamento jurídico brasileiro, não há, entretanto qualquer Lei ou punição específica para a violência obstétrica, ou seja, não há punição para os causadores, no caso os agentes de saúde que com o passar do tempo tornaram este tipo de conduta comum, o que leva muitas mulheres a não identificarem a violência que sofrem, por acharem normal esta prática.

Vicchietti (2013) discorre, que estas mulheres “reconhecessem que se sentiam mal e humilhadas, consideravam que isso era habitual e que não podiam decidir nada, nem se queixar porque depois teriam que retornar ao mesmo local e se encontrar com a mesma equipe” (VICCHIETTI, 2013, p. 32). Esta conduta médica se tornou tão habitual que passou a agir o silêncio nas mulheres que sofrem ou sofreram este tipo de violência, visto o medo de denunciar tal ato e não haver punição, e as mesmas terem que voltar ao convívio com o agente agressor.

## **5.A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DO HOSPITAL**

A responsabilidade civil do médico perante a vítima de violência obstétrica, ainda não possui legislação específica, e é subjetiva, desta forma, são utilizados o Código Civil, o Código do Consumidor, e o Código de Ética Médica.

A responsabilidade Civil pode ser caracterizada por objetiva e subjetiva. Para a legislação Brasileira o médico é considerado um profissional liberal prestador de serviços. Para que haja o dever de reparação, o caso de violência obstétrica deve preencher alguns requisitos básicos como: a conduta médica, o dano e o nexo causal entre o dono e a conduta.

Conforme dispõe a doutrinadora Maria Helena Diniz (2003, p. 271):

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, pôr não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar – lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina, todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidente.

A natureza médica pode ser definida como de meio, e não de resultado, dado que o médico não possui a obrigação de entregar o resultado final, mas tem a obrigação e dever de realizar tudo que for necessário para uma prestação de serviço da melhor qualidade.

Apesar da responsabilidade civil médica ser contratual e de meio, o dever de reparação é mediante comprovação de culpa do profissional, a responsabilização médica pode ser dada através de sua ação culposa ou dolosa, por ação ou omissão, através de negligência, imperícia ou imprudência.

A responsabilidade civil do hospital é considerada objetiva diferente da responsabilidade médica que é subjetiva, a responsabilidade objetiva independe da comprovação de culpa.

Apesar do hospital não ter controle das ações médicas, a instituição responde pelos atos ilícitos cometidos por seus empregados.

O Código Civil prevê, em seu artigo 932, inciso III:

Art. 932. São também responsáveis pela ação civil:

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, o exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (BRASIL, 2002, n.p.).

Desta forma, a responsabilidade civil objetiva na depende de comprovação de culpa, apenas do nexos causal entre o dano e a conduta do agente. Sendo assim, o hospital deve responder civilmente pelos atos de violência obstétrica que forem cometidas pelos médicos, devido a relação que se tem de empregado e empregador, quando houver a comprovação de culpa do médico, visto que sua responsabilidade é subjetiva, ou seja, depende de comprovação.

## **6. ATRIBUIÇÃO COMO CRIME E SUA VIABILIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

Alguns projetos de leis foram iniciados no legislativo Brasileiro, alguns seguem em tramite e outros suspensos, como a exemplo o Projeto de Lei em câmara – PL 7.633/2014, um projeto apresentado pela ONG Artemis, o objeto é humanizar o atendimento à gestante/parturiente, assim lhes garantindo a priorização por parte da equipe médica em um atendimento humanizado durante todo o período gravídico/puerperal estendendo-se ao pós- parto (VECCHIETTI, 2015).

Na Câmara Legislativa Federal foi proposto lei nº 7.633/2014 para tratar da assistência à mulher no parto. Não obstante, e anterior ao projeto de lei mencionado, há o projeto de lei nº 478/2007 que trata dos direitos do nascituro, que devem ser resguardados desde o ventre de sua genitora.

Entretanto, estes projetos que se propõem a criminalizar as condutas identificadas como violência obstétrica encontram um limite subjetivo que faz com que eles percam sua aplicabilidade.

Vale ressaltar a ausência de leis que criminalizam condutas médicas abusivas, a dificuldade para punir penalmente a violência obstétrica pode se dar, por exemplo, em razão da existência de algumas excludentes de ilicitudes no Código Penal Brasileiro.

Raquel Diniz, presidente da ONG Artemis, denuncia que, atuais Leis brasileiras não vem sendo cumpridos na maioria das unidades de saúde “O governo não quer, mas a ideia é criminalizar profissionais que causem danos. Bebês que morrem de prematuridade por cesáreamal indicada, a gente não pode mais conviver com isso. Vamos continuar morrendo?” (OMG,2016, n.p.).

Muniz (2012), relata que a mulher precisa identificar esse ato de violência e não sentir que seu sofrimento está sendo um incomodo, e sim que se trata de uma violência cometida pelos profissionais de saúde. Sendo assim, a parturiente deve estar ciente que:

Sendo essa violência comum no cotidiano do atendimento à mulher no parto,torna se fundamental que se fale sobre isso, que se esclareçam as condições de possibilidade deste fenômeno, com o objetivo de que as próprias mulheres encontrem meios de identificá-lo e impedi-lo, podendo transformar este quadro” (MUNIZ, 2012, n.p.).

Conforme já mencionado nos tópicos deste artigo, o que existe é a legislação genérica,mas existem na Câmara projetos que definem o que é e qual o tipo de conduta que pode serconsiderada violência obstétrica, assim como definir as punições previstas ao indivíduo quecometer este ato. As punições podem ser desde uma sanção pecuniária até dois anos de prisão.

A atual inaplicabilidade das normas jurídicas existentes tem contribuído para criação de um sentimento de impunidade fazendo com que médicos e suas equipes hajam da forma como bem entenderem com as mulheres, seus corpos e seus filhos. Pelo simples fato de que, quando finalmente têm coragem, para denunciar as vítimas não recebem em contrapartida do Estado uma sanção que refreie a conduta do profissional, formando um ciclo no qual o único beneficiado é aquele que cometeu os abusos (MUNIZ 2012).

Por esses motivos, resta ao Direito Penal, ante a falência e inaplicabilidade prática das demais esferas jurídicas, amparar essas vítimas assegurando-lhes os seus direitos a ter uma assistência médica digna e humanizada, devolvendo-lhe o protagonismo e o empoderamento do parto levado por uma cultura incisivamente machista e institucionalizada implantada ao longo dos anos, como abordado anteriormente.

Dessa forma, percebe-se que a criminalização da violência obstétrica trata - se de um tema complexo por envolver diversos interesses jurídicos em choque direto, e pelas limitaçõesofertadas pelo próprio ordenamento jurídico pátrio, conforme detalhadamente abordar-se-á a seguir (MUNIZ 2012).

Em vista dos argumentos apresentados, visa atribuir como crime tais atitudes, vale salientar que no atual ordenamento jurídico não há existência de Leis ou projetos que criminalizam a conduta médica, isto pode ocorrer pelo fato de no Código Penal não tipificar a conduta destes profissionais de saúde que cometem esse tipo de violência.

## 5 CONCLUSÃO

A mulher sempre foi colocada em um ambiente violento, sofria de repetidas vitimizações e suas consequências, principalmente no início, quando recorreu ao Estado para a solução do problema.

Como se vê, dada a realidade familiar e coletiva, essa situação é frequente e não resolvida. Este artigo destaca a discriminação e o silêncio da sociedade em relação às mulheres vítimas de violência sexual, psicológica e física e o quanto elas são responsabilizadas pela violência que vivenciam.

Portanto, para desconstruir tais parâmetros sociais, é dever das instituições quebrar esses padrões de desigualdade para consolidar o respeito à diferença e ao gênero. Em um breve panorama, o foco principal está na responsabilidade do Estado em promover e facilitar mudanças nas atitudes discriminatórias, ao invés de naturalizá-las em relação ao sexo feminino.

Assim, tanto a violência quanto a discriminação contra as mulheres devem ser responsabilizadas, pois viola os direitos humanos quando as mulheres são tratadas como meros objetos/coisas.

O protagonismo deve ser restituído à mulher, que é fundamental. Tal problemática só poderá ser resolvida a partir do momento em que for devolvido à mulher o pleno controle do seu destino e o pleno controle do seu parto. Além de punir os agressores é necessário um investimento com seriedade na política nacional de humanização do parto o que só pode ocorrer se respeitado um tripé central.

Com isso, a muito o que se discutir e debater a respeito dos procedimentos médicos adotados nos trabalhos de parto em todos os hospitais e maternidades do país, pois trata-se de um tema inesgotável e, principalmente um tema de saúde pública. Ademais, são vidas humanas de direitos e garantias fundamentais protegidas pela Constituição Federal que não podem ser submetidas a qualquer situação desumana, degradante e desrespeitosa por parte daqueles que possuem o dever ético-profissional de cuidar e zelar pela vida do ser humano.

Nesse sentido, não se pode olvidar que a inexistência de uma lei específica que assegure sanções concretas em face daqueles que pratiquem a violência obstétrica provoquena mulher um estado de insegurança que, por fatores naturais, já se encontra

sob grande vulnerabilidade em razão do parto. Por motivos óbvios os profissionais, que integram a rede de assistência ao parto, sempre justificarão seus atos afirmando que apenas estão fazendo o seu trabalho contando, na grande maioria das vezes, com o apoio dos hospitais e maternidades onde prestam seus serviços.

Diante do exposto, apesar dessas inovações, ainda há a necessidade de que o Estado tome ações mais concretas para aprimorar esses mecanismos ou o instrumento criado pela legislação supracitada, seja na formação de profissionais prestadores de serviços ou na introdução de novas unidades especializadas, como a criação de varas especializadas nos fóruns. Além disso, ao relatar e apontar o papel da sociedade, ressalta-se que ela precisa ser aprimorada para se ajustar adequadamente à realidade atual.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 maio 2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria GM/MS nº 569, de 1º de junho de 2000. **Estabelece o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para a Hepatite Viral C e Coinfecções**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 jun. 2000.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 371, de 7 de maio de 2014. **Institui diretrizes para a organização da atenção integral e humanizada ao recém-nascido (RN) no Sistema Único de Saúde (SUS)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 maio 2014.
- BRASIL. Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para **garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde -SUS**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 abr. 2005.
- BEECH, B. L.; WILLINGTON, S. Listen with Mother. **AIMS J**, V. 19, n. 2, 2007. Disponível em: <https://www.aims.org.uk/journal/item/listen-with-mother>. Acesso em: 15 de jul. de 2022.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 23 de jul. de 2022.
- VENEZUELA. Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Caracas: UNFPA; 2007.
- BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt->

br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/publicacoes/o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente. Acesso em: 23 de jul. de 2022.

BRASIL. PL 7.633/2014. Autoria: Deputado Federal Jean Wyllys PSOL/RJ. Câmara dos Deputados. Disponível em:  
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546#:~: text](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546#:~:text)

=PL%207633%2F2014%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Disp%C3%B5e%20 sobre%20a%20humaniza%C3%A7%C3%A3o%20da,puerperal%20e%20d%C3%A1%20ou tr as%20provid%C3%AAs. Acesso em: 25 de jul. de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: Código de Ética Médica – Disponível em:  
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217> - Acesso em: 04 nov.de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: **Código de Processo Ético-Profissional (CPEP)** – disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2016/2145> – Acesso em: 04 nov. de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Simone Grilo et al. **Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção**. J Hum Growth Dev, v. 25, n. 3, p. 377-82, 2015. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000300019&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 25 de jul. de 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 12 ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro:Forense, 2014.

LOPES, Josiane Marques. **Violência Obstétrica: Uma Análise Jurídica Acerca Do Instituto No Estado do Tocantins**. Disponível em:  
[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/violencia-obstetrica-uma-analise- juridica-acerca-do-instituto-no-estado-do-tocantins/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/violencia-obstetrica-uma-analise-juridica-acerca-do-instituto-no-estado-do-tocantins/). Acesso em: 15 de jul. de 2022.

Muniz BMV, Barbosa RM. **Problematizando o atendimento ao parto: cuidado ou violência?** In: Memórias Convención Internacional de Salud Pública. La Habana: Convención Internacional de Salud Pública; 2012.

RODRIGUEZ, Karina. **Tese faz análise histórica da violência obstétrica no Brasil.** Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/tese-faz-analise-historica-da-violencia-obstetrica-no-brasil>. Acesso em: 15 de jul. de 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Declaração da OMS sobre as taxas de cesáreas.** Disponível em: <https://bit.ly/2Et7Z6b>. Acesso em 25 de jul. de 2022.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Comentários ao art. 1º, p. 11, in: CURY, Munir(org.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: RT,2000.

VECCHIETTI, Gustavo Nascimento Fiuza. "**Ultima ratio**" do Direito Penal. **Comportamento frente aos crimes contra a ordem tributária e previdenciária.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2717, 9 dez. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18001>. Acesso em: 16 nov.de 2022.

## A RELAÇÃO DA PSICOPATIA E A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL

**ANNA LAURA DE OLIVEIRA FALCÃO:**  
graduanda do curso de Direito do  
UNIFUNEC - Centro Universitário de  
Santa Fé do Sul-SP<sup>265</sup>.

WALTER MARTINS MULLER<sup>266</sup>

(orientador)

**RESUMO:** A presente obra tem o propósito de analisar o transtorno da personalidade antissocial (psicopatia) de acordo com a legislação penal vigente no país, e estabelecer uma relação com a omissão do Código Penal em relação à questão da imputabilidade. Serão examinados alguns conceitos relacionados ao transtorno da personalidade antissocial, de acordo com os estudos realizados por especialistas em psicologia e psiquiatria, abordando suas características peculiares e como a psicopatia é interpretada no âmbito jurídico. Além disso, o artigo discute os principais crimes cometidos por psicopatas no contexto nacional, apresentando casos reais já analisados pelo poder judiciário. Também são abordadas as formas como um sujeito psicopata se comporta em relações sociais e familiares. A questão da imputabilidade do psicopata, que ainda gera divergências, também é tratada nesse estudo. A metodologia utilizada consiste em uma abordagem dedutiva, baseada na revisão bibliográfica de diversos autores das áreas de psicologia e direito, além da análise dos dispositivos legais pertinentes. Dessa forma, a conclusão alcançada pela obra é que os indivíduos portadores desse transtorno devem ser julgados por seus atos de acordo com a legislação penal, levando em consideração as decisões reiteradas dos tribunais e as análises realizadas dentro do atual sistema jurídico nacional. Ademais, são necessárias ações do governo federal no sentido de promover políticas públicas que visem o tratamento adequado dos indivíduos com transtorno de personalidade antissocial.

**Palavras-chave:** Psicopatia. Doença mental. Direito Penal. Imputabilidade. Crimes violentos.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze the antisocial personality disorder (psychopathy) according to the current criminal legislation in the country, and to establish a relationship with the omission of the Penal Code in relation to the issue of imputability. Some concepts related to antisocial personality disorder will be examined, according to studies carried out by specialists in psychology and psychiatry, addressing their peculiar characteristics

<sup>265</sup> E-mail: annalauraoo@outlook.com

<sup>266</sup> docente do Curso de direito do Centro Universitario de Santa Fé do Sul. E-mail: waltermuller@live.com.

and how psychopathy is interpreted in the legal field. In addition, the article discusses the main crimes committed by psychopaths in the national context, presenting real cases already analyzed by the judiciary. The ways in which a psychopathic subject behaves in social and family relationships are also addressed. The question of the psychopath's imputability, which still generates divergences, is also addressed in this study. The methodology used consists of a deductive approach, based on a bibliographic review of several authors in the areas of psychology and law, in addition to the analysis of relevant legal provisions. Thus, the conclusion reached by the work is that individuals with this disorder must be judged for their actions in accordance with criminal law, taking into account the repeated decisions of the courts and the analyzes carried out within the current national legal system. In addition, federal government actions are needed to promote public policies aimed at the appropriate treatment of individuals with antisocial personality disorder.

**Keywords:** Psychopathy. Mental disease. Criminal Law. Accountability. Violent crimes.

## **INTRODUÇÃO**

A presente obra promoverá uma análise objetiva sobre a figura dos portadores de transtorno da personalidade, visto o desenvolvimento de algumas divergências no campo do direito e da psicologia acerca da efetiva relação da psicopatia com as doenças mentais usuais, pois tal fato gera impacto na área do direito, especialmente, na criminal.

Nesse sentido, de início, é abordado o conceito de psicopatia oriundo da psicologia e do direito, tema cercado de divergências interpretativas já que o portador de transtorno dispõe de igualdade com os demais indivíduos, ocasionando serias dificuldades em sua identificação.

As características gerais dos portadores de psicopatia aglutinam alguns traços: falta de sensibilidade com o próximo, são frios (sem alternância de emoções), desprovidos de sentimento afetivo, sempre tendente ao mal e ao favorecimento próprio.

O estudo busca também ressaltar os riscos que um psicopata pode oferecer à sociedade quando não submetido a um tratamento específico, tendo em vista sua incapacidade de compreensão moral de suas ações, o que torna a pena privativa de liberdade pouco efetiva. O principal objetivo é dar um passo a frente no que concerne a esse transtorno, com o intuito de que cada vez mais pessoas consigam reconhecê-los como indivíduos merecedores de amparo, através da sanção penal adequada.

Por seguinte, existe divergência legal acerca da culpabilidade, tendo em vista a possibilidade de enquadrar o psicopata como doente mental ou normal. Tal fato gera

profundadivergência doutrinária e legal. Alguns interpretam que o portador de transtorno da personalidade antissocial deve ser enquadrado como inimputável, outros asseveram a imputabilidade e a Corrente divergente aduz a semi-imputabilidade.

Por fim, o presente trabalho foi desenvolvido em níveis explicativos: conceito de psicopatia; caracterização do indivíduo; crimes praticados por psicopatas; definição de crime; culpabilidade; imputabilidade e a psicopatia.

## **1. CONCEITO DE PSICOPATIA**

O Transtorno da personalidade (ou psicopatia) decorre de uma anormalidade na formação da personalidade do indivíduo, resultando em vários problemas comportamentais no convívio em sociedade. A pessoa já nasce com fatores psicológicos afeitos à psicopatia. O transcurso do tempo apenas promove seu agravamento. Sua constatação é difícil, merecendo análise clínica, social e psicológica de um profissional habilitado (COLLETTA; VIERO, 2018).

Antes de adentrar ao mérito, é importante promover rasa análise acerca da personalidade, e como ocorre sua formação.

A palavra personalidade possui inúmeros significados no campo das ciências, angariando mais de 50 definições distintas. Entre estas, existe aquela que aduz a personalidade como uma força ativa presente no interior de cada indivíduo; ou fator único de cada pessoa. No mesmo sentido, há alguns teóricos que representam a personalidade como a descrição mais profunda e específica, ou seja, mostra o real interior do ser (COLLETTA; VIERO, 2018).

Segundo Táki Cordás e Mario Louzã (2020), a personalidade é a reunião de todos os fragmentos característicos de cada ser humana, como os atributos físicos, psíquicos, fisiológicos e morais. Segundo os autores, cada indivíduo detém sua própria personalidade, desenvolvida com o decurso da vida, por meios, eventos marcantes ou pela influência familiar, social, pessoal e muitos outros fatores; nunca existiu ou existira dois ou mais indivíduos com a mesma personalidade.

O renomado psicanalista Sigmund Freud desenvolveu a teoria do aparelho psíquico, no qual afirmou que a personalidade é estrutura em três elementos: "id", "ego" e "superego". A princípio, "id" é relacionado ao prazer e impulso, presente na zona inconsciente do cérebro, quando o ser humano age por meio dos instintos. Já o "ego" – mediador entre "id" e "superego" – é a parte racional da mente, ligado a memória, sentimentos e pensamentos, decorrendo em ações éticas. Por último, o "superego" decorre da moral, do agir regularmente, conforme os valores e normas de vivência. A respectiva definição é lógica e viável, adotada por grande parcela da doutrina, inclusive,

por outras áreas do conhecimento, como nas ciências jurídicas (FREUD, 1932 *apud* COLLETTA; VIERO, 2018).

Assim, a personalidade é uma construção influenciada por inúmeros fatores sociais e individuais, a partir do nascimento, percorrendo a infância - é o período que mais se desenvolve - e terminado apenas com a morte. Cumpre observar que a fase adulta também pode gerar influências na modificação da personalidade, como eventos traumáticos e situações extremas. Como exemplo, uma pessoa com 40 anos que passa por um sequestro, em que sua família é feita refém por 2 dias, ante o poder de criminosos violentos. Segundo a psicologia, é totalmente plausível que essa pessoa de 40 anos desenvolva algum tipo de modificação comportamental, visto o evento marcante vivenciado.(COLLETTA; VIERO,2018).

Os autores Dainez e Smolka afirmam que:

[...] Na psicologia individual de Adler, cada pessoa é concebida como uma totalidade integrada dentro de um sistema social. A personalidade, então, corresponde a uma unidade e o seu estudo se orienta para a luta que ela realiza para se desenvolver e exprimir [...] os mais importantes determinantes da estrutura da vida da personalidade se originam nos primeiros tempos da infância [...] sendo que o propósito específico e o efeito particular da vida psíquica não se fundem sobre uma realidade objetiva, mas sobre a impressão subjetiva que o indivíduo teve dos acontecimentos da vida. Cada indivíduo se organiza em função de sua percepção subjetiva do mundo social (2014, p.1098 *apud* COLLETTA; VIERO, 2018, p.62).

Nessa perspectiva, existem algumas normalidades psicológicas atrofiadas ao desenvolvimento da personalidade do ser humano. A psicopatia, por ser o mérito do presente trabalho, é uma das muitas espécies de distúrbio da personalidade, pois já surge com o indivíduo, longe de ser uma doença alcançada pela convivência social. Cumpre observar que o indivíduo já possui algumas anormalidades anteriores, ainda no desenvolvimento do aparelho sensorial, e na formação do cérebro.

O Dicionário trata a psicopatia como uma “perturbação da personalidade que se manifesta essencialmente por comportamentos antissociais (passagens a ato), sem culpabilidade aparente”.(AURÉLIO, 2002, n.p.)

Já nos dizeres de Roberto Hare (2013), a psicopatia consiste em um transtorno da personalidade que versa em comportamentos peculiares aos do homem médio. O vínculo

com a criminalidade, ações violentas, fraude, mentiras, a supressão da capacidade de correção são alguns dos muitos indícios, que podem ser identificados desde a infância. No entanto, os psicopatas não são loucos, mas, sim, dispõem de um raciocínio frio e calculista. Segundo o autor, na América do Norte existem, no mínimo, 2 milhão de psicopatas, números parelhos a esquizofrenia. Os números retratam o real significado da escalonada dos crimes violentos na América do Norte, no qual os psicopatas têm total relação:

Exemplos dramáticos de psicopatia que surge em nossa sociedade recentemente. Dezenas de livros, filmes e programas de tele- visão, centenas de artigos e manchetes de jornal contam essa história: os psicopatas são porcentagem significativa das pessoas descritas na mídia – serial killers, estupradores, ladrões, trapaceiros, golpistas, espancadores de mulheres, criminosos de colarinho branco, promotores de ações “pilhados” e corretores dependurados em dezenas de telefones, molestadores de crianças, membros de gangues, advogados com licença cassada, barões do tráfico de drogas, jogadores profissionais, membros do crime organizado, médicos com licença cassada, terroristas, líderes de seitas, mercenários e empresários inescrupulosos (HARE, 2013, p.22).

Nessa mesma linha, o psicopata seria aquele desprovido de sentimentos ligados ao afeto, a moralidade, guiado por seus impulsos e suas vontades, não havendo apego por qualquer norma de conduta legal ou moral.

A OMS (Organização Mundial da Saúde), desenvolveu várias listas de doenças, entre estas, as que acometem a sanidade mental – que afeta a personalidade -, condicionando a psicopatia como um transtorno específico da personalidade (F60), não decorrente de lesão ou doença. Assim, segundo a OMS, a psicopatia tem relação com a baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga de agressividade, “inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1993, n.p.).

No entanto, ainda perdura da doutrina muitas dúvidas sobre a psicopatia como uma doença mental, existindo várias correntes conflitantes sobre o tema, longe de ser pacífico. No decorrer do estudo será abordado de forma mais específica esta divergência no âmbito nacional.

## 1.1 Caracterização

A psicologia trata a personalidade problemática do psicopata como um desvio social, fracionado por condutas impulsivas, descontrole sobre o comportamento, excitação, irresponsabilidade, problemas comportamentais na menor idade e comportamentos antissociais. Podem incidir com maior intensidade ou menor, a depender do indivíduo (HARE, 2013).

Os primeiros sintomas da psicopatia podem surgir ainda na infância, quando acriança começa a apresentar comportamento violento, mentir com muita frequência e, principalmente, agredir animais.

A personalidade dos psicopatas, segundo Kurt Schneider (1980), possui características específicas: hipertímico; depressivo; insegurança de si; fanático; necessitado devalorização; lábil de humor; explosivo; sem índole; sem vontade; e, astênico. Existe a mistura de características, como humor alegre e triste; temperamento vivaz e angustiado; insegurança interior e dominação por várias ideias; falta de confiança e expansivo; necessidade de atenção e oscilações de humor; irritabilidade e reação adversa a qualquer tipo de ato; sem piedade, vergonha ou consciência e frieza; dificuldade de concentração e memória, pouca capacidade produtiva e cansaço (APUD; LOUZÃ, 2020).

Complementando, Costa especifica que: “Após anos de evolução do conceito, hoje, pode-se resumir o conceito de personalidade psicopática, atual antissocial, caracterizada principalmente por ausência de sentimentos afetuosos, amoralidade, impulsividade, principalmente falta de adaptação social e incorrigibilidade” ( 2008, p.247 *apud* PIMENTEL, 2019, n.p.).

Os sintomas constantes – acrescentando os já tratados – são aparentes nos aspectos emocionais. A facilidade na expressão verbal, em aprofundar em uma conversa ou assunto, a valorização excessiva em suas conquistas próprias (egocentrismo), ausência de remorso ou culpa e, principalmente, grande habilidade em manipulação emocional (HARE, 2013).

Na mesma linha orienta Robert: “Reunidas, as peças desse quebra-cabeça formam a imagem de uma pessoa autocentrada, fria, que não sente remorso, com profunda falta de empatia, incapaz de estabelecer relações emocionais calorosas com os outros; uma pessoa que age sem as restrições da consciência.” (2014, p.18).

O renomado psicólogo canadense, Robert Hare (2013), especialista em psicologia criminal e psicopatia, promoveu um rico estudo com intuito de identificar um psicopata em meio a sociedade. A escala de Robert Hare, nome utilizado até os dias atuais, visa estabelecer 20 pistas fundamentais para conseguir identificar um psicopata. Em resumo, o especialista irá analisar as características sociais do indivíduo: consumo de álcool,

drogas, irritabilidade, envolvimento com práticas ilícitas, violência, comportamento escolar e convivência familiar.

Nesse sentido, o diagnóstico arremete a uma análise técnica de um psicólogo ou médica especializado, pois, em muitos casos, a superficialidade do diagnóstico pode resultar em preconceito e segregação.

## 2 PRINCIPAIS CRIMES COMETIDOS POR PSICOPATAS

Todas as informações direcionam ao fato de que os portadores de psicopatia são afeitos a crimes violentos e cruéis, em que ocorre a “coisificação” do ser humano. Não existe remorso ou arrependimento quanto da prática dos crimes. Inclusive, a crueldade extrema (humilhação e tortura) é uma característica de suas ações, que, em muitas vezes, protelam a consumação do ato com fim de gerar repercussão máxima, chamar atenção do maior número de pessoas e deixar seu nome marcado na história da respectiva localidade.

O sistema penal nacional possui vasta lista de psicopatas condenados por crimes hediondos que comoveram e amedrontaram a sociedade brasileira.

Com a incursão pelo *modus operandi* dos psicopatas, e sua relação com todas as espécies delitivas, é importante acrescentar que os psicopatas representam 15% a 20% da população carcerária. Quando se trata de crimes de violência sexual contra menores, a quantidade varia entre 18% e 45% dos apenados (SILVA, 2020).

Segundo o autor:

Nem todos os criminosos são psicopatas, e nem todos os psicopatas são criminosos. No entanto, a prevalência deles na população carcerária é enorme: na cadeia eles são 20% – e esses 20% são responsáveis por mais de 50% dos delitos graves cometidos por presidiários. Sabe aqueles crimes com crueldade que chocam todo mundo na televisão? Provavelmente existe um psicopata por trás deles. [...], Mas o tempo na prisão não muda seu comportamento quando retorna à sociedade. Sua personalidade o compele a novos crimes: sua taxa de reincidência chega a 70%, e apenas a metade deles reduz a atividade criminosa após 40 anos”. (SZKLARZ, 2010, p.12)

Existem inúmeros exemplos de criminosos potenciais que foram diagnosticados com psicopatia: maníaco do parque (condenado há 268 anos de prisão), Pedrinho matador (condenado há 128 anos de prisão) e os canibais de Garanhuns (condenados a

71 anos de prisão). Todos foram condenados pela prática de crimes de extrema violência, como, homicídio, tortura, sequestro, estupro e violência (ALVIM, 2022).

Cumprir aduzir que as vítimas sempre apresentam similaridade, ou seja, um padrão definido. No caso do Pedrinho Matador, a maioria dos crimes foi praticado no sistema prisional, contra homossexuais e “caguetas” (delatores). Enquanto o maníaco do parque, conhecido por seus crimes no centro de São Paulo, nos anos 80, violentava e matava suas vítimas, majoritariamente, mulheres jovens. Por último, os canibais de caranhuns, condenados pela morte de 3 pessoas e pelo uso da carne das vítimas para o preparo de “salvados”, os agentes participavam de uma seita cuja ideia central era a diminuição da população (ALVIM, 2020).

Nesse sentido, a existência de um padrão definido para a prática dos crimes é uma característica peculiar aos psicopatas. Os alvos principais são homossexuais, mulheres, negros, marginalizados ou qualquer grupo minoritário.

Insta observar, porém, que alguns psicopatas são afetos a crimes menos violentos, como, fraude, estelionato, corrupção, negócios escusos ou qualquer outro crime de repercussão (SILVA, 2020).

A ideia de que todos os psicopatas são violentos é a que mais prevalece, porém, a maioria das pessoas que sofrem desse transtorno não são necessariamente agressivos e assassinos. Contudo, eles ainda possuem o desvio e ainda podem manipular os sentimentos das outras pessoas e continuam não sentindo remorso por adotarem este tipo de conduta. Por terem essas características, muitas vezes ocupam cargos de grande relevância, como juízes, advogados, políticos, médicos etc. (MORANA; STONE; ABDALLA-FILHO, 2006).

A psiquiatra Ana Barbosa Silva, autora da obra “Mentes Perigosas”, faz um link entre a psicopatia e os crimes que não envolvem violência, utilizado como exemplo a corrupção: “Todo corruptor contumaz, na minha opinião, é um psicopata. Porque há uma indiferença com a população, há uma inconsequência com seus atos no sentido de não ver o que está tirando do outro” (2020, p.23).

### **3 DEFINIÇÃO DE CRIME**

A culpabilidade é uma das bases presentes na constituição do fato-crime, em conjunto com a tipicidade e a ilicitude, que, em decorrência do conceito analítico de crime, deverão ser analisadas individualmente, em consonância com o potencial fato criminoso. Primeiro ocorre à verificação da tipicidade, depois da ilicitude e, por último, a culpabilidade.

Visto isto, cumpre observar que para alcançar o raciocínio acerca influencia que a psicopatia pode gerar na análise da culpabilidade, é importante analisar os outros dois elementos constitutivos do crime, resumidamente.

Assim, a doutrina desenvolveu 3 conceitos diversos de crime: sentido formal, material e analítico. Quanto ao sentido formal, o crime é a conduta que furte as normas impositivas editadas pelo Estado. Por outro lado, o conceito material anota o crime como qualquer conduta que viole os pressupostos da convivência em sociedade, não havendo nenhuma norma oriunda do Estado. Por último, o conceito analítico assevera o crime como a cumulação de fato típico, ilícito (ou antijurídico) e culpável, sendo o adotado pelo sistema jurídico brasileiro – sendo, inclusive, o conceito tripartido de crime (GRECO, 2021).

Segundo Luiz Regis Prado (2021), o conceito analítico de crime, adotado pelas normas penais nacionais, permitem uma visão racional, objetiva e igualitária, cuja função se atrela ao Direito positivo vigente.

No mesmo sentido afirma Gueiros e Japiassú:

Em suma, mediante a análise dos pressupostos do conceito do crime permite-se chegar um resultado final adequado e justo. A teoria do crime objetiva colocar limites, por meio da construção de conceitos, possibilitando a aplicação segura e calculável do Direito Penal, subtraindo-o à irracionalidade, ao arbítrio e à improvisação (2018, p.189).

Em decorrência da teoria tripartida, que fixa o crime como a junção de fato típico, ilícito e culpável, existem outros elementos aderidos aos requisitos constitutivos do crime.

Nessa linha, o fato típico é a consunção do fato ao tipo penal. A título de exemplo, todo indivíduo que mata deve responder pelo crime de homicídio, pois o artigo 121 prevê como crime o ato de retirar a vida alheio. Inclusive, no fato típico aferida a presença de alguns requisitos: conduta, resultado, tipicidade e nexos causal entre a conduta e o resultado ilícito gerado.

O tipo penal é uma garantia contra ações abusivas do poder estatal, pois existe um conjunto de normas anteriores impossibilita o surgimento de crimes pré-moldados a qualquer indivíduo ou situações expressionais. Assim, o tipo deve ser anterior, sob pena de inexistir a figura ilícita (NUCCI, 2021).

Quando foi identificada a existência da tipicidade, deve, agora, analisar a ilicitude (antijuridicidade) da conduta. Seria a contrariedade da ação (conduta) do sujeito ativo ao regramento legal. Ou seja, cumpre observar se o fato foi desenvolvido em alguma condição anormal, como: Estado de Necessidade, Legítima de Defesa, Estrito

Cumprimento do dever legal ou Exercício Regular do direito, todos previstos no artigo 23, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Nessa ponto, os autores Pierangeli e Zaffarori (2010, p.510), ante a óptica finalista, aduzem que:

A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos. O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.) (*apud* NUCCI, 2021, p.424).

A existência de qualquer das seguintes excludentes de ilicitude torna o fato, até o momento típico, lícito, visto que o desenvolvimento dos fatos se deu em situação adversa ao comum. O sujeito só praticou o fato típico por não dispor de alternativa viável, pois seria resultado, ou estava diante, de alguma conduta que iria ocasionar alguma lesão ou perda, individual ou alternativa.

Nesse sentido, quando verificada a tipicidade e a ilicitude do fato, e não houver nenhuma excludente de ilicitude, a análise do operador do direito irá se voltar para a culpabilidade, ponto fundamental para o desenvolvimento.

#### **4 CULPABILIDADE**

O terceiro elemento essencial para a caracterização do ilícito penal é a culpabilidade, que surgiu por intermédio da Teoria normativa pura da culpabilidade, vigente no atual sistema finalista, em que não haverá nova análise acerca da existência do crime ou da ilegitimidade da ação, mas sobre as condições pessoais do sujeito ativo. O indivíduo é o foco da tríade investigativa.

Na mesma linha, segue o doutrinador Guilherme Nucci (2021), que interpreta a culpabilidade como um juízo de reprovação, incidente sobre o indivíduo e o fato, sendo este imputável, agindo com consciência potencial do ilícito, com total noção da reprobabilidade de sua conduta que, podendo agir de outro modo, não o faz.

Em seu turno, Guiros e Japiassú aderem ao seguinte conceito:

É a capacidade de livre autodeterminação. Ou, dito de outra forma, é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente a faculdade de atuar de modo distinto, permitindo, assim, que lhe seja atribuída juridicamente a responsabilidade pelo injusto típico. Ausente a imputabilidade, não haverá que falar em liberdade de autodeterminação, sendo, portanto, desculpável pelo fato que praticou (2018, p.340).

Assim, a culpabilidade deve ser interpretada como uma questão ligada a consciência do agente, visto a presença de todos os elementos referentes à existência do crime. Ou seja, decorre da verificação da existência de responsabilidade do autor do fato.

No entanto, cumpre estabelecer os três elementos respectivos à culpabilidade: primeiro é a imputabilidade do agente; segundo, potencial consciência da ilicitude; terceiro, exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade é o primeiro elemento a ser analisado. Dele é possível alcançar a resposta sobre a sanidade do sujeito ativo, podendo ser imputável ou inimputável. No entanto, para alcançar esta resposta, o sistema penal desenvolveu vários sistemas de aferição da imputabilidade, existindo o Biológico, Psicológico e o Biopsicológico.

O sistema Biopsicológico, adotado atualmente, previsto nos artigos 26 e 28 do Código Penal, estabelece que o diagnóstico da imputabilidade decorre da conjugação de causa e efeito. É imprescindível demonstrar a falta de capacidade mental e a presença dos efeitos da incapacidade no momento da prática do crime. O agente não deve ser apenas portador da deficiência mental, mas deve ter sua capacidade de entender e autodeterminação suprimida, total ou parcial, no instante da consumação. Será realizada uma perícia e expedido um relatório conclusivo (CAPEZ, 2019).

O indivíduo pode ser declarado como imputável, assim, não apresentava nenhuma divergência mental no instante do fato, mesmo que detenha alguma doença mental. Por outro lado, o inimputável possui sua capacidade mental modificada, seja por algum tipo de doença mental ou modificação da consciência por efeito de algum agente externo – consumo de tóxico, bebidas, pancada na cabeça – no momento do fato, sendo, assim, declarado como inimputável. Já quando ocorre apenas a redução das capacidades mentais será declarado como semi-imputável.

Insta observar que o artigo 26 do Código Penal prevê absolvição imprópria para os inimputáveis, por conta da supressão da capacidade de entender ou de autodeterminação, incorrendo em Medida de Segurança. Para o semi-imputável a sanção pode variar entre o Mandado de Segurança ou a diminuição da pena, consoante o grau de periculosidade gerado pelo indivíduo a sociedade (BRASIL, 1940).

A imputabilidade decorre, assim, de um fator intelectual, atrelado na capacidade de entendimento, e outro volitivo, sendo a aptidão de equilibrar o próprio animo. Cedendo um desses elementos o sujeito não responderá pelos seus atos (CAPEZ, 2019).

## **5 IMPUTABILIDADE E A PSICOPATIA**

A interpretação doutrinária sobre o transtorno de personalidade relativa à psicopatia é controversa, pois alguns visualizam como uma situação de explícita ruptura com a pressuposto da culpabilidade, outros reforçam que não deve resultar em qualquer atenuante sobre o sujeito e a corrente divergente observa a semi-imputabilidade dos sujeitos.

A primeira corrente aduz que a psicopatia não compromete a capacidade de entendimento ou autodeterminação do indivíduo, ante a falta de delimitação do conceito de doença mental. Não existem os pressupostos essenciais da culpabilidade. O sujeito portador do transtorno de personalidade tem plenas condições de visualizar as condições anormais de sua conduta e remediá-las, não havendo supressão de sua capacidade intelectual ou cognitiva no instante da ação, ou omissão (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2019).

Segundo o mesmo autor, tudo muda quando configura uma situação onde o autor apresentava alguma anormalidade mental, o que impossibilitaria sua tomada de decisão racional e lógica.

A brilhante passagem de Tobias Barreto (1886, p.82) ilustra o caminho dos doutrinadores da corrente:

Não há dúvida que, se todas as afecções mórbidas, exclusivas da imputabilidade, tivessem uma rubrica legal, havia mais garantias contra a injusta condenação de alienados, tidos em conta de espírito normais, e não menos injusta absolvição de verdadeiros facínoras, tomados por insensatos. Mas isso será possível? Talvez que não; e esta impossibilidade, que selevanta em terreno comum aos juristas e aos médicos, provém menos do lado do direito do que do lado da medicina. A proposição pode causar uma certa estranheza, porém, não deixa de ser verídica. Na falta de outras provas, bastaria lembrar o seguinte fato: ainda hoje os alienistas psiquiatras não estão de acordo sobre o modo exato de denominar as moléstias mentais, determinar o seu conceito e sujeitá-las a uma classificação. Cada autor apresenta a sua maneira de ver, que pode ser mais ou menos aceitável, mas não é definitiva. (...) A exuberância de termos, que fazem o cortejo de uma ideia, encerra alguma coisa

de parecido com o guarda-roupa de um dandy. Assim como este, dentre seus vinte fracs, tem sempre um que mais lhe assenta, ou de dentre as suas cinquenta gravatas, sempre uma, que melhor lhe fica, da mesma forma sucede com o pensamento. A riqueza dos sinônimos não o inibe de achar uma expressão, que mais lhe convenha. Mas isto mesmo é o que não se dá na questão, que nos ocupa. Ao ser sincera, a ciência deve confessar que ainda não chegou a indicar o termo mais apropriado ao conceito de alienação do espírito, e a formular uma definição que se adapte a todo o definido.

Como aduz o autor, a interpretação de tipos normativos abertos, síndromes pouco exploradas e institutos deficientes em estudos causa deformação no desenvolvimento de uma linha argumentativa coerente, pois os doutrinadores e estudiosos estabelecem visões afeitas a sua forma de pensamento, divergindo da razão e da lógica.

Sanches (2012) afirma que as condições pessoais de entendimento surge da conjunção da higidez biopsíquica (possibilidade de visualizar a ilicitude do fato e a saúde mental), maturidade (desenvolvimento físico e mental que condiciona o sujeito nas relações sociais bem adaptadas, distante da assistência de seus representantes, estruturar o pensamento e dispor de segurança emotiva). O portador de psicopatia não possui anormalidade em sua higidez biopsíquica e em sua maturidade. Não existe disfunção na formação de suas ações, pois são tomadas em alinhamento ao senso advindo de sua própria personalidade.

Michele Abreu (2013), entende que a psicopatia não tem posição de, unicamente, afastar a capacidade de culpabilidade do seu portador. O psicopata não seria detentor de qualquer doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou perturbação mental. Mesmo que alguma das formas fosse atribuída, não ensejaria a diminuição ou exclusão da capacidade de entender o caráter criminoso do fato, ou guiar-se em concomitância com tal entendimento.

A outra corrente repudia todos os argumentos oriundos da corrente anterior. Estes interpretam a psicopatia como uma doença mental que acomete a capacidade de compreensão e de autodeterminação:

É a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia condutopática, psicose, neurose,

esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc (CAPEZ, 2019, p.564).

A orientação decorre da sistêmica visão da psicologia, que interpreta a síndrome da personalidade como uma doença que figura no rol (inter)nacional de doenças que acometem asanidade mental.

O julgado traz o seguinte fundamento:

[O paciente] é portador de perturbação da saúde mental (transtorno da personalidade antissocial ou dissocial), condição que à época do evento não comprometia sua capacidade de entendimento, mas comprometia parcialmente sua capacidade de determinação. Necessita de tratamento psiquiátrico e psicológico, a princípio por tempo indeterminado, em local de onde não possa evadir-se. Requer também o acompanhamento do Serviço Social competente desse Tribunal. Tem periculosidade elevada e vinculada ao seu transtorno mental (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 20090110022512APR).

A resolução dessa celeuma reside na semi-imputabilidade, pois o psicopata tem condições de entender o caráter ilícito dos seus atos e até de se comportar de acordo com esse entendimento, mas não vê nenhum problema neles. Assim, serão condenados como pessoas “normais”, tendo a redução do parágrafo único do artigo 26 do Código penal aplicado em sua pena.

Essa conclusão, qual seja, a semi-imputabilidade do psicopata, se dá pelo fato de que, segundo estudos da psiquiatria e conforme já demonstramos ao longo desse escrito não são necessariamente dotados de baixa capacidade intelectual, tendo completo conhecimento quando praticam algum ilícito penal, sabendo distinguir o que é certo do que é errado.

## **6 CONCLUSÃO**

Em síntese, a presente obra analisou a questão do sujeito portador de psicopatia e sua capacidade de responder pelos crimes que comete, em relação ao atual Código Penal vigente no país.

A síndrome da personalidade antissocial, conhecida como psicopatia, emerge a partir das interpretações dos cientistas da psicologia, sendo, de certa forma, negligenciada pelos estudiosos do direito devido à falta de estudos aprofundados que orientem o

judiciário e a sociedade acerca dos efeitos gerados por essa síndrome. Portanto, foram realizadas análises específicas sobre o desenvolvimento da psicopatia e suas características.

Os fatos relacionados ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo desde a infância até a fase adulta contribuem para o desenvolvimento da psicopatia, mesmo que de maneira velada. Além disso, exploramos informações sobre alguns distúrbios mentais abordados pelo CID-10 e DSM, os quais foram de extrema relevância para chegar à conclusão de que a psicopatia não é necessariamente uma doença mental, mas sim um transtorno da personalidade.

Em outro momento, apresentamos os principais aspectos da responsabilidade penal, abordando conceitos como culpabilidade e imputabilidade. Concluímos pela semi-imputabilidade do psicopata, argumentando que esses indivíduos devem ser punidos de acordo com as disposições do Código Penal.

Cumprе ressaltar que este estudo gerou resultados específicos sobre um tema de significativa complexidade, contribuindo para o conhecimento acerca do transtorno da psicopatia e suas consequências jurídicas, além de aprimorar e enriquecer o entendimento da doutrina e o julgamento dos casos. Diante da natureza altamente complexa desse tema, a necessidade de mais pesquisas e estudos aprofundados se fazem imprescindíveis.

Portanto, a conclusão deste artigo instiga a continuidade do debate e o estímulo a mais pesquisas, visando aprimorar o entendimento e fornecer subsídios para a legislação e o judiciário lidarem de forma mais adequada com a questão da psicopatia no contexto do direitopenal. Somente assim poderemos promover uma abordagem mais justa, equilibrada e eficaz no tratamento desses indivíduos, considerando tanto a proteção da sociedade quanto a necessidade de tratamento e ressocialização dos portadores desse transtorno.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Jô. O psicopata no relacionamento amoroso. **G1 globo**, Rio de Janeiro, 14 de fev.2022. Psicoblog. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/blog/psicoblog/post/2022/02/14/o-psicopata-no-relacionamento-amoroso.ghtml>. Acesso em: 3 jun. 2022.

ABREU, Michele O. de. **Da imputabilidade do Psicopata**. Jusbrasil, 2013. Disponível em:<https://micheleabreu.jusbrasil.com.br/artigos/121944082/da-imputabilidade-do-psicopata>. Acesso em: 02 jun. 2022.

AURELIO, O **mini dicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Revista e ampliada domini dicionário Aurélio: Rio de Janeiro, 2002

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. Apelação criminal nº20090110022512APR. Primeira Turma Criminal. 28 mar. 2012. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 09 jul. 2022

BARRETO, Tobias. **Menores loucos e direito penal**. 2. ed. Recife: typographia central, 1886.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 7 de dezembro de 1969. 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: 10 maio 2022.

COLETTA, Eliane D.; VIERO, Guérula M.; TEIXEIRA, Juliana K M.; et al. **Psicologia e criminologia**. São Paulo: Grupo A, 2018. E-book. ISBN 9788595024649. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024649/>. Acesso em: 26 out. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 23. ed. 1.v. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993412. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 05 nov. 2022.

HARE, Robert D. **Sem Consciência**. São Paulo: Grupo A, 2013. E-book. ISBN 9788565852609. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788565852609/>. Acesso em: 28 out. 2022.

HAIDAR, Victória. **Pesponsabilidade Penal do Psicopata à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2021. 56 f. (Graduação em Direito) – Unicuritiba, Curitiba, PR, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13650/1/MONOGRAFIA%20VICTO%CC%81RIA%20HAIDAR.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINE, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOUZÃ, Mario R.; CORDÁS, Táki A. **Transtornos da personalidade**. São Paulo: Grupo A, 2020. E-book. ISBN 9788582715857. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582715857/>. Acesso em: 26 out. 2022.

MORANA, Hilda C. P.; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, v.28, supl. 2, p. s74-s79, out. 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S151644462006000600005>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S151644462006000600005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151644462006000600005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 12 jan. 2021.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Vol. 1. São Paulo: GrupoGEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642403. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642403/>. Acesso em: 05 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **classificação de transtornos mentais e de comportamento da cid-10**. Porto Alegre: Artmed; 1993.

PRADO, Luiz R. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume Único**. São Paulo: GrupoGEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994136. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994136/>. Acesso em: 05 nov. 2022.

PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. **Psicopatia e Direito Penal: O lugar do autorpsicopata dentro do sistema jurídico-penal**. Revista Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://nessamiceli.jusbrasil.com.br/artigos/314024342/psicopatia-e-direito-penal>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SCHNEIDER, Kurt. **Las Personalidades Psicopáticas**. Buenos aires: Ediciones Moratas, 1980.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2020.

SZKLARZ, Eduardo. **Máquinas do Crime. Superinteressante: Mentes Psicopatas**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2010

## **A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA LIVRE ESCOLHA DO REGIME MATRIMONIAL APÓS OS 70 ANOS DE IDADE**

**RAFAELLA GONZAGA MARTINS:**  
Graduanda do curso de Direito no Centro  
Universitário UniCerrado.<sup>267</sup>

**LUÍS ALBERTO THOMAZELLI**<sup>268</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo principal analisar a inconstitucionalidade ou não do artigo 1.641-II do Código Civil, em conflito com a Constituição Federal, sobretudo os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana. Além disso, a relevância das Súmulas 377 do Supremo Tribunal Federal e 655 do Superior Tribunal de Justiça em relação ao referido tema. Ainda, também é objeto de estudo o atrito da norma mencionada com o Estatuto da Pessoa Idosa, haja vista que o mero alcance de determinada idade não é suficiente, por si só, para a perda da capacidade de fato de um indivíduo.

**Palavras chave:** Inconstitucionalidade. Casamento. Regime de bens. Idoso.

**ABSTRACT:** The main objective of this study is to analyze the unconstitutionality of article 1.641 of the Civil Code, in conflict with the Federal Constitution, especially the principles of freedom and dignity of the human person, in addition to the confrontation with Precedent 377 of the STF and Precedent 655 of the STJ. Still, the conflict of the aforementioned norm with the Statute of the Elderly is also an object of study, given that the mere reaching of a certain age is not enough, in itself, for the loss of the actual capacity of an individual.

**Keywords:** Unconstitutionality. Marriage. Property regime. Old man.

### **INTRODUÇÃO**

Sob a ótica do ordenamento jurídico vigente, o casamento estabelece uma união entre duas pessoas, que assumem a condição de cônjuges por meio deste ato solene. Estão dispostos no Código Civil cinco regimes matrimoniais, além do regime de livre criação entre os nubentes.

Ainda, a Constituição Federal, norma norteadora de todo ordenamento jurídico, dispõe de princípios fundamentais, tais quais a isonomia, dignidade da pessoa humana, et.

---

267 E-mail: rafaellagonzaga33@gmail.com

268 Orientador, Professor Luís Alberto Thomazelli. Especialista.

al, para que a vida pública e privada dos indivíduos seja igualmente resguardada. Além disso, também estão em vigor estatutos que tratam de matérias específicas para proteção de certos grupos, tal qual o Estatuto da Pessoa Idosa.

Assim sendo, o presente trabalho se dará sob a avaliação dos dispositivos supramencionados em face de súmulas e doutrinas consolidadas, visando à constatação (ou não) da inconstitucionalidade presente no artigo 1.641-II do Código Civil de 2002, já que, apesar de que as normas atuais definam que o regime matrimonial é de livre escolha dos nubentes, também é encontrada uma exceção presente no inciso II do mesmo artigo referenciado, que apresenta o impedimento da livre escolha para aquele que possuir mais de setenta anos de idade.

## **1 ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL**

### **1.1 CASAMENTO E REGIME DE BENS**

O nosso atual ordenamento jurídico dispõe sobre cinco regimes matrimoniais, além da livre criação de regime entre os nubentes, para que estes se casem e firmem um ato jurídico negocial solene, público e complexo, com a intenção de constituir família (LÔBO, 2022). Paulo lobo, ainda nesse conceito, define que esse ato realiza-se pela livre manifestação da vontade e pelo reconhecimento do Estado.

Os regimes disponíveis atualmente são: I – Comunhão Parcial de bens; II – Comunhão Universal de bens; III – Separação Convencional de bens; IV – Separação Obrigatória de bens e; V – Participação Final nos Aquestos, e, ainda, fica livre aos nubentes a criação de um regime diferenciado, todos previstos no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.639 e seguintes. Não obstante, mesmo que o regime de bens deva, obrigatoriamente, ser escolhido anteriormente ao ato solene em questão, este poderá ser alterado, após o casamento, diante de mútua concordância entre os cônjuges e mediante autorização judicial, conforme art. 1.639- § 2º do Código Civil.

Contudo, para ser objeto desta pesquisa, analisarei as entrelinhas do regime da Separação Obrigatória de bens.

### **1.2 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS**

Para Carlos Roberto Gonçalves, o regime de bens é entendido como:

O conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal (GONÇALVES, 2017, p. 623).

Podemos destacar do rol de regimes matrimoniais anteriormente apresentados o regime de Separação Obrigatória de bens que está previsto artigo 1.641, CC:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Como exposto, o artigo menciona em seu inciso II que fica obrigatória a aplicação do regime supramencionado no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade.

Ainda, sobre a Separação Obrigatória de bens, são previstas duas regras específicas para tal regime nos artigos 1.687 e 1.688, CC, quais sejam: (a) quanto ao regime, não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à celebração do casamento e; (b) ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens (TARTUCE, 2022).

Sobre a imposição do regime, Silvio Rodrigues entende que foi uma forma de aferir proteção àqueles que são vulneráveis e necessitam de tal ajuda. Nesse sentido:

É evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em casa um dos casos compendiados no texto, de pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidos ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. Assim, o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, por meio do regime obrigatório da separação, eliminar essa espécie de incentivo (RODRIGUES, 2004, p. 152/153).

Por outro lado, Maria Berenice Dias entende que a vedação da livre escolha é uma forma de sanção patrimonial que decorre da não-observância do preceito legal:

A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais. Os cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros. Parece que a intenção do

legislador é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios (2009, p. 229).

### 1.3. CAPACIDADE CIVIL

De acordo com o Código Civil de 2002, a capacidade civil é dividida em capacidade de direito e capacidade de fato.

A capacidade civil de fato (ou plena), também conhecida como maioridade, é a capacidade para realização de todos os atos da vida civil, sem que seja necessária a autorização, assistência ou consentimento dos responsáveis legais. Ela é alcançada no momento em que o indivíduo completa dezoito anos, porém, no que tange ao matrimônio, essa capacidade pode ser reduzida para dezesseis anos, pois a partir desta idade as pessoas alcançam a idade núbil, tornando possível o casamento, sendo esta uma das hipóteses de emancipação, conforme estabelece o art. 5º- parágrafo único-II do Código Civil.

A partir do nascimento com vida, todo ser humano pode ser titular de direitos, sendo os mesmos protegidos desde a sua concepção, conforme art. 2º do Código Civil. Esta capacidade de direito é exercida por meio dos representantes legais, enquanto o indivíduo for absolutamente incapaz, e através de seus assistentes legais com participação do próprio titular destes direitos, a partir do momento em que se torna relativamente incapaz.

Para Caio Mário da Silva Pereira existe uma ligação entre a personalidade e a capacidade jurídica e diz que “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele” (PEREIRA, 2002, p. 161-162).

Por fim, é significativo mencionar o artigo 4º do Código Civil:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Fica evidente que a incapacidade civil é caracterizada a partir de situações adversas e, na maioria dos casos, em razão de patologias. Assim sendo, o mero alcance dos setenta

anos de idade não é suficiente, por si só, para a perda da capacidade civil plena, já que não é mencionado em momento algum que a pessoa idosa passa a ter limitações civis em razão da idade.

#### 1.4 PESSOA IDOSA E A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Em continuidade aos tópicos anteriores, fica evidente que o mero alcance de determinada idade não é suficiente para que a capacidade plena do indivíduo seja extinta. A vedação trazida pelo artigo 1.671, II, do Código Civil demonstra o quão ultrapassado está o código, ao priorizar a proteção ao patrimônio em detrimento da liberdade de escolha dos indivíduos.

A legislação estabelece regras específicas para o início do exercício dos direitos, fixando normas sobre os absoluta ou parcialmente incapazes, mas em momento algum tal conjunto normativo estabelece uma idade máxima para o exercício dos direitos pelos cidadãos. A eventual limitação para a prática de negócios jurídicos está ligada à impossibilidade relevante de discernimento do cidadão, mas nunca ao atingimento de determinada idade.

Com os avanços medicinais, a expectativa de vida está cada vez mais em ascensão, juntamente com a qualidade de vida. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a expectativa de vida para uma pessoa que nasceu em 2019 era de 76,6 anos, número muito superior comparado aos dados de 2010, onde a expectativa era de 73,48 anos.

Diante desta premissa, impõe-se, com veemência, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/03), o qual dispõe em seu 2º artigo sobre os direitos garantidos à pessoa idosa, vejamos:

Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

A redação apresentada menciona expressamente, entre outros, o direito à liberdade, à dignidade e, ainda, no dispositivo seguinte, além de haver nova menção ao assunto, são incluídos, et al., à convivência familiar e comunitária, percebamos:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Resta falar, de maneira não menos importante, sobre o assunto tratado no artigo 1º, do Estatuto da Pessoa Idosa, qual seja: É instituído o Estatuto da Pessoa Idosa, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Não há como deixar de observar a limitação de idade para aqueles que serão tratados como pessoas idosas. O artigo traz expressamente que aqueles com, no mínimo, sessenta anos de idade serão intitulados como tal.

Partindo deste ponto inicial, e observando o exposto anteriormente no tópico de regimes matrimoniais, o qual destaca que a partir dos setenta anos uma pessoa já não está mais apta a escolher o regime matrimonial desejado, qual seria a explicação para essa lacuna de dez anos presente na lei, senão a proteção unicamente do patrimônio material.

## **2. ENTENDIMENTOS CONSOLIDADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

### **2.1 SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da súmula 377, entendeu que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Contudo, a súmula mencionada foi promulgada no ano de 1964 e, com a chegada no novo Código Civil no ano de 2002, o legislador não efetuou a alteração neste diploma, fazendo com que a limitação prevista no artigo 1.641-II continuasse em vigor.

Há de ser considerado que se a intenção do legislador fosse estabelecer o mesmo disposto na referida súmula, bastava que isso estivesse presente na redação do novo código, trazendo a revogação tácita da súmula 377 (ABREU e FERREIRA)

Porém, também há de ser sustentado que, pelos mesmos motivos que justificam a criação da súmula 377 em 1964, ela deve continuar sendo aplicada nos tempos atuais (ABREU e FERREIRA), já que o presente cenário legislativo é o mesmo encontrado à época da promulgação da súmula.

A edição da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal flexibilizou, em relação ao regime da Separação Obrigatória de bens, o rigor estabelecido pelo Código Civil anterior,

pois permitiu a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, criando um regime misto que, após o matrimônio, apresentava características muito próximas do regime da Comunhão Parcial de bens.

Dito isso, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nesse sentido:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (STJ - EREsp: 1623858 MG 2016/0231884- 4, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 23/05/2018, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/05/2018 RSTJ vol. 251 p. 416).

Nesse recente entendimento, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou de forma mitigada o disposto na súmula 377 do Supremo Tribunal Federal ao dizer que ocorrerá a comunicação dos bens, desde que comprovado o esforço comum na aquisição destes. A atenuação da abrangência da referida súmula está na exigência de comprovação do esforço comum, pois na sua concepção original tal contribuição era presumida em decorrência da vigência da sociedade conjugal.

A jurisprudência atual afasta a presunção de esforço comum existente na época da edição da referida súmula, preservando-se o propósito de aplicação da mesma mediante a comprovação do esforço comum na aquisição do patrimônio, revelando aspectos de

relativização do regime da Separação Obrigatória de bens. A aplicação da aludida súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, enfrentando o rigorismo do legislador, criou um regime duplo em relação à Separação Legal de bens, pois prevalece a incomunicabilidade dos bens anteriores ao matrimônio, aplicando-se a integração dos patrimônios dos cônjuges em relação aos bens adquiridos após a efetivação do casamento, desde que comprovado, em relação a estes, a comunhão de esforços para aquisição do referido acervo patrimonial.

## 2.2. SÚMULA 655 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, já proferiu entendimento a respeito da união estável de cônjuge com mais de setenta anos de idade:

*Súmula n. 655: Aplica-se a união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum.*

O fundamento para que esta exceção seja admitida é justamente o mútuo esforço para a aquisição do bem em discussão.

Mediante tal entendimento, fica claro que é lícito em situações excepcionais, que o companheiro, mediante demonstrada fundamentação, receba o direito à indenização ou, ainda, divisão proporcional de um bem que colaborou economicamente para sua aquisição, mesmo que não amparado pelo próprio regime, mas com fulcro no princípio proibitivo do enriquecimento sem causa (FILHO e GAGLIANO, 2019).

Diante da excepcionalidade apresentada, menciona Paulo Lôbo (2008):

“Malgrado sua natureza, tem-se como compatível com o regime de separação a eventualidade de condomínio dos cônjuges sobre determinados bens, que tenham sido adquiridos com a participação efetiva de ambos, nos limites e proporção correspondentes, ou em decorrência de doações ou legados conjuntos. Essa circunstância, dado o seu caráter de excepcionalidade, não desfigura o regime, pois os bens assim adquiridos submetem-se à incidência das regras do condomínio voluntário (arts. 1.314 a 1.326), sem interferência das regras aplicáveis aos demais regimes matrimoniais de bens”.

Nesta súmula, o Superior Tribunal de Justiça transportou para a união estável noções utilizadas para o matrimônio de septuagenários, sendo que dito órgão colegiado forneceu uma abordagem nova à aplicação da súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, pois flexibilizou o rigor do Código Civil ao estabelecer o regime da Separação Obrigatória de bens para a mencionada situação. Entretanto, impõe-se destacar novamente que o Superior Tribunal de Justiça, para conceder a partilha dos bens amealhados após o início

da união estável, exige a comprovação do esforço comum, destoando da diretriz inaugural fixada pelo Supremo Tribunal Federal na época de edição da súmula nº 377, pois naquela oportunidade havia a presunção da referida colaboração mútua para construção do acervo patrimonial posterior ao início da relação afetiva.

### **3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II, CC**

Para Paulo Lobo (2022), existem princípios jurídicos, sejam eles expressos ou implícitos, que versam sobre o Direito de Família. Ainda, sob o mesmo pensamento, ele inclui nesse rol os princípios fundamentais, sejam eles: da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar. Ainda, também são aplicáveis os princípios gerais, sendo eles: da igualdade familiar; da liberdade familiar; da responsabilidade familiar; da afetividade; da convivência familiar e; do melhor interesse para a criança.

Caio Mário da Silva Pereira menciona que a Constituição Federativa do Brasil de 1988 é um marco no processo de redemocratização diante das mudanças no ordenamento jurídico, principalmente no direito Privado, além de mencionar que “delinearam-se novos paradigmas e novos modelos de família centrados na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar visando a realização integral de seus membros” (2009, p. 50).

Além disso, Maria Berenice Dias (2015) acredita que o atual Código Civil já nasceu ultrapassado, já que o anterior (1975) foi usado como parâmetro para a sua confecção, ainda que fosse anterior à Constituição Federal de 1988. Assim, diversas modificações teriam sido realizadas para que o novo dispositivo legal se encaixasse aos ditames constitucionais.

A constitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil de 2002 é discutida há tempos, pois muitos defendem que dita regra afronta vários dispositivos constitucionais. A redação do antigo Código Civil (1916) dispunha que se um dos nubentes possuísse a partir de setenta anos de idade, o regime matrimonial a ser adotados por eles deveria ser, obrigatoriamente, o regime de Separação Obrigatória de bens.

Com a promulgação da nova Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, e a inclusão do princípio da igualdade, dentre tantos outros, surgiram diversas críticas ao antigo Código Civil, já que se mostrava um tanto quanto antiquado. Diante disso, um novo código fora elaborado para que se encaixasse nos parâmetros constitucionais, mas ali ficou determinado que a idade seria alterada e diminuída para sessenta anos de idade (GASPARINI, 2019).

Após a publicação do novo Código Civil, novas críticas surgiram e a partir disso diversos Projetos de Lei (PL) foram apresentados como solução para o problema. Frente à todas as opções apresentadas, o Projeto de Lei nº 108/2007 foi aprovado e posteriormente convertido na Lei nº 12.344/2010, que estabeleceu a obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens para pessoas maiores de setenta anos de idade (CABRAL, 2016).

À época dos fatos, o Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, que propôs um dos projetos de lei para a alteração da norma, justificou seu projeto na lesão à dignidade da pessoa humana, inclusive das pessoas idosas, já que ficaram impedidas de escolher livremente o regime de bens que queriam. Além disso, apesar dos projetos de lei serem sempre elaborados apenas para alterar o limite de idade ao invés de excluí-lo, o Deputado supramencionado foi o responsável pelo Projeto de Lei nº 4.945/2005 que tratava da exclusão da limitação trazida pelo dispositivo legal. (CABRAL, 2016).

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1309642, decidirá sobre a constitucionalidade do art. 1.641-II do Código Civil, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo plenário, pois a definição do regime promove reflexos no contexto social e econômico da família brasileira. Além disso, como justificativa para a caracterização da referida repercussão geral surgem aspectos como a proteção aos idosos, o respeito aos princípios constitucionais e consequências no âmbito do Direito de Família e das Sucessões.

Também há de ser mencionada a existência do controle de convencionalidade que, de acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli (2021), surgiu após a Emenda Constitucional 45/2004 que acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal. A referida emenda trazia a previsão de equivalência de emendas constitucionais os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, e desde que se aprovados por maioria qualificada.

O controle de convencionalidade, ainda na percepção de Mazzuoli (2021), “nada mais é do que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado”.

A competência para julgamento de qualquer matéria que se refira ao controle de convencionalidade é do STF, e em uma decisão sobre o Pacto de San José da Costa Rica, o Ministro Teori Zavascki mencionou que “considerada norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), o controle de convencionalidade deve aferir a compatibilidade entre normal supralegal e norma legal. O exercício desse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal”.

Diante dessa definição, se faz necessário apontar o artigo 17 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa

Rica, que trata sobre a proteção da família. Esse artigo menciona em seu tópico 4 que os Estados-Partes devem assegurar igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante e em caso de dissolução do mesmo.

Considerando o disposto, tem-se a dúvida também a respeito da convencionalidade do artigo 1.641, II, CC, já que traz uma forma de distinção entre os indivíduos e fere a previsão de igualdade de direitos e equivalência de responsabilidades dos cônjuges no que se refere ao casamento, prevista em uma convenção suprallegal.

#### **4. CONCLUSÃO**

Desta forma, verificou-se em face dos meios apresentados, sendo estes súmulas e doutrinas majoritárias, que existe a inconstitucionalidade na imposição de regime matrimonial aos maiores de setenta anos de idade, considerando o confronto direto com a Constituição Federal, principalmente em seus princípios, e o Estatuto da Pessoa Idosa, já que existe a discriminação da pessoa em razão de sua idade.

O artigo analisado afronta os princípios constitucionais, principalmente a igualdade, pois há uma discriminação que limita a partir de certo ponto a liberdade do ser humano, já que o regime matrimonial deixa de ser uma opção e passa a ser uma obrigatoriedade, fazendo com que os nubentes vivam durante toda a união com algo não desejado, por mera imposição estatal. Imposição essa, infundada, pois não há estudos que comprovem, tampouco lei que regule, a incapacidade civil obtida a partir do alcance de determinada idade.

Além disso, fica claro que a norma que estabelece o limite etário não é dotada de nenhum motivo dignamente fundamentado, pois é evidente que a sua vigência se dá, por não outra razão, além da proteção patrimonial. Não obstante, a Constituição Federal traz direitos fundamentais ao ser humano, e a proteção patrimonial não é, nem de longe, prioridade no que tange a esse assunto, pois jamais poderia se sobrepor à liberdade e dignidade da pessoa humana. Ainda, a inconstitucionalidade da norma se reafirma diante da análise dos dados que comprovam o aumento da expectativa de vida no Brasil, fazendo com que a união matrimonial entre pessoas idosas (e lúcidas) também venha a aumentar.

Ademais, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal é incompatível ao dispositivo e dispõe que, mediante comprovação de mútuo esforço entre os cônjuges, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicarão. Além disso, em entendimento recente e inédito, o Superior Tribunal de Justiça afirmou por meio da Súmula 655 que mesmo em união estável de pessoas septuagenárias que atenda à exigência legal no que se refere ao regime matrimonial, os bens adquiridos por mútuo esforço na constância do

casamento se comunicarão, trazendo ainda mais dúvidas se a legislação é de fato eficaz, já que se o objetivo inicial é a proteção patrimonial, a incumbência já se mostra falha. Portanto, extrai-se das súmulas dos referidos tribunais superiores que o Direito, em seu aspecto dinâmico, rejeita a aplicação absoluta do regime da Separação Obrigatória de bens para pessoas com mais de setenta anos, enfatizando a prevalência de princípios constitucionais de elevadíssima importância e rechaçando a norma que busca proteção de ordem meramente patrimonial.

Por fim, vê-se necessário a reformulação do Código Civil de 2002 no que se refere aos regimes matrimoniais e suas exceções, para que se adapte às disposições constitucionais e evoluções sociais, haja vista que o direito não é estático e tampouco absoluto e, por consequência, deve se modificar na medida em que a sociedade muda.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Kátia Flaviane Faria. FERREIRA, Thays Maria Aparecida. **A (in) constitucionalidade do regime de separação obrigatória para os nubentes maiores de 70 anos.** Disponível em:

<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18357/1/A%20%28IN%29CONSTITUCIONALIDADE%20DO%20REGIME%20DE%20SEPARA%C3%87%C3%83O%20OBRIGAT%C3%93RIA%20PARA%20OS%20NUBENTES%20MAIORES%20DE%2070%20ANOS%20%281%29.pdf>. Acesso em: 08/03/2023.

BRASIL, **Código Civil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 10/06/2023.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10/06/2023.

BRASIL, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 07/08/2023.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa Idosa.** Lei 10.741/2003. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10741.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm). Acesso em: 18/07/2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial-EResp 084937257.2014.8.13.0000 MG 2016/0231884-4.** Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860112098/embargos-de-divergencia-emrecurso-especial-eresp-1623858-mg-2016-0231884-4>. Acesso em: 25/06/2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 655. Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum.** Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=655>. Acesso em: 25/06/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI): 5240 SP, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/08/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2016.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863991068/inteiro-teor-863991085>. Acesso em: 06/08/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1309642;** Recorrente: Maria Cecília Nispeche da Silva. Recorrido: Sônia Maria Rayes Pereira e outros. Ministro relator Luís Roberto Barroso; disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>. Acesso em 07/05/2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=4022>. Acesso em 25/06/2023.

CABRAL, Leiliane Dias. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos.** Disponível em: <http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/731/1/TCC%20.pdf>. Acesso em: 18/07/2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 229.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2019.

GASPARINI, Tainara de Fátima. **A inconstitucionalidade da vedação à escolha de regime de bens para maiores de 70 anos.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 maio 2019, 04:15. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52886/a-inconstitucionalidade-da-vedacao-a-escolha-de-regime-de-bens-para-maiores-de-70-anos>. Acesso em: 18/07/2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos>. Acesso em: 15/04/2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14135-asi-em-2010-esperanca-de-vida-ao-nascer-era-de-7348-anos>. Acesso em: 15/04/2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias, vol. 5**. 12ª ed. Editora Saraiva, 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo, editora Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valério de O. **Curso de Direitos Humanos**. Editora Método. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642328. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642328/>. Acesso em: 07/08/2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil — Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. Vol. I. 17ª ed. Revisão e atualizado por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**. 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de família. Vol. 5**. 17. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

## **DELAÇÃO PREMIADA: A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA LAVA JATO**

**TAIS DE CASSIA DE SOUZA ULIAN:**  
graduanda em Direito pela Universidade  
Brasil. Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN

(orientador)

**RESUMO:** O Presente Trabalho tem como objetivo analisar e relatar os fatos ocorridos na maior operação do ordenamento jurídico brasileiro. Este trabalho encontra-se descrito em três capítulos que narram os fatos acontecidos em um dos maiores escândalos do Brasil envolvendo empreiteiras, políticos e empresários. O artigo possui como objetivo geral mostrar a relevância do tema no cenário jurídico brasileiro, sendo comum a utilização do termo delação premiada, onde há uma colaboração do investigado com depoimentos e provas facilitando o processo e diminuição da pena dele. Sendo um recurso muito utilizado em nosso país pelo surgimento de diversos escândalos políticos envolvendo diversos tipos de corrupção. A justificativa do tema relaciona-se se dá pela relevância que o tema possui na sociedade atual em tempos de insegurança jurídica, pressões populares e políticas de grupos de poder. Como justificativa jurídica a Lei nº 12.850/2013 em seu artigo 3º, parágrafo I é um tema de grande audiência. A dificuldade em combater o crime organizado fez com que o Estado positivasse o instituto da delação premiada, cujo objetivo é auxiliar o Estado na persecução criminal por meio de benefícios e premiações a quem, por meio dela, contribua para o combate ao crime.

**Palavras-chave:** Operação lava jato. Delação premiada. Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The present work aims to analyze and report the facts that occurred in the largest operation of the Brazilian legal system. This work is described in three chapters that narrate the facts that happened in one of the biggest scandals in Brazil involving contractors, politicians and businessmen. The article has as general objective to show the relevance of the theme in the Brazilian legal scenario, being common the use of the term award-winning, where there is a collaboration of the investigated with testimonies and evidence facilitating the process and reduction of the sentence of the same. Being a resource widely used in our country due to the emergence of several political scandals involving different types of corruption. The justification of the theme is related to the relevance that the theme has in today's society in times of legal uncertainty, popular pressure and political groups of power. As a legal justification for Law nº 12.850/2013 in its article 3, paragraph I, it is a topic of great audience. The difficulty in combating organized

crime has led the State to favor the institute of plea bargaining, whose objective is to assist the State in criminal prosecution through benefits and awards to those who, through it, contribute to the fight against crime.

**Keywords :** Jet wash operation. Award-winning award. Federal constitution.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos no Brasil, o poder judiciário brasileiro, ganhou os jornais e as manchetes dos meios de comunicação, com os processos envolvendo os poderes e agentes públicos.

O acesso fácil a rede sociais e informações que são transmitidas de maneira rápida levou o país a uma nova discussão, que levou o poder judiciário a protagonizar um dos principais papéis no combate à corrupção e crime organizado que nosso país vivenciou.

Um dos grandes processos e procedimentos que tiveram destaque no cenário brasileiro e cenário global foi o da famosa “Operação Lava Jato.

Essa operação teve início em março de 2014 e revelou um grande esquema de corrupção e lavagem de dinheiro que teriam a participações de empresários, agentes públicos e doleiros que passaram por investigações perante a Justiça Federal de Curitiba.

A complexidade dos esquemas de corrupção políticos e econômicos, levaram a criação de diversas frentes de investigação em diversos estados como Rio de Janeiro, Distrito Federal e São Paulo. Que resultaram em instaurações de inquéritos criminal em cooperação com ao Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) para apurar fatos atribuídos a pessoas com prerrogativa de função.

Com Base nas ideias descritas acima este estudo parte da seguinte: Qual a importância dessa ferramenta jurídica no combate a crimes de corrupção e lavagem de dinheiro?

Este artigo possui como objetivo geral mostrar a relevância do tema no cenário jurídico brasileiro, sendo comum a utilização do termo delação premiada, onde há uma colaboração do investigado com depoimentos e provas facilitando o processo e diminuição da pena do mesmo. Sendo um recurso muito utilizado em nosso país pelo surgimento de diversos escândalos políticos envolvendo diversos tipos de corrupção.

A justificativa do tema relaciona-se se dá pela relevância que o tema possui na sociedade atual em tempos de insegurança jurídica, pressões populares e políticas de grupos de poder.

Como justificativa jurídica a Lei nº 12.850/2013 em seu artigo 3º, parágrafo I é um tema de grande audiência. Sancionada em 02 de agosto de 2013 pela presidente da república na época Dilma Rousseff. Em seu artigo 4º a referida lei garante como premiação ao delator, a substituição da prisão em penas restritivas de direito.

No entanto uma interpretação do sistema leva a finalização que a aplicação da pena uma pena restritiva de direito só se torna cabível se a pena de prisão não for a superior a quatro anos, conforme dispõem expressamente o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Temos de observar o sistema já vigente.

Para elaboração deste trabalho utilizou o método de pesquisa de campo com o auxílio de livros, trabalhos científicos e documentários sobre o referido tema. Alguns dos estudiosos foram Vladimir Netto Norberto Avena, Adalberto José Aranha, Eduardo Medeiros Cavalcanti que contribuíram para enriquecimento desta pesquisa.

## **2. O CONTEXTO HISTÓRICO DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

### **2.1. DE UM LAVA JATO AO CORAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL.**

Em sua obra literária, Netto (2016) descreve que por ironia do destino, a posse do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva como ministro-chefe da Casa Civil aconteceu no dia em que a Operação Lava Jato comemorava seu segundo aniversário. Não foi uma ocasião festiva. O país, em convulsão política, assistia a manifestantes contra e a favor do governo.

Lima (2016) descreve que a origem da “Operação Lava Jato” pode ser apontada nas investigações do caso do deputado já falecido José Janane no ano de 2009 em Londrina PR, que investigava crimes de lavagem de capitais pelos doleiros Alberto Youssef e Carlos Habib Chater. Em 2013, o início da operação se deu quando a investigação começou a monitorar por meio de interceptações telefônicas os doleiros.

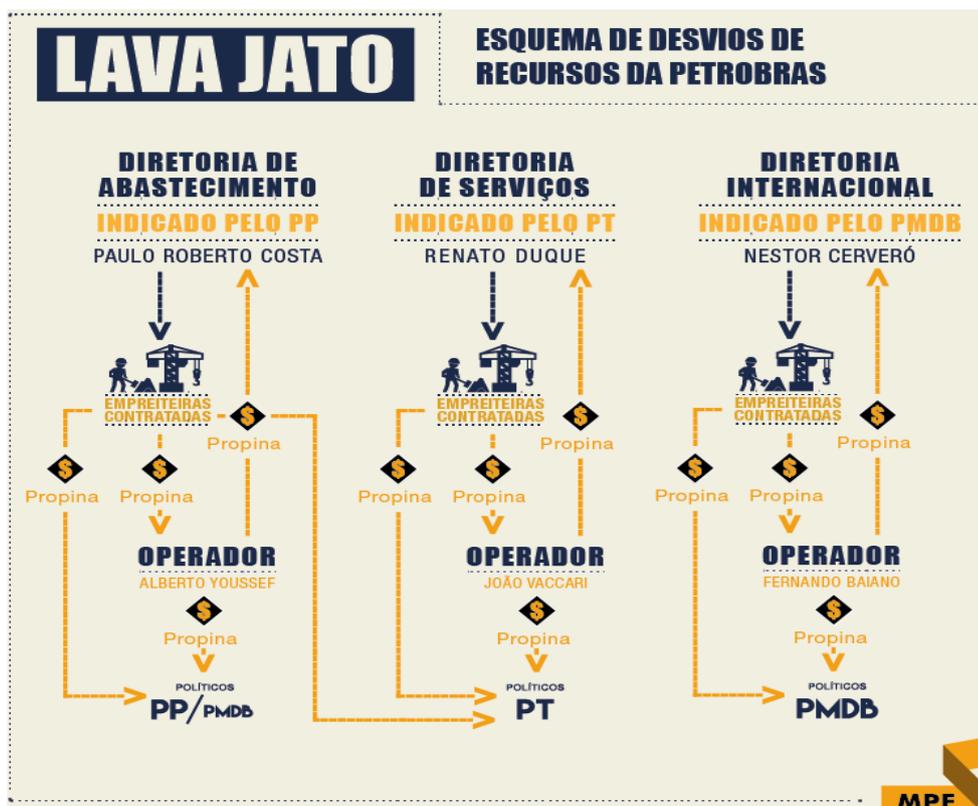
Segundo relatos de Netto (2016) o primeiro ato da operação foi a quebra de sigilo telefônico de um posto de gasolina- o Posto da Torre em Brasília, para obter informações sobre doleiros envolvidos com lavagem de dinheiro no Paraná. As escutas levaram à prisão de alguns deles, incluindo Alberto Youssef que se tornou peça-chave de operação.

Segundo o Ministério Público Federal MPF (2015), a “Operação Lava Jato é apontada, especialmente pelo Ministério Público Federal, como “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. ”

Nesse contexto, de acordo com o Ministério Público Federal (2015), a “Operação Lava Jato” iniciou-se em março de 2014, numa ação conjunta do MPF e a Polícia Federal no Paraná coordenada pelo juízo da 13ª vara criminal da Justiça Federal de Curitiba, em

uma operação que investigava doleiros por crimes como evasão de divisas, lavagem de capitais entre outros. Segundo Venaglia (2018) o esquema da Petrobras funcionava da seguinte forma:

Fio condutor da Operação Lava Jato ao longo dos últimos quatro anos, o vasto esquema de corrupção que vitimou a Petrobras, maior empresa pública brasileira, era composto, em síntese, por três grandes eixos: os diretores da estatal; políticos influentes, sobretudo os ligados a três grandes partidos (PT, MDB e PP); e as maiores empreiteiras do Brasil e seus dirigentes. Ao longo de mais de uma década, funcionou uma triangulação quase perfeita. Primeiro, políticos indicavam para cargos de confiança na Petrobras servidores alinhados aos seus interesses. Em troca de ali ficarem (e de um generoso percentual da coisa toda), os diretores da estatal beneficiavam de forma indevida em contratos um cartel de empreiteiras. Estas, por fim, desviavam parte do lucro nos negócios em propina para os mesmos funcionários da Petrobras, os políticos que os indicaram e seus partidos. Parte desse valor era pago através de doações de campanha, declaradas ou não (caixa 2); outra parte foi repassada por meio de complexas redes de lavagem de dinheiro. Foi assim que tudo veio à tona: em 2014, ao investigar o doleiro Alberto Yousseff, a Lava Jato descobriu propina para um dos ex-diretores da Petrobras, Paulo Roberto Costa. Preso, Costa assinou delação premiada com o Ministério Público Federal e abriu a Caixa de Pandora da estatal (VENAGLIA, 2018, *online*).



Fonte: MPF, 2015, *online*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/lavajato/index.html>

Netto (2016) relata que dois anos depois do seu início, a Lava Jato chegou ao coração da República. No dia 13 de março de 2016, milhões de brasileiros tinham saído as ruas para protestar contra Dilma, Lula, o PT e a Corrupção. Foi a maior manifestação da história do país. Três dias depois, Lula foi nomeado para a casa civil.

Carvalho (2019) afirma que apenas na primeira parte da Operação foram apreendidos 80 mil documentos e inúmeros agentes envolvidos, o qual deu embasamento probatório para que a Procuradoria Geral da República formasse uma Força Tarefa para investigar os desfechos da Operação.

Moro (2004) relata que como grande admirador da operação italiana *mani pulite* (mãos limpas). Em um de seus artigos, indica que a Operação italiana foi um “momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário” e “constitui objeto de estudo obrigatório para se compreender a corrupção nas democracias contemporâneas e as possibilidades e limites da ação judiciária em relação a ela”.

Segundo Kerche (2018) a operação “Mãos Limpas” utilizou-se de acordos feitos entre os órgãos acusadores que se davam por meio de prisões feitas antes do julgamento e serviam de incentivo para que o acordo ocorresse, e assim apresentando novos

investigados, facilitando a produção de provas. “Tão logo presos os primeiros políticos e empresários – deliberadamente colocados pelos juízes milaneses em uma situação de tipo ‘dilema do prisioneiro’ – começaram a colaborar com os juízes, todo o mecanismo foi posto em movimento”.

## **2.2. DELAÇÃO PREMIADA**

### **2.2.1 O CONCEITO**

Em seu artigo científico, Fernandes (2020) A delação premiada versa sobre um mecanismo para obtenção de prova para que o investigado, acusado ou ainda réu condenado, ajude com a averiguação, ao apresentar suas declarações, apontando os demais coautores partícipes e manifestando a estrutura hierárquica da organização criminosa, a fim de prevenir futuras infrações penais, recuperando de forma total ou ainda parcial os frutos de delitos praticados em função da organização ou ainda a localização de eventual vítima, tudo isso com o intuito de alcançar benefícios processuais.

Lima (2018) estabelecida como toda espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, apresentada pelo autor, coautor ou partícipe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao (s) próprio (s) crime (s) de que tenha tomado parte ou conexas a outro (s) realizado (s) por terceiros, não basicamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei.

Segundo Filho (2021) O termo “premiada” diz respeito ao fato de haver um acordo entre o acusado e a justiça. Se a delação for aceita e as informações reveladas forem consideradas verdadeiras e legítimas, o acusado terá como “prêmio” uma redução da sua pena.

Greco (2020) destaca que mesmo com a delação não quer dizer que o criminoso será beneficiado, pois as informações dadas por ele são uma forma contribuir para a diminuição a ação criminosa. A delação é uma forma de incentivo para os criminosos que trazem benefícios como a redução da pena, perdão judicial, entre outras coisas.

Segundo o que diz em entrevista no site Youtube o professor da Faculdade de Direito da UFMG, Túlio Vianna, doutor em direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, com pós-doutorado na Università di Bologna (Itália):

O acordo de delação premiada pode ser requerido de duas formas:

A primeira é por sugestão do promotor de justiça que é o responsável pela investigação criminal.

A segundo é por desejo do próprio acusado, cuja colaboração deve ser voluntária e eficiente, pois desta última depende a aprovação da delação.

Vale lembrar que o juiz não participa das negociações dos termos da delação premiada e da formalização do pedido. Isso cabe à o acusado, seu advogado, o delegado de polícia e um representante do Ministério Público. (2017, p.01).

### **2.3. A DISTINÇÃO ENTRE A DELAÇÃO PREMIADA E A COLABORAÇÃO PREMIADA**

Segundo Távora (2019) a delação premiada corresponde a uma força probatória sendo considerada como um contraditório, dando a oportunidade ao Advogado do delator efetuar perguntas no interrogatório, bem como fazer requerimentos, como pedir a remarcação do interrogatório.

Segundo Pinto (2020) O instituto da colaboração premiada, ainda que contando com denominação diversa, sempre foi objeto de análise pela doutrina, tratado que é como "delação premiada (ou premial)", "chamamento de corréu", "confissão delatária" ou, segundo os mais críticos, "extorsão premiada" etc.

Siqueira (2021) relata que a criação da delação se deu pela grande dificuldade encontrada pelas autoridades em desvendar os crimes outrora praticados em concurso de agentes, e ainda, não conseguia acompanhar a evolução dos atos criminosos, que a cada dia inovam os métodos de atuação da organização criminosa. A delação foi um meio que o Estado desenvolveu de garantir que os crimes fossem solucionados e resolvidos o quanto antes.

No contexto histórico Gonzalez (2017) descreve que a delação inicialmente começou na idade média no decorrer do período de inquisição, onde a confissão era valorizada no tocante ao momento e maneira como acontecia. Podia acontecer de um réu confessar, mas estar mentindo para prejudicar outras pessoas, mas aqueles que eram torturados e confessam essa confissão era considerada com uma das mais valiosas e valorizadas, pois era considerada como verdadeira.

No sistema jurídico brasileiro Aras (2017) mostra que a delação não é considerada como requisito a confissão como coautor para ser beneficiado da delação, possuem também formas de ser privilegiado apenas por fazer a denúncia contra o comparsa. A delação segundo a lei de crime organizado não se restringe somente a crimes de organização criminosa, mas estão inseridas ainda a associação criminosa, formação de quadrilha ou bando.

Conforme relata Aras (2017) a ajuda do acusado precisa que seja espontânea, não somente voluntária, não basta que o ato esteja na esfera de vontade do agente, exigindo-se também que ele tenha partido a iniciativa de colaborar, sem anterior sugestão ou conselho de terceiro. Além do mais a efetividade da denúncia do acusado deve de certa forma trazer todos os esclarecimentos da prática delituosa.

De acordo com Avena (2020) a existência de duas formas de delação premiada uma sendo realizada no regime aberto sem que nele o acusado confessa e ainda incrimina a terceiros, sendo os requisitos legais quando preenchidos o delator poderá ter sua pena reduzida ou até mesmo conseguir o perdão judicial. E ainda, a forma de delação pelo regime fechado onde a colaboração acontece de forma anônima, sem vontade do acusado ser beneficiado.

O Código Penal Brasileiro em seu art. 159 § 4.º do Código Penal: Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

#### **2.4. PRINCIPIOS NA CONSTITUIÇÃO**

Nucci (2020) descreve que os princípios estão relacionados aos direitos dos acusados que estão sujeitos a terem seus direitos violados, tendo direito ao silêncio, ampla defesa, contraditório.

Em diante serão apresentados os princípios referentes ao direito em conformidade com o ato de delação premiada.

#### **2.5. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Previsto pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, garante que o indivíduo só será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos mediante um processo legal, exercido pelo Poder Judiciário, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, tendo como objetivo central garantir ao cidadão ser processado de forma justa, e ainda sempre observar as garantias fundamentais do acusado. (BRASIL, 1988)

Sendo assim visualizamos que o acordo feito entre o estado e o cidadão chamado de delação premiada, deve respeitar o referido processo legal do acusado.

#### **2.6. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

O referido princípio também se encontra Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominado de Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992. Conforme previsão no artigo 8º as Garantias Judiciais:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL, 1992)

Nesse sentido, o artigo 5º da Constituição Federal, inciso LV, descreve os princípios do contraditório e da ampla defesa, da seguinte forma: —[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentesll. (BECKER, 2019, p. 115).

## **2.7. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

Para o referido princípio Becker (2019) descreve que o art. 5, LXIII da Constituição Federal aduz que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. Desse modo, pode-se observar a violação da garantia constitucional em decorrência da não existência da voluntariedade do delator na confissão de culpa, sendo que para o acordo seja concretizado ele deverá se dispor do seu direito ao silêncio.

## **2.8. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Conforme cita Siqueira (2020) este princípio decorre do princípio da proporcionalidade estando disposto no art. 5, LXVI da Constituição Federal. O princípio da individualização da pena significa que a pena será aplicada de forma individual, sendo aplicada em razão da conduta de cada acusado.

Garcia Filho (2017), observa que o benefício a ser dado ao colaborador depende muito da forma como ele colaborar com o Estado e na importância da confissão e no resultado decorrente dela. No acordo de delação premiada não existe a possibilidade de conformismo na aplicação da pena e nem no entendimento dos magistrados, não importando se o delito foi grave a ponto de influenciar na dosimetria da pena.

## **3.0. A DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Segundo Siqueira (2018) a delação premiada inicia no momento em que o colaborador investigado, resolve confessar a autoria do delito e entregar os comparsas que

estava com ele no momento em que o crime foi praticado. No Brasil, esse instituto foi inaugurado pela lei 8.072/1990, que regulamentou os crimes hediondos, garantindo a atribuição de benefícios aos delatores, no entanto essa lei foi criada com objetivo de adequação da norma constitucional com a norma penal.

Dias (2019) afirma que se trata de uma causa de diminuição de pena para o partícipe que entrega seus companheiros, contribuindo essa informação para fazer cessar a conduta criminosa. E que mostrou resultados eficientes em alguns países, como Itália, Estados Unidos da América, Alemanha, dentre outros; influenciando para que o modelo fosse adotado pela legislação brasileira.

Morzes (2018) ao analisar a lei brasileira descreve que o governo brasileiro vendo a comoção social, para satisfazer as expectativas, a paz social e a pseudo-segurança da sociedade, editou de imediato a Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072/90, retirando das pessoas processadas ou condenadas, por algum dos dispositivos contidos na Lei, benefícios agregados ao direito penal, direito processual penal e à execução penal, sem analisar as particularidades de cada caso e pessoa. Diante disso podemos perceber que o legislador não tomou nenhum cuidado com o princípio da individualização da pena. Enfim, o cuidado do legislador foi em editar uma Lei para repreender de forma severa os fatos apavorantes que estavam acontecendo naquele momento, no país.

Segundo Távora (2019), para que a delação premiada tenha força probatória, deve ser submetida ao crivo do contraditório, possibilitando ao advogado do delatado que faça perguntas durante o interrogatório, e se necessário, é possível a marcação de um novo interrogatório para que haja a participação do defensor.

Nos ensinamentos de Nucci (2022), é necessário que o acusado além de atribuir a conduta delituosa à outra pessoa, deve admitir também ter ele participado do ato, caso contrário não se configura.

Capez (2018) afirma que para a delação eficaz: para a aplicação da delação eficaz são necessários os seguintes pressupostos

- (a) prática de um crime de extorsão mediante sequestro;
- (b) cometido em concurso;
- (c) delação feita por um dos coautores ou partícipes à autoridade;
- (d) eficácia da delação.

Garcia Filho (2017) visualiza a delação como fator essencial para que o delator seja beneficiado com a redução da pena ou perdão judicial. Mas tratando-se de crime hediondo

mesmo que o delator tenha sua pena reduzida não há possibilidade de exclusão da gravidade do crime, não sendo ele beneficiado com a possibilidade de fiança, liberdade provisória, indulto ou anistia, nem mesmo progressão de regime, conforme está previsto na legislação.

Observa-se que a Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/13, no entendimento de Guilherme de Souza Nucci a delação premiada ao beneficiar o acusado verifica a presença de alguns requisitos como:

Os requisitos para a aplicação do prêmio referente à delação. São os seguintes:

- a) colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal;
- b) personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração;
- c) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- d) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- e) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- f) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- g) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada;

**O juiz pode tomar uma das seguintes medidas:**

- a) conceder o perdão judicial, julgando extinta a punibilidade;
- b) condenar o réu colaborador e reduzir a pena em até 2/3. Houve evidente erro pelo não estabelecimento de um mínimo; assim sendo, pode ser de apenas um dia – o que seria uma tergiversação desproporcional aos fins da pena;

c) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dentre as previstas pelo art. 43 do Código Penal. (2014, p. 41-43).

De acordo com o apresentado, visualizamos que a retribuição do delator não se dá apenas pelo fato de confissão do mesmo, sendo que a delação pode ocorrer em qualquer fase do processo penal, até mesmo após o trânsito em julgado, sendo que não há limite na legislação para aplicação do benefício, em casos os quais as delações apresentar uma sentença o delator pode ter sua pena reduzida em metade ou ainda pode progredir redução do regime penal.

### **3.1. A UTILIZAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO.**

Em estudo realizado por Aras (2019) a Organização Transparência Internacional no final do ano de 2014, revelou que: "o Brasil é o 69. Colocado em ranking sobre a percepção de corrupção no mundo, que analisa 175 países e territórios"

Os Dados apresentaram o alto panorama de corrupção no cenário brasileiro, as causas de corrupção baseadas no período colonial é um exercício perigoso.

Junior (2019) visualiza que quanto à eficácia das leis que visaram o combate a essas organizações criminosas havia muito do que se questionar, pela maneira que eram utilizadas para o desmantelamento do crime organizado. Assim, a delação premiada para a doutrina tem como propósito ser um meio de obtenção de elementos de provas para promover a apuração de ilícitos de maneira rápida e eficaz, com a aplicação das devidas punições e benefícios, uma vez que há de se deparar com condutas de difícil comprovação, como é o caso da criminalidade organizada.

Portanto torna-se eficiente a utilização da delação premiada no combate a organização criminosa juntamente com outras medidas que tornem os crimes de corrupção e as práticas conexas, uma ofensa aos princípios maiores do estado.

## **4. CONCLUSÃO**

O artigo atual foi norteado pela atualidade e relevância do tema delação premiada que ganhou a manchete de jornais e a mídia nos últimos anos com a exposição de escândalos e processos de corrupção envolvendo políticos, empresas empreiteiras e estatais e doleiros.

A complexidade dos esquemas de corrupção que envolveram as áreas políticas e econômicas, levaram a utilização dessa ferramenta jurídica para obtenção de provas, respostas e andamento do processo investigativo.

Os acordos de delação premiada disciplinado pela legislação, facilitaram a identificação de réus e corréus e desmantelamento do processo de engrenagem e engenharia do crime. Facilita também a localização de coisas subtraídas, valores desviados e de quaisquer bens, direitos ou valores obtidos ou mantidos por meios ilícitos, proporcionando a restituição de ativos ao erário e a recomposição do patrimônio da vítima.

Um levantamento do Ministério Público Federal no Paraná MPF/PR (2022) mostra que nos últimos sete anos já foram homologados acordos de leniência, de delação premiada e de repatriação, que garantem a devolução de 25 bilhões de reais desviados dos cofres públicos.

A Petrobras, até agora, é uma das maiores beneficiárias da devolução de recursos. A estatal já recebeu em seu caixa 6,28 bilhões de reais, a partir de acordos da Lava-Jato firmados com empresas, empresários e diretores que participaram do esquema de corrupção na estatal. Somente no ano passado, a Petrobras recuperou 1,2 bilhão de reais.

Segundo o levantamento do MPF/PR (2014) foram fechados 43 acordos de delação premiada com empresas envolvidas em esquemas de corrupção. Estes acordos representam a recuperação de 24,5 bilhões de reais, valores não corrigidos.

O MPF também computa o fechamento de 156 acordos de colaboração premiada, nos quais os réus assumem os crimes, colaboram com a Justiça para desvendar os esquemas de corrupção e muitas vezes devolvem dinheiro. Parte do dinheiro recuperado vai para a Petrobras, parte para a União.

## **5. REFERÊNCIAS**

AMORIM, Carlos. Comando vermelho: a história do crime organizado. 1. ed., São Paulo: Best Seller, 2010

ARAS, Vladmir. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2017.

ARRUDA, Rejane Alves de. Organização Criminosa – comentários à lei 12.850, de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Viroílio Afonso Da Silva. Rio de Janeiro: Malheiros Editores LTDA. 2008.

ALMEIDA, Frederico de. Justiça, combate à corrupção e política: uma análise a partir da operação Lava Jato. In: Revista Pensata, v. 5, n. 2. 2016.

Arakaki, fernanda f.; hansen, gilvan l.; antunes, rosana m. M s. Os novos paradigmas da jurisdição constitucional no brasil: uma análise a partir da teoria da democracia de jürgen habermas. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1nU759BdeJciltRbPLZv4kdDFFK9MJE9/view>. Acesso em: 20 de Out. de 2022

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

AVENNA, Noberto. Processo Penal: Versão Universitária – Teoria e Prática. 2 ed. São Paulo: Método, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689/1941. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 29 ed. São Paulo: Rideel, 2019. 45

BRASIL. Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 29 ed. São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 29 ed. São Paulo: Rideel, 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313285&caixaBusca=N>. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 166373. Relator Luiz Edson Fachin. Brasília: STF. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>. Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. In: ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. - 29 ed. São Paulo: Rideel, 2019.

CARDOSO. Fabio Fettuccia. A delação premiada na legislação brasileira. 2015. Disponível em <<http://fabiofettuccia.jusbrasil.com.br/artigos/174959721/a-delacao-premiada-na-legislacao-brasileira>>. Acesso em 25 ago 2023.

CARVALHO, João Victor Augusto Caetano de. A POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA: A "OPERAÇÃO LAVA JATO" NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Manhuaçu 2019.

DA COSTA, Marcos Ângelo Delação Premiada. Distrito Federal. 2018

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de. **Crime organizado: aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Delação premiada ofende direitos fundamentais previstos na Constituição. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-08/cal-garcia-filho-delacao-premiada-viola-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 10 nov 2022.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. São Paulo: Saraiva, 1998.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 2 ed. Bahia: JusPODVIM, 2020.

LIPINSKI, Antonio Carlos. Crime Organizado & Prova Penal. Curitiba: Juruá, 2006.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO. Ricardo de Freitas. Delação premiada: Do aspecto jurídico a sua eficácia.

Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4661](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4661)>. Acesso em: 15 fev 2023.

MENDES Taisa. A delação premiada no direito brasileiro. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18087](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18087)>. Acesso em 22 fev 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. In: REVISTA CEJ, Brasília: v. 26. 2004.

MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. Revista Ajuris, Porto Alegre, v. 16, n. 82, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal. RT. São Paulo. 2017.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal Comentado. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

\_\_\_\_\_. Código Penal Comentado. 10. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

\_\_\_\_\_. Processo Penal Comentado. 13<sup>a</sup>. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013). 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

PRINS, Adolphe. Ciência Penal e Direito Positivo. Trad. Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica, 1915.

ROBINSON, Jeffrey. A globalização do crime. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SANTOS, Simone Moraes dos. A coerção pena no âmbito da lei dos crimes hediondos. In: Jus Navegandi. Teresina, 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: Procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2021.